

TESIS DOCTORAL



2015

**GARANTÍAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.
SU ANÁLISIS EN DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO
COMPARADO Y SUS ANTECEDENTES EN DERECHO ROMANO.**

M^a TERESA GARCÍA LUDEÑA

LICENCIADA EN DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO

FACULTAD DE DERECHO

DIRECTOR

FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

CODIRECTORA

ANA MOHINO MANRIQUE

DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO

FACULTAD DE DERECHO

**GARANTÍAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.
SU ANÁLISIS EN DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO
COMPARADO Y SUS ANTECEDENTES EN DERECHO ROMANO.**

M^a TERESA GARCÍA LUDEÑA

LICENCIADA EN DERECHO

DIRECTOR

FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

CODIRECTORA

ANA MOHINO MANRIQUE

A mis padres y a mi hermano

AGRADECIMIENTOS

A mis codirectores de esta tesis, Federico Fernández de Buján y Ana Mohíno Manrique por su inestimable apoyo académica y su increíble capacidad de trabajo. Por todo lo que me han enseñado a descubrir y valorar, como maestros e incluso

A todos miembros del Departamento de Derecho Romano, por su cálida acogida. Qué gran suerte el poder contar siempre con ellos.

A don Manuel Jesús García Garrido, modelo y referente de romanistas. Le tengo siempre muy presente por su entusiasmo investigador, su fascinante forma de entender el derecho.

Todo mi reconocimiento también para don Antonio Fernández de Buján, por su generosidad y por haber tenido el privilegio de contar con su ayuda.

A mis amigos, a los incondicionales que tanto me han animado en esta aventura. Gracias por haber estado ahí en todo momento

Por supuesto, a Alberto y a Alejandro, por todas las razones del mundo, para ellos también es esta tesis.

GARANTÍAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

SU ANÁLISIS EN DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO COMPARADO Y SUS ANTECEDENTES EN DERECHO ROMANO.

AGRADECIMIENTOS-----	3
INDICE-----	4
ABREVIATURAS UTILIZADAS COLECCIONES DE REVISTAS, ESTUDIOS Y FUENTES.-----	11
LISTA DE CITAS-----	14
INTRODUCCIÓN-----	20
1.- ANTECEDENTES DE UNA REGULACIÓN DEL TRÁFICO MERCANTIL EN LAS CIVILIZACIONES ANTIGUAS Y EN ROMA COMO ANTESALA DE LA APARICIÓN DE LA SOCIEDAD COMO FIGURA A CABALLO ENTRE EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL.-----	25
1-1-. PROLEGÓMENOS COMO PUNTO DE PARTIDA. -----	25
PRIMERA PARTE: ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD SURGIDA A PARTIR DE LA SOCIETAS. -----	29
2.- ENCUADRE JURÍDICO DE LA SOCIETAS.-----	29
2.1.- INCIPIENTES GARANTÍAS SOCIETARIAS-----	35
2.2.- _NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD-----	37
2-3-. DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES. -----	39
2.4.- PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS TIPOS DIVERSOS DE SOCIETAS: DISTINTAS CLASIFICACIONES.- -----	41
2.5.- REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SOCIEDAD: PRESUPUESTOS PARA DETERMINAR LA ULTERIOR RESPONSABILIDAD SOCIETARIA .-----	42
2.6.-SU PROCESO EVOLUTIVO: PARÁMETRO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.-----	46
2. 6.1._LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD, CONTRATO REAL EN CONTRATO CONSENSUAL: UNA PROGRESIVA ADAPTACIÓN AL CONTEXTO SOCIAL EN EL QUE SE APLICA-----	46
3.- FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA: INFLUENCIA FILOSÓFICA GRIEGA Y ROMANA EN SUS ORÍGENES Y EVOLUCIÓN. -----	56
4.- LOS ELEMENTOS QUE CARACTERÍSTICOS DE UNA RELACIÓN JURÍDICA SOCIETARIA COMO PUNTO DE INFLEXIÓN DE LA RESPONSABILIDAD NACIDA DE LA MISMA -----	63
5.- SANCIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD: UN MECANISMO DE SEGURIDAD PARA LA EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA -----	
6.- ACTIO PRO SOCIO: VÍA DE EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.----	68
6.1.- LA ACTIO PRO SOCIO: SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS-----	73
6.2.- LA BASE DE LA ACTIO PRO SOCIO.-----	74
6.3.- EL EJERCICIO DE LA ACTIO PRO SOCIO, EN LOS TIEMPOS EN LOS QUE EL CONTRATO DE SOCIEDAD ERA UN CONTRATO CONSENSUAL.-----	78
6.4.- LA ACTIO PRO SOCIO COMO ACCIÓN DE BUENA FE: SU RAZÓN DE SER-----	83

6.5.- LA ACTIO PRO SOCIO, ¿DESDE SU ORIGEN SE REVESTÍA DEL CARÁCTER DE ACTIO INFAMANTE?-----	87
6.6.- LA ACTIO PRO SOCIO Y EL CONSECUENTE BENEFICIO DE COMPETENCIA.--	92
7.- RESPONSABILIDAD ENTRE LOS SOCIOS.-----	99
8.- FACTORES DE CONDUCTA QUE CUALIFICAN LA RESPONSABILIDAD Y DETERMINAN SU EXTENSIÓN-----	102
8.1.- CULPA LATA, DILIGENTIA QUAM IN SUIS, CULPA LEVE -----	102
8.2.- CUSTODIA E IMPERICIA -----	105
8.3.- RESPONSABILIDAD SOCIETARIA POR CULPA SEGÚN ARANGIO-RUIZ -----	108
8.4.- RESPONSABILIDAD SOCIETARIA SEGÚN CANNATA-----	112
8.5.- INTEGRACIÓN DE LA CULPA AQUILIANA EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SOCIETARIA -----	118
8.6.- DOLO IN SOCIETATE-----	121
9.- EXAMEN ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO TRABAJADOR -----	127
10.- BALANCE DE LA TRAYECTORIA EVOLUTIVA DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE SOCIOS-----	131
11.- COORDINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LOS SOCIOS Y TERCEROS: LÍNEAS GENERALES -----	132
12.- RESPONSABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN SOCIAL.-----	134
12.1- ADMINISTRACIÓN SOCIAL A CARGO DE UN ESCLAVO O SERVUS NEGOTIATOR -----	136
12.1.1.- EXAMEN ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR CUMPLIMIENTO IRREGULAR O CON VICIOS, EXISTIENDO AL FRENTE UN SERVUS VENALICIARIUS-----	143
12.2.- ADMINISTRACIÓN SOCIAL A CARGO DE UN LIBERTO-----	144
13.- DESENVOLVIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA-----	147
13.1.- TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS DE LAS APORTACIONES PROMETIDAS-----	147
14.- REGLAS CONCERNIENTES A LA PROPIEDAD DEL CAPITAL, COMO GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA GENERADA -----	151
14.1.- PRINCIPIOS.-----	151
14.2.- CAPITAL SOCIAL EN LAS SOCIEDADES “QUOAD USUM”-----	153
15.- CRITERIOS DETERMINANTES DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD-----	156
15.1.- CUÁLES SON LAS GANANCIAS SOCIALES QUE INGRESAN EN EL ACERVO COMÚN Y QUÉ GASTOS SON LOS QUE TIENEN QUE SOPORTAR EL CONJUNTO DE LOS SOCIOS?-----	156
15.2- EXAMEN DE LA EXTENSIÓN ECONÓMICA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA A FAVOR DE SOCIO PERJUDICADO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA -----	158
15.3.- EXAMEN ESPECIAL DEL MODUS OPERANDI EN EL TRÁFICO DE LA SOCIETAS VENALICIARIA. -----	174
15.4.- CAPITAL SOCIAL EN LAS SOCIEDADES “QUOAD SORTEM”.-----	179
15.5.- PACTOS ADJUNTOS AL CONTRATO DE SOCIEDAD: CRITERIOS DE GRADUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA IMPUESTOS POR LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD-----	182
16.- RESPONSABILIDAD EN EL SENO DE LA SOCIETAS PUBLICANORUM-----	188
16.1.- CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA.-----	188
16.2.- LAS SOCIEDADES DE PUBLICANOS COMO SOCIEDADES ORDINARIAS “ALICUIUS NEGOTIATIONIS”.-----	190
16.3.- RECORRIDO EN TORNO A LAS SOCIEDADES DE PUBLICANOS MINERAS EN HISPANIA -----	192

16.4.- ADMISIBILIDAD DE LA REPRESENTACIÓN EN SEDE DE SOCIETAS PUBLICANORUM -----	193
16.5.- RESTRICCIONES A LA PARTICIPACIÓN EN LAS SOCIETAS PUBLICANORUM.-----	196
16.6.- RELACIONES DE LOS SOCIOS CON EL ESTADO-----	199
16.7.- EXAMEN ESPECIAL DE LA POSICIÓN DEL MANCEPS EN LA SOCIETAS PUBLICANORUM -----	205
16.8.- LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS AFINES EN LA SOCIETAS PUBLICANORUM.-----	209
16.9.- OTRAS MODALIDADES DE SOCIETAS PUBLICANORUM-----	211
16.9.1.-SOCIETAS VECTIGALIUM -----	211
16.9.2.- SOCIEDADES DE SERVICIOS FUNERARIOS-----	214
16.10.- GARANTÍAS DE LA EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD -----	216
16.11.- GARANTÍAS PARA TUTELA DE LOS CONTRIBUYENTES FRENTE A LA SOCIETAS PUBLICANORUM.-----	222
17.- DIVERSOS PRESUPUESTOS PARA ARTICULAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS INVERSORES FINANCIEROS EN ROMA UNIDOS POR UN VÍNCULO SOCIETARIO- -----	226
17.1.- CONFIGURACIÓN SUBJETIVA DE SUS REDES DE COMUNICACIÓN: VESTIGIOS DE SU ORIGEN FAMILIAR. DE LA FAMILIA A LA NEGOTIATIO .-----	226
17.2.- UN PASO MÁS ALLÁ: SUCESIÓN EN LA ACTIVIDAD FINANCIERA: SU IMPACTO SOBRE LA CONTINUIDAD Y SEGURIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA-----	231
18.- RELACIONES INTERNAS DE LOS SUJETOS FINANCIEROS UNIDOS EN SOCIETAS ARGENTARIORUM.-----	235
19.- CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES EXTERNAS DE LAS SOCIETATES ARGENTARIORUM.-----	238
19.1.- RELACIONES FRENTE A TERCEROS REGIDAS POR EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.-----	262
19.2.- OTROS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCII ARGENTARII FRENTE A TERCEROS EN DESARROLLO DEL UN FIN SOCIAL DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA-----	264
20.- GARANTÍAS DE LA EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ARGENTARII GENERADAS EN EL SENO DE LAS MISMAS. -----	269
20.1.- EXAMEN DEL RECEPTUM ARGENTARIORUM: ASUNCIÓN DE CLIENTES POR UNA SOCIETAS ARGENTARIORUM.-----	269
20.2.- CONSTITUTUM DEBITI ALIENI: GARANTÍA ABSORBENTE DEL RECEPTUM ARGENTARII. NUEVOS PERFILES EN LA GARANTÍA ASEGURADORA DE LA RESPONSABILIDAD. -----	274
20.2.1.- ETAPA POSTCLÁSICA.-----	276
20.3.- OTRAS GARANTÍAS A FAVOR DE LOS SOCII ARGENTARII EN LA ETAPA ROMANO JUSTINIANEA -----	278
21.- LA SOCIETAS ARGENTARIORUM FRENTE A LA INSOLVENCIA.-----	282
21.1.- EXPLICACIONES PREELIMINARES EN TORNO AL ENGRANAJE NORMATIVO Y JURISDICCIONAL DE LA QUIEBRA EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIETAS ARGENTARII -----	282
21.2.- ACERCAMIENTO AL CONTENIDO SUSTANTIVO BÁSICO DE LA PROBLEMÁTICA ROMANA DE LA QUIEBRA DE LOS MIEMBROS DE LA SOCIETAS ARGENTARIORUM.-----	285
21.3.- SOLUCIONES ALTERNATIVAS, EN EL SENO DE LA SOCIETAS ARGENTARIORUM, PARA ELUDIR O ALIVIAR LAS CONSECUENCIAS LA INSOLVENCIA BANCARIA O IMPOSIBILIDAD DE HACER FRENTE A SU PASIVO FINANCIERO- -----	290

21.4.- VISIÓN PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA POR INSOLVENCIA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE NATURALEZA EJECUTIVA-----	294
22.- OTROS CASOS PROTOTIPO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LA ETAPA POSTCLÁSICA.-----	305
22.1.- EL CASO DE LA SOCIEDAD DE CARPINTERIOS DILIGENTES: BREVE PREÁMBULO.-----	305
22.2.- SOCIEDADES EN EL PAPIRO ROMANO BIZANTINO-----	308
22.3.- GRADO DE DILIGENCIA EXIGIDO EN LAS SOCIEDADES LABORALES Y LA PRUDENCIA O CUIDADO TENIDO POR LOS CARPINTEROS DE ANTINOOPOLIS: GERMEN DE LAS ACTUALES SOCIEDADES PROFESIONALES -----	313
23.- ACOPLAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA A LOS PERFILES DEL CASO CONCRETOSUS DIMENSIONES PRÁCTICAS Y TENDENCIA A SU LIMITABILIDAD -----	317
23.1.- CONVERGENCIA HACIA LAS RESPONSABILIDAD SOCIETARIA LIMITADA: FRUTO DEL ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA PRÁCTICA EXISTENTE - -----	318
23.2.- A VUELTAS DE NUEVO CON LA SOCIEDAD PUBLICANORUM COMO EXPONENTE DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-----	321
23.3.- PECULIO: PUENTE DE PASO HACIA LA RESPONSABILIDAD LIMTADA----	324
24.- OTRAS CONSTRUCCIONES SOCIETARIAS CON RESPONSABILIDAD LIMITADA DE SUS MIEMBROS, PUENTES HACIA EL ACTUAL CONCEPTO DE SOCIEDAD-----	330
24.1.- EXPOSICIÓN DESCRIPTIVA DE LA COMMENDA: SUS PARADOJAS COMO GÉRMEN DE LA COMPAGNIA-----	330
24.1.2.- CARACTERES - -----	334
24.2.- REFLEJOS DE LA LIMITACIÓN DEL QUANTUM DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA A PARTIR DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN. -----	341
25.- EL DESENVOLVIMIENTO DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIO. SU ESPECIAL IMPULSO EN LA ETAPA CODIFICADORA-----	343
26.- LA EVOLUCIÓN SOCIETARIA EN EL COMMON LAW-----	349
26.1.- ENGLISH CORPORATION LAW -----	349
26.2.- AMERICAN CORPORATE LAW -----	353

SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA EN EL DERECHO ACTUAL.

DIVERSIDAD DE PERFILES -----	357
27.- «LIMITACIÓN D EN LOS LLAMADOS «PATRIMONIOS DE DESTINO»: DIGNA SUCESORA DE LOS ANTECEDENTES ROMANOS -----	357
28.- EXAMEN DEL MODELO FRANCÉS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: SUS MODALIDADES -----	364
29.- LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD -----	366
30.- PAUTAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD EN DERECHO COMPARADO EXTENSIBLES AL DERECHO COMPARADO. SEGUIMIENTO DE UNA TRAYECTORA PARALELA AL DERECHO ROMANO. RESPONSABILIDAD SOCIETARIA EN NUESTRO DÍAS -----	369
31.- PROPAGACIÓN DE LA SOLIDARIDAD COMO PARÁMETRO REGULADOR DE LA INTENSIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA. ALEJAMIENTO DE LA LÍNEA ROMANISTA -----	369
32.- RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS COMETIDOS POR UN MIEMBRO INDETERMINADO DE LA SOCIEDAD -----	371
33.- RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SURGIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD SOCIAL PROFESIONAL Y ESPECIALIZADA-----	375

34.- INCLINACIÓN HACIA LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO MANENTE SOCIETATE-----	376
34.1.- ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES -----	379
35.- LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES: SOCIETARIA Y EXTRA CONTRACTUAL.-----	381
36.- CRITERIOS REGULADORES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHO COMPARADO, EXTRAPOLABLES AL ÁMBITO SOCIETARIO -----	388
36.1.- REGULACIÓN ALEMANA -----	390
36.1.1.- PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN-----	395
37- EL CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES SUIZO -----	398
37.1.- LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA BASADA EN LA CONFIANZA, SEGÚN DEL DERECHIO SUIZO-----	411
38.- SISTEMA LATINO-----	412
39.- SISTEMA DEL COMMON LAW-----	418
39.1.- EXPLICACIÓN PREVIA-----	418
39.2.- Criterios de delimitación del daño-----	418
39.2.1 Remoteness -----	420
39.2.2 Tort -----	421
39.2.3.-Ruptura del contrato-----	424
39.2.3.1.- Caso Hadley vs. Baxendale (1854) -----	425
39.2.3.2.- Caso Victoria Laundry (Windsor) Ltd. vs. Newman Industries Ltd. (1949) -----	428
39.2.3.3.- Caso Koufos vs. Czarnikow Ltd., the Heron II (1969)-----	431
39.2.3.4.- El caso Parsons vs. Uttley Ingham (1979) -----	433
39.2.4.- Impetuosity -----	435
39.2.5.- Duty to mitigate-----	438
39.2.5.1.- Acción (dare o facere) injustificada-----	438
39.2.5.2.- . Pasividad u omisión injustificada.-----	439
39.2.6.- No damages beyond the defendant s minimum contractual obligation-----	439
40.- RESPONSABILIDAD TENDENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR FRENTE A LA SOCIEDAD EN LAS HIPÓTESIS DE PERJUICIO DE SU CRÉDITO. TUTELA AQUILIANA DE LOS MISMOS -----	440
40.1.- CRITERIOS A NIVEL DE DERECHO COMPARADO-----	440
40.1.1.- SISTEMA ALEMÁN -----	441
40.1.2.- SISTEMA FRANCÉS -----	445

40.1.3. SISTEMA.- ITALIANO -----	447
40.2.-. ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL-----	449
40.2.1.-IDEAS PREVIAS -----	449
40.2.2.- ACERCA DEL CARÁCTER RELATIVO DEL CRÉDITO- ----	450
40.2.3.- CONCLUSIONES DE LO EXPUESTO- - -----	452
41.- ACUERDOS ENTRE SOCIEDAD Y ACREEDORES: PARA PREVENIR SU INSOLVENCIA SIGUEN LA ESTELA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD RECONOCIDO EN DERECHO ROMANO.-----	452
42.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DE LOS ADMINISTRADORES EN EL CONTEXTO MERCANTIL DE HOY DÍA: ENTRAMADO DE RELACIONES QUE LO ALEJAN DEL MODELO ROMANO - -----	461
42.1.- EVOLUCION HISTORICA Y <i>FUNCIÓN</i> DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y LAS NUEVAS TENDENCIAS LEGISLATIVAS -----	461
42.2.- RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES -----	466
42.2.1.-CARACTERÍSTICAS -----	467
42.2.2.- ÁMBITO SUBJETIVO O EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DE LOS ADMINISTRADORES- -----	468
42.2.3.-PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD -----	470
42.3.- ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: SU EJERCICIO COMO ACCIÓN DE BUENA FE, AL IGUAL QUE LA ACTIO PRO SOCIO -----	473
42.3.1.-EJERCICIO POR LA PROPIA SOCIEDAD -----	474
42.3.2.-EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LOS SOCIOS -----	476
42.3.3.-EJERCICIO POR LOS ACREEDORES-----	477
42.3.4.-PRESCRIPCIÓN-----	478
42.4.-ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD-----	478
43.- LA NATURALEZA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS -----	480
43.1.- BREVE <i>EXCURSUS</i> SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL-----	482
43.1.1.- ORIENTACIÓN GENERAL DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ----	483
43.1.2.-EXAMEN ESPECIAL DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CONCURSAL -----	483
43.2.- CONEXIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIAS Y LA CONCURSAL -----	485
44.- EJECUTIVIDAD DE DEUDAS SOCIETARIAS POR VÍA NOTARIAL-----	491
45.- EXAMEN DE LAS GARANTÍAS TENDENTES A ASEGURAR LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA EN EL DERECHO ACTUAL-----	492
45.1.- SOCIO HIPOTECANTE EN GARANTÍA DE DEUDA SOCIETARIA-----	492
45.2- CASO DE FIANZA SOLIDARIA PRESTADA POR SOCIEDAD Y SOCIO: OBLIGACIÓN SOLIDARIA-----	506
45.3.-ASUNCIÓN CUMULATIVA POR LOS SOCIOS DE DEUDAS DE LA SOCIEDAD: GARANTÍA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA-----	513
45.3.1.-NATURALEZA JURÍDICA -----	515

45.4.- REFLEJOS DE LA EVOLUCIÓN DE LA FIDUCIA COMO FORMA DE GARANTÍA -----	521
45.4.1.- SU JUSTIFICACIÓN-----	521
45.4.2.- EN LAS RELACIONES INTERNAS DE GESTIÓN---	526
45.5.- EL <i>TRUST</i> : GARANTÍA DE RESPONSABILIDAD-----	530
45.5.1.- EL <i>TRUST</i> ANGLOAMERICANO -----	531
45.5.2.- PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL <i>TRUST</i> -----	533
45.5.3.- EL <i>TRUST</i> EN EL DERECHO ESPAÑOL-----	535
46.- RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y LAS GARANTÍAS DE SU EJECUCIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS AUSPICIADO POR LA ACADEMIA DE PAVÍA -----	539
46.1.- PRESENTACIÓN DEL MARCO DE ESTUDIO: RAZÓN DE SER DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Y DE LA RESPONSABILIDAD -----	539
47.-LÍNEAS REGULADORAS EN EUROPA EN CUANTO AL CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS -----	545
48.- CONCLUSIÓN EVIDENTE: COEXISTENCIA DE UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO CON LOS NACIONALES -----	549
49.- CONCLUSIONES FINALES-----	559
BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS CONSULTADAS-----	574

ABREVIATURAS UTILIZADAS. COLECCIONES DE REVISTAS, ESTUDIOS Y FUENTES.-

AAMN =Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid.

ACISD =Atti dei congressi internazionali della Società italiana di storia del diritto (I congreso 1963; II,1967; III, 1975; IV, 1980) 2 vol, (1971).

ADC =Anuario de Derecho Civil.

AG =Archivio giuridico "Filippo Serafini" (Modena).

AHDE =Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid.

AHDO =Archives d'histoire du droit oriental, Bruselas.

AHDO-RIDA =Archives d'histoire du droit oriental; Revue Internationale des droits de l'Antiquité, Bruselas.

ANRW =Aufstieg und Niedergang der römischen Welt; Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neuen Forschung (obra colectiva, varios volumenes, Berlín-Nueva York, 1972 ss.).

ASDGR =Altri Studi di Diritto Greco e Romano, Milano 1976.

Atti Roma =Atti del congreso internazionale di diritto romano in Roma, 2 vol. Pavia, 1934-35.

Atti Torino =Atti della Accademia delle Scienze di Torino. Atti Verona =Atti Del Congreso

Internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Verona 1948, 4 vol; Milano 1953. AUPA

=Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo. AUV =Anales de la Universidad

de Valencia. AZP =Archiv für zivilistische Praxis, Tubinga.

Bas. =Basilicorum libri.

BIDR =Bulletino dell'Istituto di diritto romano, Milano; desde 1940.

C. =Codex Iustinianus.

C.c. =Código Civil.

C.Th =Codex Theodosianus.

CIL =Corpus Inscriptionum Latinarum.

Cit. =cita o citada.

Coll. =Collatio veteris cuiusdam iurisconsulti.

Collectio =Collectio librorum iuris anteiustiniani.

D. =Digesta.

De. =Editorial.

FIRA =Fontes Iuris Romani Anteiustiniani, Ed. Riccobono, Baviera.

Fr. Vat =Fragmenta Vaticana.

I =Institutiones Iustiniani.

IJ =Informacion juridica, Madrid.

INDEX =Index, Quaderni camerti di studi romanistichi, Nápoles. INDEX int. =Index interpolationum quae Iustiniani digestis inesse dicuntur, 3 vol. Weimar, 1929-35.

IVRA =Iura, Rivista Internazionale di diritto romano e antico Napòles.

JJP =The Journal of Juristie Papyrology, New York (Warszawa, desde 1948).

JRS =Journal of Roman Studies, London.

LABEO =Labeo. Ressegna di diritto romano, Napoles.

LQR =Law Quartely Review, London.

NDI =Nuovo Digesto Italiano.

NND =Nuovissimo Digesto Italiano.

Nov =Novellae Iustiniani. P. =Partidas, Código de las VII.

Paul. S. =Pauli Sententiae.

PW =Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der klassischen Altertums-wissenschaft. Refund. a cargo de Georg Wissowa, Stuttgart.

RCDI =Revista Critica de Derecho Inmobiliario. RDC =Rivista di diritto civile, Padua.

RDCO =Rivista di diritto commerciale, Milano.

RDNot =Revista de Derecho Notarial.

RDP =Revista de Derecho Privado.

RGLyJ =Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RH =Revue historique de droit francais et étranger, Paris.

RIDA =Revue internationale des droits de L'antiquité, Bruxelles.

RIL =Rediconti dell'Istituto Lombardo di scienze e Lettere, Milano.

RJCat =Revista jurídica de Cataluña. RISG =
Rivista Italiana de Scienza guiridica. Romanitas =Romanitas. Revista de cultura juridica, Rio de Janeiro.

RSADR =Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano; Córdoba, Argentina.

SC =Senatus Consultum.

Scritti Ferrini =Scritti in onore di Ferrini, Univ. Cattolica, Milano.

SDHI =Studia et Documenta historiae et iuris, Roma. Seminar =Seminar. Annual extraordinary number of The Jurist, Washington.

SODALITAS =Scritti in onore di Antonio Guarino, Napoli 1984. Studi Betti =Studi in onore di Betti, Milano (1962).

Studi Biondi =Studi in onore di Biondi, Milano (1965). Studi Cagliari =Studi economico-giuridici della Università di Cagliari.

Studi Pavia =Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Isatituto di esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia. Studi Sassaresi =Studi Sassaresi, Sassari.

Studi Senesi =Studi Senesi, Siena. Studi Urbinati =Studi Urbinati, Urbino.

TI =Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis- Revue d'histoire du droit (Groningen, Djarta, Bruxelles, La Haya).

Z. vergl.

RW =Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Stuttgart.

ZSS =Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte romanistische Abteilung, Weimar.

LISTA DE CITAS

- Alejandro Severo, Code, 5.72.2-
 Alexandre Severo, Code, 5.75.2
 Alfenus Varus, lib. 2 digestorum, Dig. 18, 6, 11.
 Annal., IV, 6, at
 Annal., XIII, 50.
 Ant. Cl. 7,73, 2),
 Aulo Gelio, "Nocte Atticae, 1, 9, 12
 Aulo Gelio, Noctes Atticae 20,1,46.
 B.12.1.80 (= D.17.2.82), ed
 Basilicos, lib XII, tít. I (52 § 2)
 Basiliques XII, 1, 52 § 2
 Bob. In or. Pro Flacco 32.4:"
 C. 4, 18, 2
 C. 4, 18, 2, 1.
 C. 4, 18, 2, pr (de Justiniano, 531).
 C. 4, 24, De act. Pign. 6.
 C. 4, 25, 3:"¹ D. 40, 7, 40, 8.
 C. 4,18,2; D. 13,5,12; D. 13,5,27.
 C. 7,72,10, 2, 3.- Imp. Iust. A. Ioanni p. p. (a 532).
 C. 7,72,10pr.- Imp. Iust. A. Ioanni p. p. (a 532).
 C.12.35.1
 C.4, 18, 2, pr (de Justiniano 513).
 C.7,72,6-Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC.
 C.7,71,1-*Imp. Alex. A. Irenaeo*
 C.8,14,27
 C.8.14(15).1
 C.8.14(15).1
 Cassio/Paulo en D.17.65.3.
 Catón, "De re rustica" c. 144.
 Celso D. 16, 3, 32
 Celso, lib. 7 digestorum, Dig., 17.1.48 § 1.
 Celso, lib. 7 digestorum.
 Cic, Verr., 3,27
 Cic. ,ad Att., 1, 3, 3; 1, 11, 1; 11, 11, 17, 1; 11, 20, 2;
 Cic. 2 Verr., 1, 90-91.
 Cic. ad Fam., 13, 69. Cic. Ph. 2.19
 Cic. pro Quintio 15, 49-50.
 Cic. pro Quintio, 27, 84.166
 Cic. Verr. 2,2,72,176; 2,2,71,173-174; 2, 3, 71,166
 Cic. Verr. 2,3,64,144; 2,3,61,144
 Cic. Verr., 1, 100.
 Cic., 2 Verr. 1, 102.
 Cic., ad Att., 7, 13, 5; 7, 13^a,1 ; 8, 7, 3; 10, 4, 12; 10, 7,
 3.
 Cic., Par., 6, 46. I.
 Cic., *pro Flacco* 20,48; *lex Rubria* de G.C., cap. 21;
 Cic., Verres, 2, 1, 3, 11, 27-28, 34
 Cicerón Pro Roscio Comoedo, 9, 25 y 26.
 Cicerón ad familiares, 13.9 § 2.
 Cicerón ad Quintum fr., 3, 4, 2-3 y 3, 5, 1; De Divn. 1,
 28, 59Africano, lib. 7 quaestionum, Dig. 10.3.9
 Cicerón en Verr. II 3, 33; 34; 37:
 Cicerón Pro Caecina 2, 67.
 Cicerón pro Flacco, 32, 80;
 Cicerón pro lege Manilia 18
 Cicerón Pro Quintio, VI § 22;
 Cicerón Pro Quintio, XVI § 52
 Cicerón Quintio, VI § 26
 Cicerón Trinummus 425.
 Cicerón, de officiis, 3.17 §70.
 Cicerón, De Orat, 1.36 §,
 Cicerón, de rep. 2,34,59
 Cicerón, en Verr. II 1.54.
 Cicerón, en Verr. II, 1.55 § 143.
 Cicerón, en Verr. III 51,,120
 Cicerón, en Verr. V, 18.55.
 Cicerón, in Verr. 1. 54. 142; 1. 55. 143;
 Cicerón, In Verr., II, 3, 2, 50.
 Cicerón, Pro Caecina, 16"
 Cicerón, Pro Flacco, 32, 80;
 Cicerón, pro Quintio, V. § 21.
 Cicerón, Pro R. Com.; pro Quintio; Juliano, lib. XI
 digestorum.
 Cicerón, Pro R.Amerino,
 Cicerón, Pro Rosc. II,7
 Cicerón, Pro Roscio Amerino, 38, 111
 Cicerón, Pro Roscio Amerino, 40, 116
 Cicerón, Pro Roscio Comoedo, 6, 16
 Cicerón, Pro Roscio Comoedo, VIII §§ 24 y 25.
 Cicerón. En or. Pro Flacco 32.
 Cicerón. Pro Roscio Comoedo, 6, 16.
 Cicerón: Pro Rabirio Postumo, 30.
 Ciceróna d Fam., 14, 4, 6 y 14, 11;
 Cicerónad familiares, 5, 20, 3
 CicerónPro Roscio Amerino, 13, 38, 14, 39
 CIL. VI, 9187.
 CJ., 4.10.4 Imp.Diocletianus et Maximianus AA.
 Liciniae, 290
 Codex 4.61.4 10 kalend. Iul. Crispo Caes.
 Códex, 2.12 (11) 22
 Código 4.37.1 (Imp. Diocleciano y Maximiano, A.A. y
 C.C. Aurelio).
 Código Teodosiano, 1. 2 de loc. fund. iur. emph. 10.3
 como en la Ley Agraria de Roma (1.56).
 D . 42, 5, 24, 2.
 D 16, 6, 12)
 D. 42,5,14pr.Paul. 59 ad ed
 D. 1, 12, 2.
 D. 1, 12, 9.

D. 12, 1, 13, 2
D.- 12, 2, 27; 13, 5, 12; 13, 5, 28; 17, 1, 28; 46, 1, 30;
46, 3, 52; 43, 6, 53; 2, 13, 6, 3; 13, 5, 26.
D. 13, 3, 3
D. 13, 5, 26.
D. 13, 5, 27.
D. 14, 1, 1, 17.
D. 14, 1, 4, 1-2.
D. 14, 1, 5, pr.
D. 14, 3, 11, 5.
D. 14, 3, 13, 2.
D. 14, 3, 17, pr.
D. 14, 3, 20.
D. 14, 3, 5, 3. (Ulpiano, 28 ad ed.).
D. 14, 3, 5, pr. y 3.
D. 14.4.1.1.
D. 15, 1, 25,¹ D. 33, 7, 25, 1.
D. 15,1,47 pr.; D. 14,3,17,1 y 4.
D. 16, 3, 7, 2.
D. 16, 3, 7, 3.
D. 16, 3, 8.
D. 16, 6, 13
D. 17 ,2, 52, 2, Ulp. Eod. Loc.
D. 17, 1, 1 (Paulo, Lib. XXII ad edictum):
D. 17, 2, 2,
Gayo, (Lib.X ad edictum provinciale):
D. 17, 2 vs D. 17, 2, 44.
D. 17, 2, 29, 1
D. 17, 2, 29, 1,2 (Ulpiano, 30 ad Sab.
D. 17, 2, 3, pr. 1 (Paulo, Lib. XXXII ad edictum)
D. 17, 2, 35; 59pr.
D. 17, 2, 52, 5 (Ulpiano);
D. 17, 2, 63 pr).
D. 17, 2, 70 Gai. 3, 151,;
D. 17, 2, 82
D. 17, 4, 1, 63; 10.
D. 17,1,44-Ulp. 62 ad ed.
D. 17,2,20
D. 17,2,29 pr.
D. 17,2,29,2
D. 17,2,76
D. 17.2.69 (Ulp. Lib. 32 ad ed)
D. 18, 2,1 (Paulo, 5, ad Sab.)
D. 18, 6, 2, 1.
D. 19, 2, 30, 2
D. 19, 5, 13, 1 Iul. 11 dig. Apd.
D. 19.2.9.5 (Ulpiano 32 ed).
D. 2, 13, 10,1.
D. 2, 13, 9 pr.
D. 2, 13, 9, 2.
D. 2, 13,6,1.
D. 2, 14, 15 pr. (Paulo)
D. 2,13,10,2;
D. 2,13,6,6;
D. 2,14,47,1; D. 50,16,56 pr. ;
D. 2,14,7 pr.-1
D. 2,14,7,4
D. 2. 13. 6, 1.
D. 21, 1, 44, 1.
D. 21.1.1.2 (Ulp. 1 ad ed. aed. Cur
D. 21.1.37 (Ulp. 1 ad ed. aed. Cur
D. 21.1.44 pr.-1 (Paul. 2 ad ed. aed. cur.):
D. 22, 3, 19, 3 (Ulp., 7 disp).
D. 27, 1, 30, 1
D. 3, 14, 19, 1
D. 3, 3, 43, 5.
D. 3,1,6 (Ulp. 11 ad ed):
D. 31. 65.1
D. 32, 79, 1),
D. 34, 3, 28, 9 (Scaevola, 16 dig),¹ D. 31, 77, 16.
D. 38, 1, 36
D. 39, 4, 3, 1 (Ulp. 55 ad ed)
D. 39,4,1-16
D. 39,4,9.
D. 4, 3, 1, 2
D. 4, 9, nautae cau. stab. Ut. Rec.Ipr. Ulpiano.
D. 4,3,1,7 (Ulp. 11 ad ed.):
D. 4,3,20 pr:
D. 4,3,5 (Ulp. 11 ad ed.)
D. 42, 5, 24, 2.
D. 42,4,7,16ss.-Ulp 59 ad ed.
D. 42,5,15pr.-1-Ulp. 62 ad ed.
D. 42,5,8,1-Ulp. 61 ad ed.
D. 42,7,1,2-Paul. 57 ad ed.;
D. 44, 4, 5,4.
D. 44, 5, 1, 7
D. 44, 5, 3. (Paulo 71 ad ed.).
D. 44, 7, 1, 4.
D. 46, 3, 88.
D. 47, 2, 62(61)⁹ D.31, 77, 16.
D. 47,9, 1). D. 47,9, 1
D. 5, 3, 27, 5.
D. 50, 16, 19.
d. 50, 16,16, (Gai. 3 ad ed. prov.).
D. 50,16,49-Ulp 59 ad ed.
D. 50,16,57pr.-Paul 59 ad ed.
D. 50,17,47.
D. 50.16.207
D. 9, 2, 27, 29
D., 18, I, de contrahenda emptione, 35, 4 (Gayo).
D.14, 3, 13, 2.
D.14, 3, 20 (Scaevola);
D.14,3,11-6:
D.16.3.31.pr. (Tryphoninus, Libro IX, Disputationum):
D.17, 2, 65, 9.
D.17,2,1
D.17.1.59.1 (Paulus, Libro Responsorum):
D.17.2.36
D.17.2.52.4
D.17.2.52.4.
D.17.2.7.
D.17.2.8
D.17.52.2;
D.17.65.9

- D.19,2, 9,5 Ulp. 32 ad ed., D.19, 2, 25, 65 Gai.10 ad ed. Prov.,
D.19.2.21 (Iavolenus, Libro XI, Epistolarum):
D. 17,1,22,10-Paul. 32 ad ed.A.
D.2, 13, 6,3,
D.2, 13, 9, 1 (Paulo);
D.2, 14, 27 pr. (Paulo).
D.2, 14, 47, 1.
D.2, 14, 9 pr. (Paulo);
D.21.1.44.1
D.21.1.44.1
D.23, 3, 24
D.27,10,5-Gayo 9 ad de prov.
D.28,5,23,3-Pomp. 1 ad Sab.
D.36,4,5,2-Ulp. 52 ad ed.
D.39.4.13.1 (Gai. 13 ad ed. prov.).
D.4, 8, 34 (Paulo);
D39, 4, 4,pr D.40, 7, 40, 8
(Scaevola).
D.41,4,2,7-Paul. 54 ad ed
D.42,4,14,2-Paul. 2 quaest
D.42,5,12pr.-Paul. 59 ad ed.
D.42,7,5-Iul. 47 dig.
D.44,5,1pr.-Ulp.76 ad ed.:
D.49.14.46.3: Hermógenes
D.5,1,73-Ulp. 4 de omn. Trib.
D.50, 16, 19 (Ulpiano, 11 ad ed.:
D.50,16,56pr.-Ulp. 62 ad ed.
D.50,16,57,1-Paul. 59 ad ed.;
D.50.16.213.1 (Ulp. 1 reg.):
D.50.17.23 (Ulp. 29 ad Sab),
De Tito Livio, en *Ab Urbe condita*, 23, 48, 10-49, 4;
25, 3, 12; 25,3,8,5,1.
Dem. 33.27.
Dem. 37.1.
Dig. 10.3.19 § 2.
Dig. 13, 6, 5 § 2.
Dig. 14.3.13 § 2.
Dig. 17.2.32.
Dig. 17.2.52
Dig. 17.2.52, §§ 2 y 3
Dig. 17.2.58. Palingenesia, I p.134 E. 109, nº 70.
Dig. 18.6. Code, 4.48.
Dig. 19.2.9; § 3; 25 § 3 ; 29; 30 § 4; 51.
Dig. 3.2.1,
Dig. 39.4.15.
Dig. 50, 16, 164 § 1.
Dig., 2, 13, 6 (Ulpiano);
Digesto (libro XIV, título II”De Lege Rhodia de Iactu”
Diocleciano y Maximiano, Code, 5.51.7, —
Diocleciano y Maximiano, Código, 2.18.20
Diocleciano y Maximiano, Código, 5.51.7, -
Domat, I, VIII, IV, nº 19
En el Dictionaire de Antiquités, Daremberg y Saglio, t.
IV, p. 137-138, vº obligatio.
Eod. 3 (Paulo).
Epist. 7, 14.
Escévola 22 dig., D. 32.41.26.
Ética a Nicómaco, 1. V, cap. II § 13.
Flor. D. 46.1.22.
G. 14, 2
G. 4, 32-.
G.4, 28.
Gai. 3,149
Gai. 3,150
Gai. 3,150:
Gaius, lib. 25, ad ed. Prov. Dig. 39.2.32;
Gayo 2,155; D.42,3,7
Gayo (4, 71)
Gayo (4, 71).
Gayo (Gai. 1 ad ed. prov. D. 2,13,10,2)
Gayo (III, 205-6) Labeón (D.17.2.60.1)
Gayo 3, 148
Gayo 3, 151
Gayo 3, 206.
Gayo 3,80-81 y 4,34-35).
Gayo D. 3, 4, 1, pr.:
Gayo D.17.2.72
Gayo III,151
Gayo Inst. 3, 25 § 9.
Gayo IV 30
Gayo, 3,79; Cic., ad Atticum 1, 1, 3.
Gayo, ad ed. prov., lib. X, Dig. 17.2.34.
Gayo, D. 3.4.1.
Gayo, Dig. 17.2.72.
Gayo, Dig. 17.2.72.
Gayo, en Lib. 3 ad ed, prov. Dig. 39.4.1.
Gayo, I. 3.121-27.
Gayo, Inst. III § 15.
Gayo, Inst., 3, 149
Gayo, Inst.III. 25.9.
Gayo, Instituciones, 3, 150
Gayo, lib. 10 ad ed. Prov. Dig. 17.2.34.
Gayo, lib. 10 ad ed. Prov. Dig. 17.2.63 § 6
Gayo, lib. 10 ad ed. prov. Dig. 17.2.68. Lib. 31 ad ed.
Gayo, lib. 10 ad ed. Prov., Dig. 17.2.68 § 1
Gayo, lib. 2 col. Rer. Sive aureor. Dig. 17.2.72,
Gayo, lib. 29 ad ed. prov. Dig. 39.2.32,
Gayo, lib. 3 ad ed. Dig. 50, 16, 16.
Gayo, lib. 7 ad ed. prov. Dig. 10.3.2;
Gayo, lib. 7 ad ed. Prov. Dig. 10.3.2;
Gayo, lib. 7 ad ed. prov. Dig. 10.3.2;
Gayo, lib. 9 ad ed. prov. Dig. 15.1.27 § 8;
Gayo, lib. 9 ad el. Prov. Dig. 13.6.18
Gayo. 3.154,154a,154b1: (154)
Gell. NA 3.22.28
Gellio, Noctes Atticae 1.9.12:
Gellius 16, 10,8.
Grothius, De iure belli ac pacis, Lib.II. Cap. XI, 13.
Heinecio, Juan:”Recitaciones de Derecho Civil
Romano
Hermogeniano (D. 1, 1, 5):
Hor., Sat., 1, 6, 86; Cic. pro Caec., 4, 10-11; Suet.,
Vesp. 1, 2.
I. 3,25,1:

- I. 4.16.2
 I. Oropos 292. 36-37 [=IG VII 4255].
 IG ii2 1678, lines 29-32.
 Inst de Justiniano, 3, 25, 2
 Inst. 2,19,1; 3,10,3 y 3,12pr.
 Inst. 3, 25 § 2,
 Inst. 3, 25, 4.
 Inst. 3, 25, 5.
 Inst. 3.23.3,
 Inst. 4,6 §36.
 Inst. de Just. 3, 25, 1.
 Inst. de Justiniano, 3, 25, De societate
 Inst. III,25,9.
 Inst. IV § 182,
 Inst.3.27 § 3;
 Instituciones de Justiniano, 3, 25 De societate,
 Iuliani digestorum lib. 14.
 Javoleno, lib. 15 ex Cassio, Dig. 4, 6.34 §1.
 Juan Heinecio, "Recitaciones del Derecho Civil Romano".
 Juliano D. 17.2.52.4
 Juliano lib.3 ad Urseim Ferozem, Dig. 18.6.13.
 Juliano, Dig. Lib. 14 Pro Socio,
 Juliano, Digesto,I, nº 234. Dig. 17.2.52 § 4.
 Juliano, lib. 1 ad ed. Dig. 3.2.1.
 Juliano, lib. 12 Digestorum Dig. 10.3.25;
 Juliano, lib. 12 digestorum, Dig. 10.3.25, Ulpiano, lib.
 29 ad ed. Dig. 15.1.19 §2.
 Juliano, lib. 15 Digestorum. Dig. 19.2.9 § 2
 Juliano, lib.8, digestorum, Dig. 10.3.25
 Juliano. Digesto, lib. 14 Dig 17.2.52 § 4.
 Just. Inst. 3.25.9 y D.17.2.72 (Gayo 2 rer. Cott)
 Justiniano (CJ. 4, 37, 6; D. 17, 2, 1).
 Justiniano Inst. 4.16.2
 Justiniano, Inst. 3, 27,3
 Justiniano, Inst. 3.25.9.
 Justiniano, Inst. 3.25.9.
 Justiniano, Inst. 3.27 § 3.
 Justiniano, Inst. 3.27 § 3.
 Justiniano, Inst. 4, 16 § 2:
 Justiniano, Instituciones, 4, 6, 17;
 Justiniano. I. 3.25.
 Labeón (D. 14, 3, 5,
 Ley 3 y ley 73 del tít. II lib.XVII del Dig.
 Ley 31, tít. II lib. XVII del Dig.
 Ley 52 del mismo título y libro.
 Leyes 32 y 33, tít. II lib. XVII del Dig.
 Leyes 7 y 12 del mismo título y libro que en las dos
 notas precedentes.
 Leyes 7 y 12 del mismo título y libro.
 Leyes 8 y 13 del tít. II lib. XVII del Dig.
 Leyes 9, 10, 11 y 7 Leyes 9, 10, 11 y
 Lib. 10 ad ed. Dig. 50, 16, 15.
 Lib. 11 Respon. Dig. 19.2.53.
 Lib. 12 ad Sab. Dig. 17.2.59
 Lib. 30 ad Sab. Dig. 17.2.31.
 Lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 5.
 Lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.61; Palingenesia, I, p. 357.
 Lib. 31 ad ed. Dig., 17.2.58 § 1. Palingenesia, I, p.
 139. E. 109, nº 70.
 Lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.5.
 lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.65 § 9;
 lib. 33 ad edictum, declara: D., 17, 2, h.t., 70:
 Lib. 6 ad sab. Dig. 17.2.36,
 Lib. 6 ad Sab. Dig. 17.2.38 § 1.
 Liv. 39-21
 Livio 8,28,8
 Marciano, lib. 1 de iudiciis publicis. Dig. 50.2.4.
 Marciano, lib. 14 Institutionum, Dig. 48, 10, 1 §9.
 Marciano, lib. sing. ad formulam hypothecariam, D.,
 h., t., 11.1.
 Marciano, libro singulari ad formulam hypothecariam,
 20, 5
 Mod. 2, pandect.
 Modestino (6 pandec.), D. 16, 2, 1,
 Modestino, 10.2.1.3;
 Modestino, Dig. 37, 14, 7 § 1.
 Modestino, lib. 2 de poenis, Dig. 39.4.6
 Modestino, Lib. 2, de poenis, Dig. 39.46.
 Modestino, lib. 2º Coll. 10.2.1.3—
 Modestino, lib. 3 Reg. Dig. 17.2.4 § 1.
 Modestinus, fr.4, pr. Pro socio, XVIII.
 Papiniano D. 17,2,52, 9
 Papiniano, 3 resp., en D. 5, 1, 45, pr.
 Papiniano, 3 resp., en D. 5, 1, 45, pr.
 Papiniano, 3 resp., en D.5, 1, 45,pr
 Papiniano, 3 resp., en D.5, 1, 45,pr.
 Papiniano, Lib. 1 responsorum, Dig. 50.2.6 § 2Ulpiano
 li. 3, opinionum. Dig. 50.8.2 § 1.
 Papiniano, lib. 11 responsorum, D., 20, 1, h., t., 1, 2
 Papiniano, lib. 17 responsorum, D. 2, 14, h. t., 42.
 Papiniano, lib. 44 responsorum, D., 20. 1.
 Papiniano, lib. 9 questionum; Dig. 17.2.31;
 Papyrusforschung 87". 1997, Munich; Beck.
 Paul, Sent. II § 16 (pro socio)¹ Inst. 3.25.9.
 Paul. D. 42,5,38,1;
 Paul. D.17.2.65.9;
 Paul. Sent.II, XVI.,
 Paulo (Paul. 3 ad ed. en D. 2,13,9 pr.).
 Paulo 2 ad aed. Ur., en D. 21, 1, 44.
 Paulo 3 ad ed. D. 2, 14, 25, pr.
 Paulo 32 ad ed. D. 17, 2, 65, 3
 Paulo D.2.14.25
 Paulo D.2.14.27
 Paulo D.2.14.9 pr.
 Paulo Dig. 39.4.9 §3.
 Paulo en D. 53.4.55
 Paulo en D., 42, 2, de confesis,
 Paulo en D.17.2.65.4.
 Paulo en D.17.2.65.6;
 Paulo en D.2.13.9pr.
 Paulo lib. 19, ad ed. Dig. 9.3.4.
 Paulo lib. 3 ad Plautium, D.2, 14, 24, D. 2, 14, 27, pr.
 Paulo lib. 39 ad ed. Dig. 9.4.10.

- Paulo lib. 6 ad Sab. Dig. 10.3.19 §2.
Paulo, 3 ed. D. 2.14.25 pr y 27 pr;
Paulo, 3 ep. Alf. dig. D.17.2.71 pr.
Paulo, 32 ad ed. Dig. 17.2.65 § 15; lib. 52 ad ed.
Paulo, D.17.2.65.15.
Paulo, Dig. 39.4.4 § 2; lib 5 Sent. Dig. 39.4.9 § 4.
Paulo, lib. 1 decretorum, Dig. 49.14.47
Paulo, lib. 13 a ed. Dig. 10.2.25 § 16,
Paulo, lib. 22 ad ed. Dig. 4.9.6 § 1
Paulo, lib. 22 ad ed. Dig. 4.9.6 § 1.
Paulo, lib. 22 ad ed. Dig. 9.4.10.
Paulo, lib. 23 ad ed. Dig. 10.3.1.
Paulo, lib. 23 ad ed. Dig. 10.3.1.
Paulo, lib. 28 ad sab., Dig. 50.17.23; idem, lib. 28 ad ed. Dig. 13.6.59.
Paulo, lib. 3 ad Plautium, D. 10, 2
Paulo, lib. 3 ad Plautium, D. 10, 3, Comm. Divid. 14, 3
Paulo, lib. 3 ad Plautium, D. 10, 3, Communi dividundo, 14, 2 y 3
Paulo, lib. 3 Epit. Alfeni digestorum Dig. 17.2.71.
Paulo, lib. 3 Eptomarum Alfeni digestorum, Dig. 17.2.71
Paulo, Lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 11.
Paulo, lib. 32 ad ed, Dig. 17.2.65
Paulo, lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.65 § 13;
Paulo, lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.65 § 15.
Paulo, lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.65 §§ 6, 9;
Paulo, lib. 32 ad edictum, D. 17, 2, Pro socio, 1.
Paulo, lib. 32, ad ed. Dig. 17.2.67 § 3.
Paulo, lib. 33 ad ed. Digesto 18.6.8.
Paulo, lib. 4 ad Plautium, Dig. 13.3.14
Paulo, lib. 4 ad Plautium, Dig. 14.3.14.
Paulo, lib. 5 Sent. Dig. 39.4.9 §4
Paulo, lib. 5, ad ed. Dig. 3.2.5; ídem, Dig. 3.2.7.
Paulo, lib. 5, Sententiarum, Dig. 39.4.9 §2.
Paulo, lib. 52 ad ed. Dig. 39.4.4 pr.; § 1;
Paulo, lib. 52 ad ed., D. 39, 4,4,pr.
Paulo, lib. 6 ad Sab. Dig. 17.2.38
Paulo, lib. 6 ad Sab. Dig. 17.2.50.
Paulo, lib. 6 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro socio, 17, pr
Paulo, lib. 6 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro socio, 30,
Paulo, lib. 6 ad Sabinum, Dig. 10.3.19 § 2,
Paulo, lib. 62 ad ed. Dig. 17.2.52 § 3 y 4. Paulo, lib. 8 ad Sab. Dig. 17.2.36.
Paulo, lib. ad ed. Dig. 4.9.6 § 1:
Paulo, lib. Sententiarum, Dig. 49.14.45 §14.
Paulo, lib.3 Epitomarum Alfeni digestorum, Dig. 17.2.71;
Paulo, lib.5 Responsorum. Dig. 19.2.54 §1,
Paulo, lib.6 ad Sab. Dig. 10.3.19 § 2
Paulo, Sent. 2, 16.
Paulo, Sent. 2, 4, 3.
Paulo, Sentencias, II, V, 2.
Paulo: 13 y 62 ad ed., en el D. 4, 8, 34, pr. y 2, 14, 9, pr.,
Paulus 23 ad ed, D. 10, 2, 25, 16
Plauto: Aulularia 529-530
Pomponio D. 17,2, 59
Pomponio en D.17.2.59.1
Pomponio en lib. 12 ad Sab. Dig. 17.2.59, §1
Pomponio, D. 42, 122
Pomponio, lib. 12 ad Sab. Dig. 17.2.59 § 1;
Pomponio, lib. 12 ad Sab. Dig. 17.2.59.
Pomponio, lib. 12 ad Sabinum, D. 17, 2, Pro socio, 59, pr.
Pomponio, lib. 12 ad Sabinum, Dig. 17.2.59 § 1.
Pomponio, lib. 13 ad Sab. Dig. 17.2.39
Pomponio, lib. 13 ad Sab. Dig. 17.2.60, §1
Pomponio, lib. 9 ad Sabinum, D.17, 2 Pro socio, 6.
Pomponio, lib., 13 ad Sab. Dig. 10.3.20
Pomponio, lib.12 ad Sabinum, Dig. 17.2.59 § 1.
Pothier, Pandectae, (Paris, 4.1825), p. 18, n° 3
Pro Quinctio Roscio comaedo, c. 6.
Próculo D.17.2.80
Quintiliano Declamationes, 340, 341, 359.
Quintiliano, Decl. 320
Quintiliano, Declamationes, 320.
Quintiliano, Declamationes, 320.
Rescripto de Septimio Severo y de Caracalla, Código 5.57.1...
Rescripto de Séptimo Severo y de Caracalla, Code, 5.57.1
Ret. ad Herennium 2-13-19.
Retórica ad Herenium libro II Cap. XXI:
Rhet. Her., 2, 13, 19.
Rhetorica ad Herennium
Rhetorica ad Herennium 2, 13, 19
Scaevola, lib. 28 digestorum, D. 45, 1, De verbor. Obligat., 122, 3.
Scaevola, lib. 5 responsorum, D. 20, 1, h., t., 32.
SEG: 47:96, líneas 33-6.
Sén., de benef. 2,18,7, e itp. D.4,2,1 vis atrox.)
Séneca, epist., 94, 27:²¹ D. 14, 5, 8.
Suet. Vesp., 16, 2:
Suet., Vesp., 1, 2.
Tácito, Anales IV, 6. Denys de Halicarnaso, II, 28
Teoph. Paraph. 4, 6, 8.
Theoph. Par. Ad Inst. 4, 6, 8.
Tito Livio 21, 63
Tito Livio 4.8.
Tito Livio, 22 22 7 —
Tito Livio, 39, 44; 43, 16,
Tito Livio, 43, 16
Ulp. 14.1.4.
Ulp. 28 ad Ed., D. 13, 6, 5, 7
Ulp. 3 *disput. fragm. Argent.* (recto 1ª), D. 17, 2,4 pr.
Ulp. 30 ad Sab., C. 2, 3, 9 (8) Alex a 222.
Ulp. 4 ad ed. D. 2, 13, 4, 2-3.
Ulp. 4 ad ed. D. 2, 13, 9, pr.
Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 25, pr.
Ulp. 4 ad ed. D. 2,13,6,6.
Ulp. 4 ad ed. D. 2.13.6.8.
Ulp. 4 ad ed. D.2.13.4,pr
Ulp. 4 ad ed., en el D.2. 13.13,
Ulp. 42 ad ed.(D. 38, 2, 1.

Ulp. 72 ad ed D.36,4,11 Hermog 4 Iuris Epit.
Ulp. D. 17.2.52.13
Ulp. D. 49,14,28,
Ulp. D.13.6.5.2,
Ulp.D.50.17.23
Ulpiano (D.2, 13, 6, 5).
Ulpiano 20 d Sab. D. 33, 7, 12, 1.
Ulpiano (D. 9,2 & 11,6 y D. 9,2 & 17)
Paulo (D. 7,1 & 17,3 y D. 9,2 & 27. 14)].
Ulpiano 1 ad aed. Cur., en D. 21, 1, 37
Ulpiano 1. ad ed. aed. cur, D. 21, 1, 14, 9
Ulpiano 11; 63 §§ 3; 7;
Ulpiano 28 ad ed en D. 50, 16, 185
Ulpiano 28 ad ed. D. 14, 1, 1, 12,
Ulpiano 30 ad ed. (D. 16, 3, 7, 2),
Ulpiano 4 ad ed. Dig. 2, 13, 6, 1.
Ulpiano ad ed. prov., lib. X, Dig. 17.2.34.
Ulpiano D 17,2,35.
Ulpiano D. 2, 13, 6, 9
Ulpiano D. 2, 13, 6, 9
Ulpiano D. 2, 13, 6, 9
Ulpiano D. 21, 1, 37
Ulpiano D. 47.2.31.1.
Ulpiano D.14.1.1.25
Ulpiano D.14.1.4 pr y 1
Ulpiano D.17.2.52.2 in fine
Ulpiano en D. 14, 3, 11, 3.
Ulpiano en D.17.2.52.15
Ulpiano en D.17.2.63pr.7.
Ulpiano en lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63 § 8.
Ulpiano en lib. 55 ad ed. 39.4.1, pr; § 1; § 2; § 4; § 5
Ulpiano lib. 23 ad ed. Dig. 11.3.9. Ulpiano lib. 31 ad
ed. D. 17.2.54
Ulpiano Lib. 68 ad ed. Dig. 43.14.1 §7.
Ulpiano, 17.2.63 § 9.
Ulpiano, 4 ad ed, en D.2, 13, 4, 5
Ulpiano, 4 ad ed, en D.2, 13, 4, 5
Ulpiano, 4 ad ed., en D. 2, 13, 4, 5
Ulpiano, D. 37.1.3.4.
Ulpiano, D. 50.16.186 Ulpiano, D.17.2.63 pr.
Ulpiano, lib. 1 opinionum, D. 2, 14, De pactis, 52, 2.
Ulpiano, lib. 10 de officio proconsulis, Dig. 48, 19, 9
§9.
Ulpiano, lib. 2 ad ed., Dig. 17.2.32;
Ulpiano, lib. 20 ad ed. Dig. 17.2.41
Ulpiano, lib. 21 ad ed. Dig. 17.2.52 § 18.
Ulpiano, lib. 28 ad ed. Dig. 13. 6. 5 § 2.
Ulpiano, lib. 28 ad ed. Dig. 14.3.13 § 2.
Ulpiano, lib. 28 ad Edictum, Dig. 13.6.5 § 2-
Ulpiano, lib. 28 ad Sab. Dig. 50.17.23;
Ulpiano, lib. 29 ad Sab. Dig. 50.17. 23
Ulpiano, lib. 3 ad ed. Dig. 17.2.52 § 3;
Ulpiano, lib. 30 ad ed. Dig. 17.2.14.
Ulpiano, lib. 30 ad ed. Dig. 17.2.52, § 15; 67
Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Dig. 10.3.3
Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Dig. 17.2.45.
Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Dig. 19, 5, 13.
Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Dig. 19.5.13 § 1.
Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Juliano [lib. 11 Dig.] Dig.
19.5.13 § 1.
Ulpiano, lib. 30 ad Sab., Dig., 19.5.13 § 1
Ulpiano, lib. 30 ad Sab.,¹ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig.
17.2.52 § 12.
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D. 17, 2, h.t., 35:
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D. 17, 2, Pro Socio, 14
Paulo, lib. 6 ad Sabinum, D. 17,
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D. 17, 2, Pro Socio, 16,
1.-
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D. 17, 2, Pro socio, 29, 2
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro socio, 29,1.
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, Di. 17, 2, Pro socio 16, 1.
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, Dig. 17.2.29.
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, Dig. 19.5.13 §1.
Ulpiano, lib. 31 1d edictum, D., 17, 2, Pro socio 63, pr.
Ulpiano, lib. 31 ad ed, Dig., 17.2.63.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. 17.2.52, §13.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.1.8 § 9
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.18 § 9
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.5.63 § 5;
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 1.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 12
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 12.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 13.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 2
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 3
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 3.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 7;
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 §11.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 §12.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.58.
Ulpiano, lib.31 ad ed. D.. 17.2.58,pr.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63
Ulpiano, lib. 31 ad ed. D.. 17.2.63 §3
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig., 17.2.44.
Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig., 17.2.52 §§ 2, 3, 7.
Ulpiano, lib. 31 ad ed.,D.17.2.52, § 2
Ulpiano, lib. 31 ad ed.,D.17.2.52 § 3.
Ulpiano, lib. 32, ad ed. Dig., 19.2.9, §5; 19.1.13, 16
Ulpiano, lib. 32, ad Edictum
Ulpiano, lib. 38 ad ed. Dig. 39.4.12 § 1; § 3.
Ulpiano, lib. 42 ad Sabinum, Dig. 9.2.44,
Ulpiano, lib. 42 ad Sabinum, Dig. 9.2.44,
Ulpiano, lib. 45 ad Sab. Dig., 17.2.42
Ulpiano, lib. 5 disp. Dig. 36, 1, 22 (23) §3...
Ulpiano, lib. 5 disp. Dig. 36, 1.22 (23) § 3
Ulpiano, lib. 52 ad ed. Dig. 42.1.16.
Ulpiano, lib. 52 ad ed. Dig. 42.1.16.
Ulpiano, lib. 6 ad ed. Dig. 3.2.6 § 2.
Ulpiano, lib. 6 ad ed. Dig. 3.2.6 § 6
Ulpiano, lib. 63 ad ed. Dig. 42.1.16.
Ulpiano, lib. 63, ad ed. Dig. 42.1.16.
Ulpiano, lib. 68 ad ed. Dig. 43.9.1
Ulpiano, lib. 76 ad edictum, 76, D. 44 4
Ulpiano, lib. ad ed. Dig., 17.2.32;
Ulpiano, lib.28 ad ed. Dig. 14.3.13 § 2:

Ulpiano, lib.30 ad Sab. Dig. 17.2.1.
Ulpiano, lib.31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 2,
Ulpianus, fr. 5. Pr. Y fr. 58, pro socio XVII.
Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro socio, 29,
pr.
Valerio Máximo 6, 1, 19.

Varro, Lingua Latina, 6, 11)
Varrón, de lingua latina 7,105
Varron, Lengua lat. V, 40.
Varron, Lingua latina, 6, 74,
Voet, Commentarius ad Pandectas, Lib. XVII, Tit. II,
XII.

GARANTÍAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA. SU ANÁLISIS EN DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO COMPARADO Y SUS ANTECEDENTES EN DERECHO ROMANO.

INTRODUCCIÓN

Se parte siempre de la premisa que la responsabilidad societaria es una entidad de elaboración histórica, encontrándose sus raíces en el seno del derecho romano, si bien permeable a ciertas influencias griegas e incluso procedentes del derecho babilónico. El sistema romano, fiel a su método casuístico y no propicio a la formación de grandes teorías conceptuales, en ningún responde a criterios uniformes en el tratamiento de la responsabilidad generada en el ámbito societario con sus garantías para asegurar su efectividad. Incluso la misma terminología empleada en las fuentes se manifiesta ambigua y no siempre exenta de contradicciones. Tal sistema sufre una lenta pero profunda transformación, fundamentalmente por obra de la jurisprudencia clásica, cuya labor eminentemente práctica y casuística es recogida y, en cierta medida generalizada y sistematizada por el Derecho postclásico y justiniano.

Dentro de las obligaciones de buena fe, los juristas clásicos adentrándose en las relaciones contractuales societarias, comenzaron a valorar para atribuir la responsabilidad, no sólo el acto positivo encaminado tanto al incumplimiento, sino también todo aquel comportamiento que, si bien no entrañaba mala fe, suponía una conducta descuidada y negligente por parte del socio deudor que incumple, abriéndose así la vía para reconocer la concurrencia de la responsabilidad por culpa dentro de una sociedad.

Hemos creído conveniente profundizar en la mecánica de la dicotomía debito responsabilidad específicamente dentro de las relaciones originadas de un contrato de sociedad y el impacto que las garantías reconocidas entonces originaba en la propia sociedad, siempre sobre la base del análisis jurisprudencial esforzándonos en llevar a cabo

un enfoque original a la hora de comentar las diversas opiniones doctrinales. Llama nuestra atención por supuesto, el modo de hacer efectiva la responsabilidad especialmente en el caso de las societates publicanorum y argentarii.conectando esta última con la problemática de la responsabilidad en la hipótesis de insolvencia económica, extremo éste en el que quizá aún habría que hacer más incapién doctrinal

Aplicando criterios interpretativos lógicos, sistemáticos y frecuentemente acudiendo al recurso de la analogía. Por ello, tras descubrir la identidad de razón entre situaciones contractuales surgidas del contrato de sociedad con otras derivadas de otros contratos consensuales, las soluciones jurídicas deducidas a partir de otros contratos como la compraventa, locatio conductio, etcétera, hemos mostrado cómo son extrapolables al ámbito societario y en virtud de dicho proceder metodológico se ha intentado realzar la aparición de la responsabilidad con ocasión del desarrollo de la función económica pretendida a través del contrato de sociedad.

Con el fin de llegar a conclusiones sólidas, nos ha parecido conveniente partir de un examen estructural de la societates y a la par del contenido de la responsabilidad en sus diversas modalidades. Dentro del estudio dedicado a estas dos variables, desenvolvamos en el estudio de la actio pro socio, como canal de efectividad de la responsabilidad societaria. En este sentido, cabe decir, que se ha pretendido dar una visión nueva concerniente a la actio pro socio, partiendo de su análisis a través de estudios doctrinales de finales del XIX, principios del XX siempre sería interesante un aire de renovación en cuanto a su estudio.

Huyendo de planteamientos unilaterales, se ha mostrado la proyección práctica de la responsabilidad societaria en diversos frentes: interno, inter socios, externo frente a terceros y especialmente se ha subrayado la conexión entre administración y responsabilidad, considerándola relevante, quizá dejándome llevar por la mentalidad jurídica contemporánea especialmente preocupada en perfilar los límites del ámbito de representación de los administradores sociales.

En ningún momento pasan desapercibidos a los ojos del investigador los modelos de societates postclásicos recogidos en el Papiro romano bizantino.

Por supuesto, siendo la problemática de la limitación de la responsabilidad actualidad, se ha querido estudiar cómo se articulaba tal tendencia a la limitación a través de mecanismos como el peculio en sus diversas modalidades.

Por otra parte, y sin admitir al cien por cien que la fuerza de la interpretación histórica, basada en precedentes anclados en el pasado, palidece con el paso del tiempo, nos

proponemos enlazar el análisis de los antecedentes históricos romanistas con la visión concerniente a la responsabilidad a lo largo del derecho comparado haciendo hincapié en el modelo francés, alemán sin dejar de lado el impacto de la responsabilidad societaria dentro del sistema jurídico del Common Law.

Por supuesto no queda fuera de nuestro estudio la formación del concepto responsabilidad y las formas de garantía que admite, adaptado a los prismas a través de los cuales se han ido forjando para alcanzar la idiosincrasia actual de formas del garantía, típicas o atípicas, pero siempre ajustables a las vida societaria en aras al aseguramiento de la armónico tráfico o ejercicio de actividades revestidas de rasgos comerciales a través de fórmulas contractuales societarias.

Como consideración de conjunto, cabe decir que, examinando el Derecho romano clásico referente a la sociedad, se evidencian sus caracteres liberales e individualistas, así como cierto recelo o cautela del sentido romano tendente a evitar un excesivo crecimiento o expansión en espiral, detonante de mayores dificultades u obstáculos para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, pensando que ello desvanecería el control y la efectividad de la pertinente responsabilidad derivada de aquéllas. El contrato de *societas* genera solamente un *mínimum* de obligaciones y el Derecho se muestra siempre respetuoso con la libertad del individuo. Esta característica no sufrió alteración esencial en el período postclásico. Las formas modernas de las sociedades, como es evidente, no se desarrollaron en el contexto romano, si bien resulta interesante, y no meramente arcaico, volver la vista hacia la realidad romanista, porque en el devenir histórico, el germen del concepto responsabilidad se mantiene incólume y es progresivamente adaptado a las necesidades jurídico-sociales sin perder su identidad originariamente romana. Esto no sólo quiere decir que no deban buscarse a toda costa elementos de continuidad entre la experiencia jurídica romana y el derecho mercantil medieval y moderno, aunque tampoco debe negarse radical y apriorísticamente el impacto jurídico romano sobre las relaciones obligacionales surgidas en el seno, tanto de una sociedad mercantil en sentido singular, como incluso en entidades conexas fruto de la ingeniería societaria moderna.

A pesar de sus antecedentes romanos, la sociedad comercial, como empresa mercantil, no ha seguido una línea de evolución uniforme en la experiencia moderna, y lo mismo sucede con el régimen de responsabilidad societaria superpuesto sobre la misma. El ente societario se ha visto imbuído del modelo en el que se contextualiza, o sea “derecho de clase”, diverso y autónomo dentro del derecho privado y centrado en la noción de

“comerciante” y “acto de comercio” hoy en franca crisis, o en cualquier caso, en transformación. Si, por un lado, dicha especialidad parece resistir aún en muchos países de tradición romanística (o romano germánica), como Alemania, Argentina, Chile, Colombia, España, Francia, Méjico, en los que sigue vigente un Código de comercio separado del civil, de acuerdo con el modelo de codificación que se remonta a al edad napoleónica (Code civil de 1804 y Code de commerce de 1807), por otra parte, en ciertos países, aun pertenecientes al mismo sistema jurídico, se echa ya en falta: basta pensar en el Código suizo de las obligaciones, que no distingue entre la materia civil y la materia mercantil, en el código italiano, que sustituyó al Código civil de 1865 y al de comercio de 1882, y en el Código civil de Brasil, en el que confluyen los precedentes Código civil de 1916 y Código de comercio de 1850 (con excepción de la segunda parte de derecho marítimo). Además, en algunos de los mismos países donde están en vigor dos códigos diferentes, puede presentarse o una marcada tendencia a la unificación del derecho privado, como el proyecto argentino de 1998 de un único código civil que comprenda la materia mercantil, o una evidente pérdida de importancia de los códigos de comercio, con frecuencia abrogados y en gran partes sustituidos por leyes especiales, antes las nuevas reglas derivadas de la contratación internacional; y ello sin olvidar el sistema del Common Law, en el que falta en el ámbito del derecho privado la distinción formal de un derecho mercantil.

La responsabilidad civil en general ha sufrido una evolución profunda desde de fines del siglo XIX y ha ido perdiendo buena parte de su carácter sancionador para incrementar su función reparadora, reforzada a través de derechos de garantía. En el campo de la responsabilidad civil de los administradores y demás operadores societarios, sin desaparecer su función resarcitoria de daños, ésta adquiere una función normativa o de disciplina de actuación representativa societaria, que corre paralela a la tendencia del incremento y la concreción de los deberes genéricos de diligencia y lealtad, con el fin de potenciar el buen gobierno de las sociedades, tanto en el ámbito nacional interno, como comunitario europeo, como tendremos ocasión de observar. Función normativa que implica, además no simplemente la vinculación de la responsabilidad en ciertos puestos con el cese o destitución de los administradores, sino el establecimiento de determinadas sanciones, en unos casos de carácter penal, y en otros de carácter civil extraordinariamente onerosas, con total independencia de las garantías con las que puedan estar revestidas.

Aprovechando mi experiencia como jurista práctico, he hecho especial énfasis en los aspectos que he considerado más actuales en el desenvolvimiento de la responsabilidad societaria mercantil contemporánea: responsabilidad de los administradores sociales, responsabilidad por deudas y las garantías más ad hoc para la efectividad de la responsabilidad con hincapié en las modernas formas de fiducia, la fianza solidaria, los trust. Es esta parte del trabajo es totalmente original mía, además de los comentarios efectuados a textos jurisprudenciales

En un afán de adentrarnos en un estudio de la materia jurídico comparado, abordamos dentro del derecho comunitario europeo, con una metodología de disección, la figura de la sociedad mercantil en el ámbito europeo, así como también la responsabilidad contractual y sus formas de garantía. Se evidencia con claridad, en todos los ordenamientos contemporáneos europeos, fieles a las pautas marcadas por la normativa comunitaria, de la posición cada vez más relevante que el órgano administrativo asume dentro de la organización de la sociedad, con un poder en gran medida autónomo respecto a otros órganos, en particular, la junta general, debido al conocido fenómeno de la separación entre el capital y la gestión en el seno de las sociedades capitalistas limitadoras de la responsabilidad, especial en la sociedad anónima.

Esta marcada diferencia constituye la causa que explica la relevancia que ha de otorgarse a la responsabilidad societaria actual, como mecanismo de control de quienes pueden llegar a concentrar un importante poder de decisión, buscando siempre un equilibrio afianzado por las diversas garantías que refuerzan a dicha responsabilidad.

A lo largo de nuestro trabajo veremos cómo la responsabilidad va recibiendo perfiles cada vez más complejos al unísono con crecimiento de la dinámica desarrolla por las estructuras orgánicas societarias. Junto a la responsabilidad strictu sensu por incumplimiento de los deberes generales impuestos a los representantes societarios, confluye también la responsabilidad que nace en los casos de incumplimientos de los deberes específicos referentes a su actuación en el caso de que se produzca una causa de disolución y en las hipótesis críticas de insolvencia de la sociedad, a la cual cabe además añadir la responsabilidad que pudiera surgir de un procedimiento concursal. Al hilo de este planteamiento siempre cabe examinar el desarrollo práctico de las diversas acciones sociales susceptibles de ejercicio.

Asimismo, tomaremos en consideración el régimen de administración de la Sociedad Anónima Europea y de responsabilidad derivado de la misma. Dicho régimen ofrece dos peculiaridades. Una de ellas radica en que la SE que se domicilie en España podrá optar

por un sistema monista o dual, haciéndolo constar en los estatutos sociales y repercutiendo inevitablemente en el régimen de su responsabilidad. Otra, se encuentra en su “implicación”.

Por supuesto tendremos en cuenta la responsabilidad societaria al hilo de la disciplina establecida por el proyecto de Pavía de Código Europeo de contratos.

En nuestro método de estudio tendremos presente cómo la dinámica de la contratación en la UE, especialmente en el sector mercantil o empresarial, se está elaborando a partir de parámetros universalmente aceptados, de modelos consolidados internacionalmente y sobre un acervo compuesto por Directivas que regulan aspectos contractuales concretos pero importantes. No es casualidad que, en su momento, se empezara por la compraventa internacional de mercaderías, con vocación de continuidad hacia otros contratos traslativos o de colaboración como es el caso de la sociedad.

En el desarrollo de esta parte de nuestro estudio se tomará como premisa el pensamiento de la unificación del Derecho contractual o incluso en el derecho de daños dentro de los ámbitos más heterogéneos posibles.

Con el esfuerzo de aproximación, con un método inductivo a la responsabilidad societaria en el derecho romano, unido al estudio comparado en ordenamientos fuera de nuestras fronteras de la responsabilidad generada en el ámbito de las sociedades, nos hallaremos en disposición de conocer el porqué de la mecánica de las relaciones obligacionales desarrolladas sobre la base de relaciones societarias, siendo capaces de dar una respuesta evolutiva a la problemática que en momentos venideros pudiera plantear, como así también encontrar respuestas a planteamientos de política legislativa que han dado lugar al actual desenvolvimiento de las garantías de la responsabilidad societaria.

1.- ANTECEDENTES DE UNA REGULACIÓN DEL TRÁFICO MERCANTIL EN LAS CIVILIZACIONES ANTIGUAS Y EN ROMA COMO ANTESALA DE LA APARICIÓN DE LA SOCIEDAD COMO FIGURA A CABALLO ENTRE EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL.

1.1.- PROLEGÓMENOS COMO PUNTO DE PARTIDA

Las antiguas civilizaciones no conocieron un verdadero sistema de Derecho mercantil, sino únicamente existieron disposiciones mercantiles aisladas, centradas fundamentalmente primero en la compraventa y el transporte, singularmente marítimo,

los dos contratos mercantiles por excelencia (no olvidemos el texto según el cual “*commercium est ius enmendi vendendique invicem ius*”); después, se despliega la actividad comercial fundamentalmente en el cambio trayecticio, desarrollado bajo el amparo de las normas protectoras de ferias y mercados¹, concebidas para “paz de mercado” que garantizaba el libre tránsito y la seguridad de quienes en ellos concurrían.

Sin perjuicio de lo anterior y en aras de procurar la rectitud de las transacciones económicas, es un dato constatable que desde antiguo, las civilizaciones siempre se han mostrado extraordinariamente sensibles a la repercusión del concepto responsabilidad surgida a raíz de una relación contractual previa.

A finales de de 1901, una expedición científica francesa descubrió excavando en Susa un pesado bloque de diorita en el que estaba grabada la famosa ley debida a Hammurabi (1150 a.J.C.), compuesta al parecer de 282 artículos, de los que estaban borrados o faltaban unos 35, y en la que se contienen algunas disposiciones mercantiles, como las relativas al depósito, en particular de granos (arts 120, 121), la responsabilidad del transportista (artículo 112), asimismo contratos de mediación y corretaje (“*samallu*” y “*damgar*”²), arrendamientos de barcos contemplando la responsabilidad en caso de abordaje³ y pérdida del navío, etc⁴.

¹ En cuanto a las ferias y mercados de la antigüedad, véase Frayn, J.M.” *Markets and fairs in Roman Italy*”, 1993, Oxford, Clarendon Press. Asimismo, de Ligt:”*Fairs and markets in the Roman Empire: Economic and Social aspects of periodic trade in a pre-industrial society*”:Amsterdam, 1993 y de Ligt y De Neeve, P. 1988. *Ancient periodic markets, festivals and fairs*.Athenaeum. 66_391-416.

Es evidente que las ferias y mercados romanos, han constituído un referente de otras ulteriores: las famosas de Champagne y las nuestras de Medina del Campo.

² Kholer, J und Peiser, F.E.” *Hammurabis’Gesetz*”, Leipzig, 1904, p.82-83.: “*Der Handlungsagent (Samallu) hat den eingenommenen Verdienst in Rechnung zu stellen. " 101*”. “*Der Agent (Samallu), der den Empfang des Handelsgutes leugnet und mit dem gerichtlichen Eide des Gesch"ftsherm (damgar) "berf"hrt wird, hat diesem das Empfangene und das Dreifache zur"ckzugeben. " 107*”.

³ Labeo, con un criterio de extensión analógica.

⁴ De Visscher F. *Histoire du droit antique*. In: *Revue belge de philologie et d'histoire*. Tome 11 fasc. 1-2, 1932. pp. 471-479:” Nous citerons parmi les pièces les plus interessantes la perte de santes : H.E. 127 (p. 6 et ss.) qui paraît établir, en dépit du silence du Code d'Hammourabi sur ce point, l'existence en fait d'un droit de promogéniture : 112 (p. 10 et ss.) où, dans un acte de vente, l'auteur démontre la présence d'une clause de garantie fonctionnant de manière analogue · à *Vactio auctoritatis* du droit romain ; 111 (p. 27 et ss.) qui semble se rapporter à une vente'à crédit sous une forme semblable à celle des *con auctoritatis* du droit romain ; 111 (p. 27 et ss.) qui semble se rapporter à une vente'à crédit sous une forme semblable à celle des *contrats innommés* romains ; enfin le 143 (p. 70 et ss.) qui offreun tableau

Paradójicamente, no han llegado hasta nosotros normas específicamente mercantiles de Egipto y Fenicia, a pesar de la expansión comercial de Tiro y Sidón, ni tampoco de la colonia de éstos, Cartago, que llegó a superar a la metrópoli merced a su innata habilidad para concluir ventajosos tratados comerciales que observaban escrupulosamente –de ahí el calificativo de de “fe púnica” para indicar lo seguro– y cuya expansión, al chocar con Roma, provocó las guerras comerciales que terminaron con su total destrucción (“dependa est Cartago”) y consagraron la hegemonía romana.

El Derecho romano recogió en este punto la herencia griega⁵ al menos en parte, y así vemos cómo en el Digesto (libro XIV, título II) se contienen diversos textos de Paulo, Papiniano, Pomponio, Calístrato, Juliano y Hermogeniano, unificados bajo el epígrafe “*De lege Rodia de iactu*”⁶, los cuales fueron declarados leyes⁷ del Imperio por un rescripto del emperador Antonino. Y como normas mercantiles relativas al “*codex accepti et expensis*” (germen de la contabilidad), el “*foenus nauticum*” (préstamo a la gruesa), las acciones institoria y exercitoria (como elementos precedentes del factor mercantil y representante del naviero), las obligaciones de los “*argentarii*” (banqueros), las responsabilidades del “*receptum nautarum, cauponum*”, amén de la célebre figura del “*magister navis*”. Ahora bien, lo cierto es que en Roma no se sintió la necesidad de sistematizar como una parcela distinta del ordenamiento jurídico, un Derecho Mercantil especial, pues al concederse el “*ius commercii*” (expresión lata que indica la capacidad para contratar) a los “peregrini” y merced a la actuación del pretor de ese nombre (“pretor

sommaire d'une instance judiciaire et d'où l'on peut tirer en outre un sérieux argument en faveur de la propriété mobilière au sens rigoureux du terme, c'est-à-dire nantie d'un droit de suite.”

⁵ Véase Huvelin:” Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe. Droit maritime), ouvrage publié après la mort de l'auteur par H. Lévy-Brühl. » Annales d'histoire économique et sociale, 1932, VI IV, n° 32, p.94-95.

⁶ Se trata de un grupo de normas que fueron creadas sobre el 475 a. JC.y es considerado como el primercódigo marítimo de la historia. Así, esta ley es una codificación reguladora de numerosas materias en derecho marítimo. Esta ley disponía que la pérdida ocasionada por el echazón fuera soportado proporcionalmente por todos los interesados. Así, el armador y los dueños de las mercancías salvadas debían indemnizar a los propietarios de las mercaderías que el capitán había ordenado arrojar al mar: Revista Mercatoria, Volumen 12, Número 2 (Julio-Diciembre 2013), pp. 140 – 171. Sobre cuestiones entorno a la misma, véase “El Edicto de incendio ruina naufragio rate nave expugnata (D. 47,9, 1). Responsabilidad penal por cuestión de naufragio”. Emilia Mataix Ferrándiz. Universidad de Alicante.

⁷ La lex Rhodia ex iactu es alabada por Cicerón pro lege Manilia 18 « Rhodii... quorum osque ad nostram memoriam disciplina navalis et gloria remansit. »

peregrinus”⁸) y del “magister officiorum”, que conocía de las causas relativas a las corporaciones mercantiles, las viejas normas civiles se adaptaban a las nuevas exigencias originando un “ius civile” abierto y progresivo, sensibilizado incluso a la necesidad de proporcionar un tratamiento sustantivo específico a las relaciones surgidas al amparo del tráfico mercantil con ocasión de las figuras contractuales civilmente admitidas, y por ende de la responsabilidad que a partir de las mismas se pudiera generar; de ahí que, progresivamente, el “ius civile” (siempre a la luz del caso concreto y por obra de la jurisprudencia romana) se revista de una encomiable capacidad de flexibilización fundada en perfiles equitativos, dando lugar a la desaparición del arcaico ritualismo, (así, como muestra de adaptabilidad, cabe señalar la “bona fidei iudicia”⁹).

Este proceso evolutivo, necesariamente ha de repercutir en la figura de la “societas”, que aun partiendo de un germen casi familiar^{10, 11} se independiza totalmente de dicho contexto, adquiriendo su propia idiosincrasia, que ulteriormente recibe sanción jurídica merced al reconocimiento, entre otras, de la actio pro socio para hacer valer los derechos y obligaciones que de la misma derivan.

Su propia elaboración histórica, en virtud de la cual se va despegando paulatinamente de los formalismos arcaicos, propicia la metamorfosis de su carácter, que siendo real, se consolida definitivamente como contrato consensual, con un flexible contenido jurídico, como tendremos ocasión de observar a lo largo de estas páginas.

El jurista contemporáneo, entiende que no hay discusión alguna en considerar que societas clásica surgía en virtud de un contrato consensual por el que dos o más personas, convenían en cooperar a la consecución de un fin común. Nada más se exigía en este contrato. En algunos textos se habla de un especial animus o affectio contrahendae

⁸ Véase sobre este tema, Serrao, F., *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954.

⁹ Fernandez de Buján, A. ” De de los arbitria bonae fidei pretoriosa los iudicia bonae fidei civiles”, véase 3.- De la fides primitiva como fundamento de los pactos a la bona fides como regla de conducta y medida de responsabilidad en los negocios iuris Gentium:”

¹⁰ Nos referimos a su origen ligado al consortium familiar o societas erecta non cito en que se hallaban los herederos suis al morir el pater familias, que se regía por el principio de solidaridad de los socios. En el derecho arcaico, también se podía crear una sociedad semejante (sin dividir) entre otras personas— generalmente agnados y gentiles— mediante una especial legis actio, que venía a crear entre ellas una fraternidad artificial. Este antiguo tipo de sociedad influyó en la sociedad universal, pero no se dio en época clásica. D’Ors.A:”D.Privado Romano”, ed. Enusa, 1975.

¹¹ Este carácter familiar aparece de nuevo en la Edad Media, como lo indica el mismo nombre de “compagnia” “ad unum panem”.

societatis, pero estos textos están interpolados. Por regla general, los socios o algunos de ellos, prometían realizar aportaciones pecuniarias. Podían también prometer la aportación de todo su patrimonio presente y futuro (*societas omnium bonorum*). Así pues, las partes que celebraban este contrato, se hallaban recíprocamente obligadas a hacer o entregar algo, de modo semejante a lo que ocurre en los contratos de compraventa o arrendamiento, asemejándose a estas figuras contractuales en cuanto a dicho efecto obligatorio, pero al mismo tiempo la diferencia fundamental respecto a tales contratos estriba en que éstos últimos (entiéndase compraventa o arrendamiento), una prestación funciona como compensación de la otra, mientras que las prestaciones que se derivan de las obligaciones propias de la *societas*, no tienen nunca ese carácter compensatorio; ello no es óbice para entender que la falta de cumplimiento o el cumplimiento irregular de las prestaciones a las que los socios lleguen a obligarse, determina la aparición de responsabilidad contractual en términos semejantes a la compraventa o arrendamiento.

PRIMERA PARTE: ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD SURGIDA A PARTIR DE LA SOCIETAS.

2.- ENCUADRE JURÍDICO DE LA SOCIETAS.

Gayo incluye certeramente, la *societas* en el grupo de contratos consensuales, situándola entre la compraventa y el arrendamiento de una parte, y el mandato, de otra. Ciertamente, no fue el primero en obrar así¹².

El *contractus societatis* clásico pertenecía al *ius civile* y no al *ius honorarium*. Las obligaciones derivadas de él fueron obligaciones civiles y la *actio pro socio* fue consiguientemente una *actio in ius concepta*. Los lectores de Gayo 3.154, según

¹² D.50, 16, 19 (Ulpiano, 11 ad ed.: “Labeón define en el libro primero del pretor urbano, que unas cosas...se contratan... “contrato” significa obligación de una y otra parte, lo que los griegos llaman *συνάλλαγμα* como la compraventa, arrendamiento, sociedad...” (Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam...”contrahantur”...”contractum” autem ultro citroque obligationem, quod graeci *συνάλλαγμα* vocant, veluti emptionem venditionem, locationem, conductionem, societatem...); véase, D’Ors,

manifiesta Arangio Ruiz¹³, no deben confundirse ante la afirmación del propio Gayo: “*societas iuris gentium est*”; *ius Gentium*¹⁴ es utilizado en este pasaje por Gayo, no en oposición al *ius civile*, sino más bien en oposición al *proprium ius civile*, esto es a aquellas instituciones de Derecho romano que Gayo no encuentra en el Derecho propio de otros pueblos. La clásica *societas* existió ya en el último siglo de la República y fue ya entonces una institución propia del *ius civile*. La cuestión de si la forma originaria fue la *societas omnium bonorum*, no tiene importancia alguna para el objeto que nos proponemos abordar.

Gayo 3.154, 154b (texto descubierto hace algunas décadas)¹⁵ hace referencia a la preclásica institución del *consortium*. Fue éste una sociedad de coherederos (*fratrum societas*), los cuales deseando dilatar la partición de la hereditas, constituían una *societas*, aportando a la misma, sus respectivas porciones hereditarias. Otras personas también podían constituir un *consortium* según el modelo de la *fratrum societas*. Esta forma de sociedad ofrecía algunos rasgos peculiares, pero lo mismo que la *societas* clásica, requería un acuerdo o convenio (*consensus*). Una *societas re contracta*, esto es una *societas* que se constituyese automáticamente con la *communium bonorum*, no existió jamás. Desde el descubrimiento de los nuevos fragmentos de Gayo, el *consortium* ha sido un tema favorito dentro de la literatura jurídica de los últimos tiempos¹⁶, pero no debemos entrar ahora en discusión acerca del mismo, pues en estos momentos nos referimos solamente al Derecho clásico y el viejo *consortium* no existió ya en la época del mismo, según acredita

Álvaro: “Réplicas panormitanas: ii. El ‘contractus’ según Labeón”; en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*; I, Valparaíso, 1976.

¹³ Arangio Ruiz, “Responsabilità contractuales in Diritto Romano” 2ª ed. (Napoli, 1987) pp.62 ss.

Idéntica valoración realiza Schulz en “Classical Roman Law” Clarendon Press, Oxford, 1951 pag 136 y ss.”

¹⁴ Hermogeniano (D. 1, 1, 5): “Ex hoc iure Gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam quæ iure civili introductæ sunt”.

Véase, al respecto: Mendez Chang, Elvira: “El *ius Gentium* como derecho común” en *Revista del Magister en Derecho Común*. Volumen 2-3. 1998-1999, PUCP, Fondo Editorial 2002, p. 95: En este artículo la autora precisa las razones para dar el reconocimiento al *Ius Gentium*, entre ellas, la necesidad de la protección de las relaciones comerciales que se producen en el territorio romano. Esta razón sería más pragmática que jurídica por la expansión comercial. Todo ello fortaleció aun más una praxis fundada en la *fides*, sin el excesivo formalismo que se encontraba en el *Ius Quiritium*.

¹⁵ Schulz, *History of Legal Roman Science*, Oxford, 1946 (ed. anastásica, 1953) p. 21 y ss.

el propio Gayo. Es posible, aunque no cierto, que la *societas* clásica derivase de este *consortium*. El profesor Federico Fernández de Buján califica al consorcio familiar como antecedente del contrato de sociedad, con eficacia *inter partes* y *erga omnes*. Gayo considera pleno propietario a cada consorte de todos los bienes que se integran en el *consortium*, pudiendo cualquiera realizar actos de disposición y enajenación de dichos bienes sin más limitación que el *ius prohibendi* de cualquiera de los demás. Se observa un régimen opuesto al sistema de cuotas ideales y abstractas en la copropiedad de bienes que conforman el patrimonio social en el contrato de sociedad¹⁷

En este mismo sentido, el profesor Enrique Lozano Corbí¹⁸, en su obra “Historia e Instituciones de Derecho Romano”, al referirse a la *societas*, sostiene que el hallazgo en febrero de 1933 del pergamino del El Cairo, que contiene fragmentos de las Instituciones de Gayo, no sólo facilitó el conocimiento de la primitiva comunidad familiar a la que hemos aludido, formada a la muerte del padre por los descendientes que hasta ese momento estuvieron sometidos de modo inmediato a su potestas, sino que ha servido para informarnos acerca de un *consortium* artificial formado por personas distintas de las indicadas y creado voluntariamente, institución que parece ser el enlace entre el primitivo *consortium familiare* o *societas ercto non cito* y la *societas*, lo que explicaría muchos rasgos de carácter familiar observados en el régimen jurídico del contrato de sociedad, como el carácter infamante de la *actio pro socio*, la disolución¹⁹ por muerte o *capitis deminutio* de un miembro, la aplicación del *beneficium competentiae*, etc; rasgos éstos, que nos permiten inducir las propiedades atribuibles al contrato de sociedad como consensual, bilateral, perfecto y de buena fe, por el que varias personas ponen algo en común para conseguir un fin lícito y que interese a todos los socios.

¹⁶ Véase, Franciosi Gennaro; Ancora sul "consortium" (Laura Gutierrez-Masson, del "consortium" a la "societas" . 1. "consortium ercto non cito"), in *Labeo*, 37, 1991, pp.269-272

¹⁷ Fernández de Buján, F.:” Sistema Contractual Romano” Capítulo 7. Sociedad. 3 ed. Dykinson, 2007 p. 410-411.

¹⁸ Lozano Corbí, E.:”Historia e Instituciones del Derecho Romano”, Mira, 10ª ed. 1994.

¹⁹ La *societas* se disuelve también, entre otras causas, por mutuo disenso (Paulo 32 ad ed. D. 17, 2, 65, 3 y Gayo 3, 151), lo que contrasta con la indivisibilidad natural del *consortium familiare*, si bien ésta va desapareciendo paulatinamente, como se aprecia en el texto de Aulo Gelio, “Nocte WAtticae, 1, 9, 12”, según se indica por Fernández de Buján, F. “ Sistema Contractual Romano”..op.cit. p. 411

Efectivamente, al reconocimiento de la categoría contractual “societas” se llega merced a una larga evolución histórica²⁰. En su origen, la idea de un enlace histórico entre el contrato consensual de sociedad y el antiguo “consortium”²¹ ha sido “communis opinio” entre los romanistas, si bien discrepan según reconozcan un origen único (teoría unitaria defendida por Lastig) o bien señalen origen diverso según las distintas formas de sociedades (teoría pluralista mantenida por Pernice²²) y así la “societas omnium bonorum” procedía del antiguo “consortium”²³; “la societas quaestus”, de las necesidades del comercio y de la “fides” en que éste se asienta; la “societas unius rei” de la “politio” o acuerdo entre el propietario de un fundo y el técnico agrícola que, en compensación a su trabajo, recibe una parte de los beneficios. Al principio, existía completa igualdad de derechos. Más tarde aparece la sociedad entre extraños, no ligados por vínculos agnaticios, y respecto a masas de bienes que no son herencias.

Por otra parte, Ofrece D’Ors un concepto de societas, distinguiendo la societas privada como relación jurídica surgida de un contrato, y la societas pública como agrupación tendente al logro de un interés reconocida y determinada por el ordenamiento jurídico, configurándose esta última como asociación corporativa.

²⁰ Así lo determina, SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1, Jovene editore, Napoli, 1987.

²¹ Kaser, *Das alt römische Ius*, Göttingen, 1949, p. 153.

²² Pernice: “Précis de l’histoire des antiquités et des Institutes de droit romain”. 2º ed. Halle, 1824. p 84 y ss.

²³ Vid. WIEACKER *Hausgenossenschaft und Erbinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*(Leipzig 1940) p. 15; MARKY, *Societate «ercto non cito»*, en *Romanitas*1 (1958) p. 53 y 56; BURDESE ED13 s.v. «Divisione» (*diritto romano*)(Milano1964) p. 412; VELASCO, *La posición del obligado...*cit. p. 25; y TALAMANCA, ED42 s.v. «Società» (*diritto romano*) p. 816, para quienes la expectativa de división del consorcio familiar aconteció, desde la Ley de las XII Tablas, a través de la *actio familiae erciscundae*. De entre ellos, emergen las consideraciones de Albertario que negaba la idea de la divisibilidad para los tiempos anteriores a la Ley de las XII Tablas frente a las dudas de SOLAZZI «*Societas*» e «*communio*» (*A proposito di Gai. 3,154a*), en *Scritti di diritto romano* 3 (Napoli 1960) p. 437, para quien la conservación del *consortium* como *ercto non cito* presupondría un acuerdo dirigido a su subsistencia, con la consiguiente renuncia a la división de los bienes, lo que convertiría esta comunidad entre los herederos, según Gayo, en *societas propria civium romanorum* aun cuando tal acuerdo fuera previo a su constitución.

Llama la precisión sintética con la que D'Ors define la sociedad privada, diciendo que “consiste en la creación de una comunidad de derechos sobre la base de un convenio de confianza libremente acordado por los socios (sociedad contractual)”²⁴.

Por lo tanto, de tales elementos definitorios se puede colegir que las formas asociativas que existieron en Roma eran tomadas como meros contratos asociativos, donde no existía un patrimonio diferenciado al de cada uno de los asociados, el capital afectado no constituía una garantía preferente para los acreedores sociales. Además, no constituían un sujeto de derecho distinto a los integrantes, por lo que no gozaban de personalidad jurídica. Eran sociedades estrictamente personalistas, la muerte de alguno de sus integrantes determinaba necesariamente la disolución del negocio. Los beneficios y las pérdidas eran estipulados; no existiendo, en principio, la responsabilidad solidaria, ya que cada socio respondía por su parte²⁵.

Reflejos de la existencia de las sociedades en algunas antiguas civilizaciones.

En culturas anteriores a la romana, también es posible aludir a la constitución de sociedades para los más diversos fines. En este sentido, el profesor Szlechter²⁶, autor de un extraordinario estudio acerca del contrato de sociedad en Babilonia, en Grecia²⁷ y en Roma, presenta en su obra una serie de consideraciones en relación con el citado contrato de las que destacamos algunas de ellas. En Babilonia, una de las particularidades del contrato de sociedad es que tiene un fin puramente material y se constata la colaboración del capital y del trabajo bajo las formas más diversas y en todos los ámbitos de la vida económica. El socio que no cumple sus obligaciones materiales se considera no sólo algo

²⁴ De la copropiedad se habla como *societas* precisamente porque suele depender de un acuerdo; pero no cuando se trata de un resultado involuntario: la llamada “*communio incidens*” que Justiniano, Inst. 3, 27,3, configura como cuasicontrato.

²⁵ D'Ors, Derecho Privado:” La idea de concurrencia solidaria del antiguo consorcio familiar fue superado por el concepto de cuota ideal del condominio”p. 575.

²⁶ Szlechter, E.: “Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome. Étude comparé de la antiquité”. Paris, Recueil Sirey, 1947

²⁷ Sobre la evolución del derecho en el contexto social griego y sus contrastes en relación al derecho romano, véase Breton, Mario:”Il diritto in Grecia e a Roma”, ed. Lateza, Roma 2015, donde se dice:” Quello del diritto è il campo in cui il mondo greco e quello romano si rivelano più lontani. Da una parte, la società greca, dove le città-stato organizzano la loro vita interna per lo più in base a leggi non scritte, tanto che si deve parlare di ‘diritti’ greci, piuttosto che di ‘diritto’ greco. Dall’altra parte, la società romana, con una legislazione e una scienza del diritto che hanno dato l’impronta alla cultura giuridica del nostro mondo”.

deshonroso, que produce consecuencias jurídicas, sino también va contra los dioses y ello conlleva una sanción moral.

En Grecia, toda la vida económica, social y religiosa se enmarcaba en sociedades²⁸. y asociaciones diversas. En la base de esta costumbre de los griegos, no sólo se encuentra un elemento ideal, sino la prueba de su espíritu práctico²⁹, expresado en la idea de que el hombre alcanza más fácilmente en colaboración con otros el fin que se propone. Así en Grecia, aquéllos que llevan a cabo un negocio común, pueden celebrar un contrato o acuerdo llamado *koinōnia* o *koinopraxia*, que era similar al contrato de *societas romana*³⁰. En el derecho privado, tanto de las Ciudades-Estado griegas, como en Roma, únicamente era posible presentar acción contra un individuo, no contra una entidad que represente acciones de un grupo. Cada uno de los socios celebraba contratos en su propio nombre con terceros y éstos últimos sólo podían interponer acciones contra los socios individualmente y no contra el grupo³¹ como un todo. Tal asertación se aclara con el ejemplo³² siguiente: cuando el ateniense Pantaineos tras tomar prestado dinero de dos socios Evergos y Nikoboulos, creyó que dichos socios habían contravenido los términos del contrato, interpuso una acción contra Evergos y otra contra Nikoboulos.³³ Por otra parte, en cuanto concierne a la recaudación del impuesto sobre el grano hacia el año 374/3 a. JC, había asociaciones cuyos miembros estaban dotados del derecho de cobrarlo, estando todos ellos sometidos a una responsabilidad solidaria.³⁴

²⁸ Szlechter: op. cit. P. 267. Según este autor, las sociedades gozaban en Grecia de plena capacidad jurídica, mas no deja de ser una opinión aislada.

²⁹ Véase, sobre las similitudes de la práctica comercial griega y romana, Jakab, E.: "Praedicere und cavere beim Marktlauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht Munchener Beiträge zur Papyrusforschung 87". 1997, Munich; Beck.

³⁰ Justiniano. I. 3.25.

³¹ Lo mismo sería de aplicación en Egipto, tal como expone: Taubenschlag, R. 1944.: "The law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri". New York, Herald Square Express.

³² Véase Millett, P. C. Lending and Borrowing in Ancient Athens. Cambridge University Press, 1991.

³³ Dem. 37.1.

³⁴ SEG: 47:96, líneas 33-6. Véase, Stroud, R. S. 1998. The Athenian grain-tax law of 374/3 B.C. Hesperia Suppl. 29). Princeton; American School of Classical Studies at Athens. También sobre dicho tema, Harris, E. M. 1999. Notes on the new grain-tax law. ZPE. 128:269-72.

El contrato de sociedad en Derecho romano ha sido espejo del desarrollo a la vez del régimen jurídico, económico y social de Roma³⁵. En la época primitiva, la sociedad era también aquí la forma más natural de la colaboración de los hombres formando parte de la misma familia.

Más concretamente, en lo que respecta al mundo romano, conviene destacar que tanto la romanística española³⁶, así como la extranjera³⁷, se han ocupado con cierta frecuencia en sus escritos de la sociedad regulada en el Derecho romano en los que presentan una exposición sistemática y completa de la misma que parte del estudio de su esencia como figura jurídica y de la finalidad para la que fue creada; ambos aspectos claves de la naturaleza jurídica que pasamos a analizar.

2.1.- INCIPIENTES GARANTÍAS SOCIETARIAS

Por otra parte, tanto las leyes griegas como romanas han reconocido la existencia de dos contratos de garantía, accesorios³⁸, adaptables inclusive a las relaciones societarias, de naturaleza personal y real. Los atenienses, y posiblemente todos los griegos, tenían una sola forma de garantía personal (*engyē*), de la que se tiene noticias por vez primera en la Odisea (8.347-8)³⁹. Esta forma de garantía aparece junto a préstamos, arrendamientos, contratos para la recaudación de impuestos y garantizando multas. La ley limitaba la responsabilidad por virtud de esta forma de garantía a un año⁴⁰. Si existían dos o más garantías, cada una aseguraba la totalidad de la obligación y no sólo una cuota parte.

³⁵ GUARINO, A., *Storia del diritto romano*, Editore Jovene, Napoli, 1981. KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1979.

³⁶ Por ejemplo, MIQUEL, J., *Historia del derecho romano*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

³⁷ TALAMANCA, M., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1989. BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Guiffré, Milano, 1956. ARANGIO-RUIZ, V. et GUARINO, A., *Breviarium iuris Romani*, Giuffrè, Milano, 1974.

³⁸ Talamanca, M.: "L'accessorietà delle garanzie personali e l'adpromissio romana". RGDR nº6 junio 2006

³⁹ Véase, Patsch, I.: "Griechisches bürgschaftsrecht. I: Das recht des altgriechischen gemeindestaats". 1909, Leipzig, B. G. Teubner.

⁴⁰ Dem. 33.27.

En el Derecho Romano en tiempos de Cicerón, había dos clases de garantía, el sponsor y el fideipromissor, se prestaban ambas por medio de stipulatio. Probablemente al comienzo del Principado hubo un tercer tipo de garantía, el fideiussor, cuya función era garantizar la no producción de descubierto en el deudor y que podía reforzar cualquier tipo de contrato ex bona fide. A diferencia del Derecho Griego, el Derecho Romano contaba con complejas reglas relativas a la articulación de la responsabilidad en el hipotético caso de concurrencia de múltiples garantías⁴¹.

La Lex Furia limitaba la responsabilidad del sponsor y del fideiussor a un año, pero la del fideiussor no estaba limitada en tiempos de Gayo.⁴²

Las garantías personales desempeñaron un importante papel al ayudar a los prestatarios a obtener crédito. En algunos casos, se permitía a los extranjeros, que no podían ser propietarios de terrenos, proporcionar garantía a diversos tipos de contratos, incluida la sociedad. Por ejemplo, un “metoiko” griego era capaz de conseguir un contrato de trabajo en el Santuario de Amphiareos en Oropos, procurando un garante ateniense⁴³. A Kanon, un ciudadano de Thespias, se le adjudicó un contrato de trabajo en Delos durante la hegemonía ateniense, tras haber procurado cinco ciudadanos atenienses garantes⁴⁴. Todo ello contribuía a la expansión de bienes y trabajo más allá de los confines de la ciudad-estado. Desde una perspectiva jurídica, los atenienses y otros griegos, contaban con una sola forma de garantía real consistente en un vínculo entre los deudores y un derecho de propiedad. Ante la eventualidad de hacerse efectiva, el deudor tenía derecho a percibir el exceso sobre la cantidad de la deuda. Algunas escuelas han considerado que los atenienses hacían una distinción entre dos o más formas de garantía real, pero carecían de la distinción entre remedios procesales para el dominio (la vindicatio) y para la posesión. En contraste, el Derecho Romano empezó distinguiendo dos tipos de garantía real, fiducia cum creditore, en donde el acreedor obtenía la propiedad, y el pignus, donde tan sólo se obtenía la posesión, primero para inmuebles, generalmente y el segundo para muebles y semovientes. En los últimos tiempos de la

⁴¹ Véase Gayo, I. 3.121-27.

⁴² Gayo, I. 3.121.

⁴³ I. Oropos 292. 36-37 [=IG VII 4255].

⁴⁴ IG ii2 1678, lines 29-32.

República, ya había sido generalizada la garantía de la hipoteca, más flexible y adaptable al creciente mercado presidido por el desarrollo de actividades societarias⁴⁵.

2. 2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD.

En torno a su naturaleza jurídica, inducida a partir del funcionamiento de la sociedad y de las reacciones de los socios, podemos efectuar las siguientes precisiones:

La *societas* clásica siempre ha mantenido su propia idiosincrasia⁴⁶, fiel a una base contractual, sin que sea posible sostener a priori que fuera una persona jurídica como tal. No procedía configurar artificiosamente una voluntad común, más allá del contrato *strictu sensu*.

No podía considerarse, como en el caso de la corporación, una organización con miembros variables. Es cierto que un nuevo miembro podía ingresar en esta *societas*, pero solamente con el consentimiento de los antiguos socios, dado el carácter *intuitu personae* que primaba en la misma.

Asimismo puede bien entenderse, a diferencia de las corporaciones, que era ajeno a la *societas* la existencia de un régimen de decisión por mayoría⁴⁷, donde no había más personalidad que la de los mismos socios; sin embargo, no es del todo exacto decir que la unanimidad se exigía siempre⁴⁸; se dice que Justiniano impuso la concurrencia de la voluntad de la mayoría de los socios para negar la asunción de las consecuencias de un acto ya consumado por uno de los socios por causa de utilidad objetiva⁴⁹ (en su caso, apreciada judicialmente).

⁴⁵ Johnson, D.: *Roman Law in context*, 1999 Cambridge University Press.

⁴⁶ Wiacker, *Societas* (1936), Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1950), Guarino *Societas consensu contracta* (1972), Bona in *Studi Grosso I* (1968) p. 383, en *SDHI* 1967 p. 383, en *SDHI*. 1967 p. 366 y *Studi sulla società consensuale in diritto romano* (1973); Biancchiji: "Studi sulla *societas*", Milano, 1967 Kaser en *SDHI* 1975; p. 278.

⁴⁷ Así lo indica expresamente Galgano en su obra "Diritto commerciale, L. società", Bologna, 2012.

⁴⁸ Iglesias, *Derecho Romano* (1999), Volterra, *Istituzioni di diritto romano* (1961) p. 312

⁴⁹ *Cuq Manuel de institutions juridiques des romains* (1928) p. 253; Kaser II p. 194.

Por otra parte, y como consecuencia de ese carácter *intuitu personae*, si uno de los socios moría, sufría la *capitis deminutio máxima*⁵⁰, abandonaba la *societas*, o caía en concurso de acreedores, ésta se extinguía, aunque pudiese perdurar mediante un contrato⁵¹ no formal celebrado entre todos los *socii* subsistentes⁵², si bien en época Justiniana cabía introducir el pacto de continuidad entre los supervivientes.

El patrimonio común formado por las aportaciones de los socios y por otras adquisiciones, unificado por unos lazos cuasifamiliares, fue una *communio*⁵³—si bien no siempre fue esencial a toda *societas*, como en la siguiente pregunta veremos respecto a los supuestos de sociedades no universales— semejante a cualquier otra, por ejemplo a la de la *hereditas* en caso de pluralidad de herederos. Cada socio tiene una parte (o cuota ideal)⁵⁴ en la propiedad de estos bienes y puede disponer libremente de ella *durante societate*. Si Cayo y Ticio eran socios y un inmueble –fundo corneliano– perteneciera al patrimonio común, Cayo y Ticio tenían cada uno una parte de la propiedad del fundo corneliano y cada uno de ellos también, podía enajenar su parte sin el consentimiento del otro socio, por ejemplo por venta o *mancipatio*⁵⁵. El comprador a lo más que llegaba era por medio de la *traditio*, a adquirir la parte vendida, pero no la condición de *socius*.

De otra parte, no existen deudas de la *societas* o de los *univeri socii* y sí únicamente deudas de los socios.⁵⁶ Siguiendo este hilo analógico, la mecánica de

⁵⁰ Justiniano suprime la mínima como causa de extinción de la sociedad. D. 17, 2, 63, 10; 65, 11.

Véase también Gayo 3, 153.

⁵¹ Los supervivientes podían constituir una nueva sociedad, en la que pudieran entrar los herederos de los socios difuntos, lo cual implicaba una novación de contrato en la medida en que no se prorrogaba el antiguo contrato: D. 17, 2, 35; 59pr.

⁵² Así resulta admisible en el Derecho Justiniano el contrato de sociedad con el pacto de continuar la sociedad con los socios sobrevivientes D.17, 2, 65, 9.; cfr. Inst. 3, 25, 5. Así también, ORTOLAN, M., *Instituciones de Justiniano*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1976.

Además, D. 17, 2, 70: *Nulla societatis in aeternum coitio est*; Gai. 3, 151,: *donec in eodem <con>sensu perseverant*; cfr. Inst. 3, 25, 4.

⁵³ Tradicionalmente, toda *communio* era calificada por los jurisconsultos romanos como “*mater rixarum*”, reputándola como una figura incómoda como semillero de conflictos varios.

⁵⁴ A diferencia del primitivo régimen del consorcio familiar como antes hemos apuntado.

⁵⁵ No hay muestras de la existencia en aquella época de derechos de retracto o adquisición preferente a diferencia del reconocimiento en nuestro código civil español del retracto de comuneros artículo 1451 ó el de coherederos en el artículo 1067 de dicho texto legal.

⁵⁶ Se aprecia una enorme analogía con los *Collegia* en donde la propiedad del *collegim* es la propiedad común de sus miembros (*res comunes, arca communis*), los cuales son considerados como copropietarios,

funcionamiento interno de los *Collegia tenuiorum*⁵⁷, es extensible a las sociedades en cuanto a la organización de las relaciones inter socios.

Como corolario a lo más arriba expuesto, como vestigios del origen familiar de la *societas*, pueden observarse los rasgos siguientes: Cierta rechazo a la imposición de condiciones en el contrato de sociedad⁵⁸ como elemento accidental del mismo, como antes hemos apuntado, la extinción⁵⁹ por las causas personales de muerte, *capitis deminutio* o concurso de acreedores de uno de los socios, el reconocimiento del beneficio de competencia⁶⁰, la inclusión en el haber social de bienes no patrimoniales como el patronato y la relevancia de la confianza⁶¹ recíproca al atribuir a la condena a cualesquiera de los socios carácter infamante.

2.3- DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES

El contrato de *societas* no responde exactamente al esquema *do ut des*, los socios persiguen un fin colectivo; se diferencia en modo evidente de la bilateralidad de los otros contratos, en particular la compraventa y la locación⁶². Hay que recordar, sobre todo, el carácter tendencialmente homogéneo de las obligaciones a cargo de las partes del contrato de *societas* a diferencia del carácter heterogéneo de las obligaciones puestas a cargo de las partes de un contrato de compraventa o de locación.

unidos entre sí por virtud de una relación estatutaria. Las deudas del *collegium* son las deudas de sus miembros.

⁵⁷ Se recoge información relativa a uno de estos colegios que tuvo que ser liquidado por abandono de sus socios y falta de fondos, una *testatio* (sacada de un edicto del magister de la sociedad) que se conserva en un Tríptico de Transilvania (Dacia) CIL. IIIp.927 y ss.

⁵⁸ Justiniano (CJ. 4, 37, 6; D. 17, 2, 1), habla de antiguas dudas respecto al contrato de sociedad que muestran la intolerancia de condiciones que es propia del *consortium*.

⁵⁹ Quizá no sean clásicas las listas de las causas de extinción de la sociedad que aparecen en D. 17, 4, 1, 63; 10.

⁶⁰ Según D'Ors en su *Derecho Privado* p. 574, considera que en época clásica, quizá se reducía a la sociedad universal (cfr. D. 17, 2, 63 pr).

Esta limitación presupone una antigua exclusión de la ejecución personal.

⁶¹ D. 17, 2, 63: *Cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*.

⁶² En este sentido, véase, Arangio-Ruiz: "La Società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, 1949-1950 cit., p. 72, , che rileva come Gaio abbia messo in risalto una "verità indiscutibile, che cioè fra i contratti tipici romani soltanto i consensuali sono suscettibili di bilateralità".

En el plano concreto de la causa, como equilibrio de los intereses contractuales, es importante observar la naturaleza tendencialmente igual de la posición de las partes, que vienen definidas todas con el mismo nombre *soci*. Con la compraventa, como es sabido, nacen diversas acciones, la *actio empti* y la *actio venditi*, para las partes, que son en una posición contrapuesta de modo que también nominalmente la condición de una parte es distinta de la otra: el *emptor* y el *venditor*. Con la locación, se conceden diversas acciones, la *actio locati* y la *actio conducti*, para las partes, éstas también en una posición contrapuesta, de modo que también en éste caso la condición de una parte se considera distinta de la otra: *locator* y *conductor*. En la *societas*, en cambio, la condición de igualdad de los *soci*, sí que se afirma procesalmente en el reconocimiento de la misma acción, la *actio pro socio*, para todas las partes.

Tal circunstancia señala la distinción, elaborada en la dogmática moderna, entre contratos de cooperación: los primeros caracterizados por el hecho que la parte mira a conseguir un bien que sustituye otro bien del mismo patrimonio; los segundos caracterizados por el hecho que las partes, todas las partes, miran a conseguir a través de la colaboración una ventaja patrimonial que deber ser sucesivamente subdividida entre ellas⁶³.

Aparte de lo anterior, es menester no confundir el contrato de sociedad con la comunión de bienes⁶⁴: la sociedad, como todos los contratos, depende exclusivamente de la voluntad de los que la celebran que señalan sus derechos y obligaciones respectivas durante todo el tiempo de la asociación; la comunión o indivisión de bienes resulta ya del mismo contrato de sociedad, ya de un hecho ajeno a la voluntad de los que tienen. los intereses en común, como sucede con los coherederos o los colegatarios⁶⁵, ya por último, de la voluntad de las partes, que sin convenir en contraer sociedad, celebran unidas un contrato, como acaece cuando dos personas se reúnen en una venta hecha a subasta, y convienen en comprar la cosa en común para no perjudicarse mutuamente con sus pujas⁶⁶. No hay sociedad en este último caso, puesto que lejos de pensar los que compraron juntos en tener la cosa en común y utilizarse de ella solamente la adquieren

⁶³ Cfr. Véase, Arangio-Ruiz, La Società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, 1949-1950 cit., p. 73. Asimismo, Talamanca: La Società.

⁶⁴ Criterios diversos de distinción de estas dos figuras, se recogen en la obra de Arangio-Ruiz "Societas re contracta e communitio incidens", en Studi Riccobono IV (1936), p. 355 y ss

⁶⁵ Ley 31, tít. II lib. XVII del Dig.

⁶⁶ Leyes 32 y 33, tít. II lib. XVII del Dig.

para dividirla; fin diametralmente opuesto al de la sociedad en que se trata de la reunión de los capitales e industria de los asociados para permanecer unidos por cierto tiempo, procurando utilidades.

En particular, tratándose de sociedades unius rei ó alicuius negotiationis, no resulta esencial la existencia de una copropiedad⁶⁷, y la aportación de los socios puede consistir en poner en común el uso de determinados bienes, en el consumo en común, o en realizar un trabajo en provecho común⁶⁸.

Como otra figura contractual muy próxima a la *societas*⁶⁹, la constituye como veremos más adelante, el contrato de *commendas*; pues se impulsa y evoluciona tomando como paradigma la sociedad clásica contractual, cobrando un especial auge en época imperial, com después analizaremos, (hacia el siglo II a.J.C.) habida cuenta del desarrollo de la actividad mercantil; lo cual propició la organización de asociaciones a través de las mencionadas *commendas*, cuyo elemento característico consiste el socio capitalista sea un individuo que permanece en la sombra no dándose a conocer y las participaciones en la sociedad estaban divididas en partes negociables.

Como antecedente griego⁷⁰, y al mismo tiempo figura afin —que se perpetúa en el tiempo y convive con la *societas*—, fruto de la expansión marítima y mercantil aparecen a comienzos de la época clásica las primeras asociaciones, las cuales, principalmente se concentraban en el dominio y explotación de navíos cuya propiedad solía ser colectiva, donde los socios se repartían los riesgos y las ganancias de la empresa marítima. En este sentido, una de las formas asociativas que existieron en Grecia, era la llamada *nautikon dancion*. Esta consistía en el aporte que se le otorgaba al armador del buque para que éste pudiera efectuar la expedición; y sólo si ésta última resultaba exitosa, entonces se devolvía dicho aporte con un interés variable según el riesgo de la misma. Esta

⁶⁷ Lo exige, en cambio, el derecho post-clásico, por influencia de las corporaciones (que deben tener un *arca communis*), y esto facilita, en algunos casos, la representación directa de uno de los socios; p. ej, cuando una cantidad dada a uno de ellos revierte en la caja común (D. 17, 2, 82). Vid. Wiacker, en SZ. 1952 p. 308 y ss.

⁶⁸ Nos referimos a la participación del socio de industria, cuya responsabilidad luego analizaremos, en la medida que aporta trabajo y no participa en las pérdidas societarias (D. 17, 2, 29, 1).

⁶⁹ Fleckner, Andreas: "Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft", Cologne/Weimar/Vienna: Boehlau (2010), XVII + 779 p. (vol. LV of the *Forschungen zum Römischen Recht*, an ongoing publication series on Roman law first established in 1943).

⁷⁰ No existen huellas de tales agrupaciones asociativas griegas hasta el siglo IV a.J.C.

asociación, bajo forma de préstamo, puede ser considerada como un antecedente de lo que más tarde se llamará *commenda*, y remoto de la sociedad en comandita.

2.4.- PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS TIPOS DIVERSOS DE SOCIETAS: DISTINTAS CLASIFICACIONES.

Las sociedades se dividen, en primer término, en *quaestuariae* y *non quaestuariae*, según que se proponga por fin un lucro o bien otra cualquier ventaja.

Por razón de las cosas aportadas existen tres clases de sociedades: *societates rerum*, *societates operarum* y *societates mixtae*.

Según su contenido y la extensión de las aportaciones, en: *societates ómnium rerum*, en la cual todos los socios convienen en poner en común todos sus bienes presentes y futuros⁷¹; *societas quaestus lucri, compedii*, en la que todos los socios convienen en poner en común las adquisiciones derivadas de sus ganancias, y por tanto, en esta clase de sociedad no se comprenden los bienes que tienen los socios al tiempo de contraerla, sino únicamente las adquisiciones que en lo sucesivo haga cada uno de los asociados por su industria, su economía o su trabajo⁷², pero no lo que obtenga por herencia, legado o donación.⁷³ Consiguiente a esto es que la sociedad deba responder solamente de las deudas que se deriven de las negociaciones, por ejemplo, de las ventas, arrendamientos y otras operaciones del socio de que en su caso hubiera podido esperar beneficio.⁷⁴ Sobre esto volveremos ulteriormente.

Asimismo, recordemos que deben considerarse otros tipos como: las *societates unius rei, alicuis negotiationis*, para un cierto género de negocios o por razón de una o más cosas determinadas⁷⁵, a las que ya hemos una breve referencia⁷⁶.

⁷¹ Paulus, fr. I, § I: “ In societate ómnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur”; Paulus, fr.3 § I; Ulpianus, fr.73, pro socio XVII

⁷² Leyes 8 y 13 del tít. II lib. XVII del Dig.

⁷³ Leyes 9, 10, 11 y 7d1 del mismo título y libro.

⁷⁴ Leyes 7 y 12 del mismo título y libro.

⁷⁵ Ulpianus, fr. 5. Pr. Y fr. 58, pro socio XVII.

⁷⁶ Véase notas 27 y 28.

2.5.- REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SOCIEDAD: PRESUPUESTOS PARA DETERMINAR LA ULTERIOR RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

No es una cuestión baladí analizar los diferentes elementos esenciales del contrato social, en la medida que la conjunción de los mismos nos va a permitir conocer la razón de ser y la mecánica conforme a la que se desenvuelve la responsabilidad societaria. Por esta razón, detengámonos a efectuar un recorrido de cada uno de ellos como notas que definen el contrato de sociedad:

Los requisitos esenciales de este contrato se refieren a las cosas y servicios que se han de aportar al fin común, al consentimiento y a la causa, entendida como elemento esencial síntesis de todos los anteriores.

En cuanto al primer requisito es necesario que cada socio aporte alguna cosa a la sociedad; en otro caso, respecto del socio que nada aportase, existiría donación, no sociedad⁷⁷. No se requiere, sin embargo, que todos los socios aporten cantidades de dinero, otros pueden aportar la industria propia y otras mercancías o un fundo⁷⁸.

El segundo requisito esencial para la existencia de la sociedad es un fin lícito y de utilidad común. Una asociación constituida para un fin ilícito, por ejemplo para robar, no sería una sociedad⁷⁹; cada socio podría retirar las cosas que hubiese aportado, pero no podría pedir el reparto de las ganancias obtenidas, de las que únicamente se aprovecharía el poseedor.

Además, el fin de la sociedad debe ser útil; mas no es necesario que la utilidad consista en una ganancia, ya que podrían los socios válidamente proponerse la obtención de otras ventajas, por ejemplo, el uso común de una cosa⁸⁰. Por último, el fin útil debe ser común. Todos los socios; en otro caso, mejor que sociedad existe un mandato. Es decir, la utilidad de todos los socios viene a ser un presupuesto que condiciona la existencia de la sociedad misma, El principio es explícito en particular por Ulpiano, en D. 17,2,52 pr., que cita a propósito la opinión de Giuliano: D. 17,2,52 pr. (ULPIANUS *libro trigensimo primo ad edictum*): “Cum duobus vicinis fundus coniunctus venalis esset, alter ex his petit ab altero, ut eum fundum emeret, ita ut ea pars, quae suo fundo iuncta esset, sibi

⁷⁷ Ulpianus :”Donationis causa socitas recte non contrahitur”. Pro socio XVII.

⁷⁸ Ulpianus:”Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationibus alicuius, sive vectigalis, sive etiam rei unius”.

⁷⁹ “Rerum inhonestarum nulla est societas”: Ulpianus fr.57 XVII.

⁸⁰ Ulpianus fr. 31 pro socio XVII.

cederetur: mox ipse eum fundum ignorante vicino emit: quaeritur, an aliquam actionem cum eo vicinus habeat. Iulianus scripsit implicitam esse facti quaestionem: nam si hoc solum actum est, ut fundum Lucii Titii vicinus emeret et mecum communicaret, adversus me qui emi nullam actionem vicino competere: si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur. Societatis iudicio tenebor, ut tibi deducta parte quam mandaveram reliquas partes praestem”.

Asimismo, la causa del contrato de sociedad se refleja en la intención de los socios “en poner en común bienes y actividades con el objetivo de dividir según una proporción preestablecida los beneficios y la pérdidas.”⁸¹.

La causa comporta que las *partes* sean iguales, excepto el caso que los contrayentes no hayan pactado nada en contrario⁸². Los socios contratantes pueden constituir una relación incluso cuando dispongan de patrimonios desiguales, en tal caso es posible compensar con la actividad, hasta el límite de contribuir solo con capital o solo

⁸¹ Véase, Arangio-Ruoz, *La società in diritto romano cit.*, p. 63. D. 2,14,7 pr.-1 (Ulpianus libro quarto ad edictum): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. D. 2,14,7,4 (Ulpianus libro quarto ad edictum): Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

⁸² Cfr. Gai. 3,150: *et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt. D. 17,2,29 pr. (Ulpiano, libro trigensimo ad Sabinum): Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa. D. 17,2,76 (Proculo, libro quinto epistularum): Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit, an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat. I. 3,25,1: et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. quod si expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia.*

con *pecunia*. La eventual previsión convencional de las pérdidas vale para los beneficios y viceversa⁸³.

En la época de Quinto Mucio, como resulta de la *magna quaestio* de la cual da noticia Gaio, 3,149, era sin duda posible la determinación de cuotas diversas sea para el *lucrum*, que para el *damnum*⁸⁴. Mientras Quinto Mucio consideraba excluir la diversidad por el mismo socio entre las *partes lucri* y las *partes damni*, ya que ésta era *contra natura societatis*, Servio Sulpicio admitía incluso que el socio pudiera ser excluido de las pérdidas aunque participase a los útiles. Viceversa, sabemos por Ulpiano que se excluía que un socio pudiese no gozar de los útiles, aunque participase a las pérdidas⁸⁵. Respecto del tercer requisito, siendo la sociedad un contrato consensual, se perfecciona por el simple consentimiento, expresado en cualquier forma y aun por el consentimiento tácito. Este consenso se encuentra en relación con la característica principal del contrato de sociedad cual es su carácter personalísimo. El socio contrata con los demás en atención a la fe y confianza que deposita en las características y cualidades personales de los demás. Esta intención de constituir la sociedad y de mantenerse en ella, que se expresa en el *animus sociorum*, como elemento integrado en el *consensus*, se exige en el momento de constituir la sociedad *-animus contrahendae societatis-*. Dicho consentimiento ha de llevar ínsito el *ánimus sociorum*, expresado en la *affectio societatis*. Para que exista la *affectio societatis* se requiere que las partes convengan en todos los elementos necesarios

⁸³ Gai. 3,150: et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt.

⁸⁴ Gai. 3,149: magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse existimavit et ob id non esse ratum habendum. sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti: nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.

⁸⁵ D. 17,2,29,2: (Ulpiano, libro trigésimo ad Sabinum): Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.

para constituir una sociedad⁸⁶. Según autores, como Ana Mohíno Manrique⁸⁷, El *animus* de los intervinientes distingue el contrato de sociedad de cualquier otro, tal como indica Ulpiano en su libro XXXI de comentarios al edicto⁸⁸

Si te hubiese dado una perlas para vender, de modo que si las vendieses en diez mil sextercios me dieses los diez mil y si en más te quedas con la cantidad excedente, me parece que si se convino con intención, se dará la acción de socio y si no la acción de palabras prescritas.

A la luz de este texto clásico el elemento fundamental que define la naturaleza específica de *societas* diferenciándola de otro de contenido semejante es el *intuitu personae*. Como nos recuerda Volterra, , la relación jurídica societaria no depende de un acuerdo inicial o consentimiento *in fieri*, sino de un acuerdo continuado que constante y repetitivamente se ha de renovar *in facto esse*.

2.6.- PROCESO EVOLUTIVO: PARÁMETRO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

A continuación pasaremos a analizar el proceso evolutivo en torno a su naturaleza jurídica, en la medida que repercute directamente en el contenido de las obligaciones societarias y en el régimen jurídico para la efectividad de las responsabilidades internas entre los socios y frente a terceros que concierten negocios con los partícipes con motivo de la sociedad.

⁸⁶ Modestinus, fr.4, pr. Pro socio, XVIII. Conocidos los requisitos esenciales del contrato de sociedad, fácil es distinguirla de la comunión. Toda sociedad supone una comunión, pero no toda comunión una sociedad. La sociedad es una convención, y por eso se funda en la voluntad de las partes, mientras que la simple comunión puede derivar, no sólo de la convención, sino también, por ejemplo, de disposición de la ley o liberalidad de un tercero. La sociedad, además, ha de tener un fin de común utilidad, y está por naturaleza destinada a continuar mientras no se realice dicho fin: no sucede así en la comunión, la que puede siempre disolverse a instancia de cualquiera de los partícipes. Finalmente, en la sociedad se considera la persona del socio, al paso que en la comunión no se mira la persona del comunero, de donde deriva que la sociedad se disuelve por la muerte de uno de sus miembros, lo cual no ocurre en la comunión.

⁸⁷ Mohino Manrique, A., La nota *intuitu personae* en la *societas romana*. Derecho de sociedades. Congreso Unijés 2007 II, p. 261-268.

⁸⁸ D.17, 2,44.

2.6. 1.-_LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD, CONTRATO REAL EN CONTRATO CONSENSUAL: UNA PROGRESIVA ADAPTACIÓN AL CONTEXTO SOCIAL EN EL QUE SE APLICA.

Del origen contractual societario se hace eco la doctrina clásica; así, Modestino⁸⁹. Dice que la sociedad puede contraerse⁹⁰ res, verbis o per nuntium, y de ahí se dedujo falsamente que podía darse una *societas re contracta* (sin contrato de sociedad) a la que se contrapondría la que *consenso contrahitur nudo* de Gai. 3, 154⁹¹.

El contrato de sociedad, en especial la sociedad de todos los bienes, ha experimentado una modificación esencial desde el momento mismo en el que se reconoce que el consentimiento contractual tiene per se fuerza obligatoria, considerándose perfeccionado por el solo consentimiento de las partes. El simple acuerdo de las partes que se proponen formar una sociedad, crea una relación de sociedad entre sus miembros desde el instante en el que hay acuerdo de voluntades. Sin perjuicio de lo anterior, la puesta en común de las aportaciones de los socios contratantes constituye uno de los elementos determinantes del contenido del contrato social; mas no condiciona en sí misma la validez del contrato social como tal.

En todo caso, el contrato consensual de sociedad ha conservado su carácter primitivo de una comunidad contractual de bienes.

El origen del contrato de sociedad como contrato consensual debe buscarse en el valor jurídico de las diferentes cláusulas (*dicta*) insertas en el acuerdo concerniente a la formación de una “comunidad contractual”, así designada por la doctrina, o consensual⁹², aún en tiempos en los que la *societas* aún tenía el carácter de contrato real⁹³. La fuerza obligatoria de las diversas cláusulas ha puesto de relieve la importancia del acuerdo de voluntades, del consentimiento recíproco de las partes. Su constancia en el contrato social va a tener eficacia jurídica inmediata, no solamente como disposiciones accesorias de un

⁸⁹ D. 17, 2,4 pr.

⁹⁰ Según Volterra en *op cit.*, Esta voluntad constitutiva societaria puede manifestarse de cualquier forma, también entre ausentes, por medio de un *nuntius*, por carta y también por actos concluyentes (por ejemplo, la entrega de cosas), de los cuales pueda deducirse la voluntad del sujeto agente.

⁹¹ Así lo sostiene el profesor Alvaro D’Ors en su obra “El Derecho Privado Romano”.

⁹² A esta noción se refiere en su obra “Le contrat de société”. Debe entenderse como supuesto en el que varios sujetos tienen en común la titularidad activa o pasiva de relaciones obligacionales”.

⁹³ Indudablemente, puede observarse cierto mimetismo con la evolución de carácter de real a obligacional del contrato de depósito, comodato o *pignus*.

contrato válidamente formado, donde el elemento material viene a enlazarse al acuerdo de las partes; sino también por su propia fuerza obligatoria.

La primera cuestión que se plantea al respecto consiste en averiguar en qué momento ha tenido lugar esta transformación, que tarda mucho tiempo en efectuarse definitivamente.

Ciertamente el contrato de sociedad ha seguido la evolución que se produce en Roma dentro del derecho de las obligaciones, sin desviarse de la tónica general. Si bien se han mantenido diferentes opiniones doctrinales en referencia a la época de aparición de los contratos de compraventa, arrendamiento y sociedad. Así, autores como Pernice⁹⁴, Huvelin⁹⁵, Vicent⁹⁶ admiten que el contrato de venta antes de ser consensual, era un contrato real⁹⁷. En lo concerniente al contrato de sociedad, Pernice sostiene que se había formado primitivamente por la vía de las estipulaciones recíprocas⁹⁸. Esta última concepción, extendida a la formación de todos los contratos (por stipulationes), es sostenida por Ihering⁹⁹, Bekker¹⁰⁰, Kuntze¹⁰¹, entre otros.

Por su parte, Pernice, fundándose en textos de Cicerón, admite que los contratos de mandato y de sociedad, así como la tutela ya estaban reconocidos en el siglo I a. J.C., remontándose la validez de estos contratos a un tiempo aún más lejano. Así, mantiene este autor, que Cicerón se refería a los Jurisconsultos Ancianos para apoyar su doctrina sobre la responsabilidad de los mandatarios, cuya acción era ya reconocida por Q.

⁹⁴ Labeo, I: *Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, 5 Bde C p.454 et suiv. II.p. 318 ; in *Z.S. St.* 9 (1888), p. 222/4.

⁹⁵ En el *Dictionaire de Antiquités*, Daremberg y Saglio, t. IV, p. 137-138, vº obligatio.

⁹⁶ *Le Droit des édiles, études historique et économique des prescriptions ediliciennes sur la vente et la garantie*, thèse pour le doctorat, sciences politiques et économiques (1922), p. 134 y ss.

⁹⁷ Ver para el derecho babilónico y griego, Koschaker, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis* (1917), p. 172-3. Ungnad, in *Z.S. St.* 41 (1920). Lütz, *Selected Summerian and Babilonian Texts* (U.M.I. 2 Philadelphia 1919).

⁹⁸ Pernice, Labeo, I, p. 445. Se puede encontrar en el siglo II de nuestra era un tipo semejante de sociedad concertada entre dos banqueros Casius Frontinus et Iulius Alexander (167 d.c.)”... id dari fieri praestarique stipulatus est...” , C.I.L.III, p.950, nº XIII; Bruns, nº 171; Girard, *Textes* (6ª Ed. 1937) p. 862.

⁹⁹ “*Esprit du droit Roman*”, t.III.p.143, 195, 232 ; t. IV, p.143, 149.

¹⁰⁰ *Die Aktionen des römischen Privatrechts. Zweiter Band: Prätorisches, richterliches, kaiserliches Recht.* Berlin 1873, t. I, p. 157.

¹⁰¹ *Cursus der Institutionem* (1879), p. 474.

Mucius¹⁰². Por tanto, el valor jurídico del contrato de sociedad y de todos los derechos y obligaciones que de él resultaban, ya estaban reconocidos en los tiempos de los primeros discursos de Cicerón.

Parece ser incluso, que el edicto del pretor Rutilius empleó de la *actio pro socio*, dándose carta de naturaleza a la sociedad como contrato. Ésta ya estaba reconocida en estos tiempos, 118 a. J.C., como contrato consensual, porque la acción se había dado, no por razón de una comunidad ya establecida, sino por la simple convención de poner en común fondos, con el propósito de formar una comunidad.

Para Girard, la sociedad, al igual que la venta y el arrendamiento, no han debido ser reconocidos como contratos consensuales y de buena fe antes de la introducción del procedimiento formulario (entre el 149 y 126 a. J.C.)¹⁰³

Desde el siglo I a.J.C., la *stipulatio*¹⁰⁴ pasó el relevo al *pactum*¹⁰⁵, convirtiéndose en obligatorio y adquiriendo fuerza de ley entre las partes.

El *dictum* ha formado principalmente la convención, ha provocado todos los efectos del contrato válidamente formado¹⁰⁶ y está en el grupo de los contratos consensuales de buena fe¹⁰⁷.

En el proceso mismo proceso de configuración como contrato consensual se observa que no constituye la *societas* una categoría unitaria, como inicialmente hemos expuesto. A lo largo de su devenir histórico van apareciendo nuevas categorías de

¹⁰² Pro R. Amerino, §§ 111, 116: Los “*utere*” son los jurisconsultos ancianos por ejemplo Atilicinus, Sabinus, Cassius. Cf. Ulpiano, lib. 21 ad ed. Dig. 17.2.52 § 18.

¹⁰³ La Ley Ebuca fue dictada después del 178 y antes del año 126 a. J.C., fecha a partir de la cual se refuerzan los poderes del pretor. En tal sentido, Erman en Z. S. St. 19 (1898), p. 285, 2, mantiene que el procedimiento formulario existe en el año 67 ó 68 a.J.C., cuando Cicerón, De Orat, 1.36 §, atestigua la existencia del derecho del pretor de *denegare legis actionem*; indicios posteriores de tales poderes se manifiestan con los pretores Sex. Julios y Rutilius Rufus. Así como en la Ley Agraria de Roma (l.56).

¹⁰⁴ Paulo, lib.5 Responsorum. Dig. 19.2.54 §1, *inter locatorem jundi et conductores convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo inuitus repelleretur...*

¹⁰⁵ Juliano, lib. 15 Digestorum. Dig. 19.2.9 § 2 — *si quis fundum locaverit ut etiam si quid in maiore accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse* (Ulpiano, lib. 32, ad Edictum).

¹⁰⁶ Dig. 19.2.9; § 3; 25 § 3; 29; 30 § 4; 51.

¹⁰⁷ Di Prieto, A.: “Derecho Privado Romano”, Buenos Aires, 1999, p.:” los contratos consensuales, esto es, las obligaciones recíprocas basadas en la *bona fides* y nacidas nudo consenso, son una de las grandes invenciones romanas, que posibilitará el desarrollo contractual del mundo occidental, si bien éstos contratos provienen del *ius gentium*, no se les conoce en otros países del mundo antiguo con este perfeccionamiento por el mero consentimiento

societas, en función de las necesidades prácticas que se pongan de manifiesto. Mantiene Gayo en § 148, Com. III de sus Instituciones:” Se forma comúnmente una “.ya para cierto género de negociaciones, como para comprar y vender esclavos, aceite, vino o ganados.

Ciertamente, siguió Justiniano al hacer esta división bimembre al jurisconsulto Gayo. En el Digesto, sin embargo, aparecen cinco clases de sociedades, a saber: la universal de todos los bienes, societas ómnium bonorum, que es la que este texto llama totorum bonorum; la de todas las ganancias, universorum quae ex quaestu veniunt¹⁰⁸; la que tiene por objeto una determinada clase de negociaciones, unius alicuius negotiationis, como dice el texto, la relativa a uno o más objetos determinado unius rei; y la que se hace para el arrendamiento de las rentas públicas conocida con el nombre de vectigalis¹⁰⁹.

Como paradigma de todas las modalidades de sociedad que van apareciendo ulteriormente tenemos la “societas omnium bonorum” ó sociedad universal de todos los bienes, que comprende todos los bienes presentes y futuros, que por cualquier título, o bien oneroso, o bien lucrativo, correspondan a los asociados, así como los productos de estos bienes o lo que puedan adquirir con su industria.¹¹⁰ La sociedad a su vez tiene el deber de cubrir las obligaciones de los asociados, de cumplir sus cargas, y de satisfacer las condenaciones en que hayan incurrido, a no ser que resulten de un hecho o motivo ilícito.¹¹¹ Este tipo de sociedad parece vincularse al consotium familiar difundida antiguamente entre los hermanos que, convertidos en sui iuris a la muerte del pater familias, continuaban gozando del patrimonio en estado de indivisión; gracias al descubrimiento de los fragmentos gayanos que faltaban en el manuscrito de Verona¹¹², se

¹⁰⁸ Sin estas finalidades específicas, pero constituyendo también una clase peculiar dentro de las societates quaestoriae, se encuentra la societas universorum quae ex quaestu veniunt, cuyo objeto radica en todas las adquisiciones futuras que puedan realizar los socios en virtud de su actividad. V. Bona, en St. Grosso I (1968), 385 ss.

¹⁰⁹ Un tipo especial de éstas, muy importante en la vida económica romana, fueron las llamadas societates publicanorum, constituidas para tomar en arriendo la cobranza de impuestos, el acopio de suministros o la realización de obras o explotaciones estatales. V. Arias Bonet, en AHDE, XIX (1948-49), 28.

¹¹⁰ Ley 3 y ley 73 del tít. II lib. XVII del Dig.

¹¹¹ Ley 52 del mismo título y libro.

¹¹² Las Instituciones se han conservado casi íntegramente, gracias a un códice (palimpsesto) del siglo V de la Biblioteca de Verona, descubierto por Neibuhr en 1816, bajo el texto de una obra de San Jerónimo (mediante reactivos especiales). El procedimiento formulario (agere per formulas), que ocupa gran parte del libro IV, era prácticamente desconocido hasta este hallazgo, pues en el Digesto no aparecen

sabe que también los extraños podían ligarse en un consorcio análogo, reconociéndose solemnemente como consortes en un proceso ficticio semejante a la *in iure cessio*¹¹³.

La de todas las ganancias no comprende los bienes que tienen los socios al tiempo de contraerla, sino únicamente las adquisiciones que en lo sucesivo haga cada uno de los asociados por su industria, su economía o su trabajo¹¹⁴, pero no lo que obtenga por herencia, legado o donación.¹¹⁵ Consiguiente a esto es que la sociedad deba responder solamente de las deudas que se deriven de las negociaciones, por ejemplo, de las ventas, arrendamientos y otras operaciones del socio de que en su caso hubiera podido esperar beneficio.¹¹⁶ Si no expresan los socios al celebrar el contrato qué clase de sociedad es la que contraen, se entiende que es de todas las ganancias.

La sociedad de una negociación determinada (*unius negotiationis*) es la de que habla el texto gayano como segunda categoría de la división que propone. Ésta nace, según sostienen autores como Arangio-Ruiz¹¹⁷, del comercio internacional, y sirve para realizar con fuerzas unidas una o más operaciones de comercio, como por ejemplo, la compraventa de esclavos, citada por Gayo (III, 148), o el préstamo a interés, a que se refiere uno de los trípticos de Transilvania.

La sociedad relativa a uno o más objetos determinados se diferencia de la que antecede en se concreta especialmente a ellos, como por ejemplo la explotación de una mina, la compra de un cargamento u otra especulación de esta misma clase; en cambio, la de una negociación determinada es más extensa, como por ejemplo, la de explotar las minas que se descubran, o comprar cargamentos para después venderlos.¹¹⁸

La sociedad *vectigalis* es la celebrada para arrendar las rentas públicas, y está clasificada con separación de las otras, porque se halla sujeta a reglas especiales.

Por su parte, aquéllos que se dedicaban a realizar préstamos cobrando intereses, realizaban su actividad uniéndose en otra forma asociativa denominada sociedad

referencias directas, al ser éstas eliminadas, pues en la época de la compilación se aplicaba otro sistema (el *cognitio extraordinem*). En Oxirrincó (Egipto) se encontró un papiro que contenía una página del libro IV y, posteriormente, en el mismo país se halló un pergamino del siglo IV o V que reproduce diez importantes páginas de este texto, ya que contienen los pasajes ilegibles del manuscrito de Verona.

¹¹³ Arangio-Ruiz, V.: "Instituciones de Derecho Romano" Ed. 1973 p.p. 389-390.

¹¹⁴ Leyes 8 y 13 del tít. II lib. XVII del Dig.

¹¹⁵ Leyes 9, 10, 11 y 7 del mismo título y libro.

¹¹⁶ Leyes 7 y 12 del mismo título y libro que en las dos notas precedentes.

¹¹⁷ Arangio-Ruiz op.cit. p. 390

de argentarii. Estas sociedades tuvieron una importancia relevante en el desarrollo de la actividad económica de Roma, estableciendo el derecho romano ciertas normas específicas sobre la materia. Estas sociedades de argentarii carecían de personalidad jurídica; los socios poseían una responsabilidad solidaria, constituyendo ello un precedente de lo que sería la sociedad colectiva.

Si no expresan los socios al celebrar el contrato qué clase de sociedad es la que contraen, se entiende que es de todas las ganancias.

En cualquier caso, la *societas* nunca deja de ser en el contexto jurídico romano una figura casuística cuya calificación no siempre resulta nítida, dada su tendencia natural a fundirse y entremezclarse con otras figuras jurídicas no necesariamente de carácter contractual. Así pues, dirijamos nuestra atención a la afirmación de Pomponio contenida en D.10.3.22 (Pomp. 33 ad Sab.) ya dentro del título “*Communi dividendo*”, según la cual; si yo hago una pared medianera para mí y mi vecino, ésta se hace común, ya la haga con intención de reclamarle su parte o con intención de donársela. Si *meo et vicini nomine parietem aedificem vel repetiturus ab eo pro parte impensam vel donationis gratia fiet paries*. A juicio de Frezza no faltan en esta hipótesis las condiciones necesarias para que surja una *societas re coita*¹¹⁹; en cualquier caso, bien puede pensarse que en el silencio de las partes se encuentra implícito el régimen de la *communio*”, sin entrar a valorar que el texto esté corroborando la necesidad o no de una servidumbre expresa sobre la pared compartida. Con ello, pretendo poner de manifiesto la proximidad de la *societas* contractual con la *communio*, las relaciones de vecindad y las servidumbres.

Dada la disparidad de tipos de sociedades y las características del pensamiento jurídico romano y su manera de evolucionar –consideraciones estas últimas que descartan por inverosímil, la idea de que los romanos hayan reconocido aquella variedad partiendo de un unitario concepto abstracto de sociedad-, los intérpretes modernos se preguntan si aquellos diversos tipos fueron derivando del más antiguo único conocido en un principio, o si, arrancando por separado de orígenes independientes, sólo al final de la evolución del Derecho romano se logró encuadrarlas en un concepto único de contrato consensual de sociedad. Este último punto de vista, defendido por Pernice¹²⁰, es hoy más generalmente aceptado, señalándose como líneas originarias de esta marcha confluyente la *societas*

¹¹⁸ Ley 5 del mismo título y libro que en las notas precedentes.

¹¹⁹ Frezza, P.: “*Actio communi dividendo*” en Scritti (2000) p. 137.

¹²⁰ Pernice, op. cit, p. 92.

omnium bonorum, derivada de la comunidad constituída entre los filii familias a la muerte del pater; la *politio*, contrato en el que el propietario de un fundo el *perito* agricultor (*politor*) que dirige la explotación participan en los beneficios, y la *societas quaestus*¹²¹, en la que se señala una influencia griega, y que fue introducida por la vía del *ius Gentium*. En atención al fin, puede haber: *societas quaestoriae*, si se proponen obtener una ganancia:^{122, 123}, *non quaestoriae*, si el fin perseguido no consiste en lucro o beneficio de tipo económico.

De todos modos, la *societas omnium bonorum* parece haber sido la figura más tenida en cuenta como paradigma objeto de análisis de la categoría “*societas*” por los jurisconsultos clásicos y por el pretor en su labor de flexibilización reguladora en aras de dar respuesta a las necesidades sociales, según los tiempos que corrían. Siendo esto así, la *societas omnium bonorum* inspira y explica algunos caracteres y reglas del contrato romano de sociedad; y en cuanto a que este *genus societatis proprium civium romanorum* derive del antiguo *consortium* de los hijos de familia al fallecimiento del pater, no cabe hoy duda alguna, después del descubrimiento de los fragmentos de las Instituciones de Gayo en el manuscrito de El Cairo¹²⁴, como más arriba hemos tenido ocasión de mencionar.

¹²¹ Campbell, Gordon. *A Compendium of Roman Law*. Second Edition. Stevens and Haynes. Bell Yard, Temple Bar, London. 1892. P. 134 y ss.:” *Universorum quae ex quaestu veniunt*. (*Societas quaestus et compendii*). Only for trade purposes; trade property only was held by the partners in common”.

¹²² Un tipo especial de éstas, muy importante en la vida económica romana, fueron las llamadas *societates publicanorum*, constituidas para tomar en arriendo la cobranza de impuestos, el acopio de suministros o la realización de obras o explotaciones estatales. V. Arias Bonet, en *AHDE*, XIX (1948-49),28.

¹²³ Sin estas finalidades específicas, pero constituyendo también una clase peculiar dentro de las *societates quaestoriae*, se encuentra la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*, cuyo objeto radica en todas las adquisiciones futuras que puedan realizar los socios en virtud de su actividad. V. Bona, en *St. Grosso I* (1968), 385 ss.

¹²⁴ Arias Ramos, Los orígenes del contrato de sociedad: *consortium* y *societas*, en *RDP*, 301 (1942). La situación de los hermanos en el *consortium* se procuró también entre extraños “*qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint*”; fenómeno que el Derecho comparado nos muestra también en otros pueblos (ver Hinojosa: *La fraternidad artificial en España*, t. I de sus Obras, Madrid, 1948, p.257). Esta primitiva sociedad no era, naturalmente, un contrato consensual; se constituía “*apud praetorem, circa legis actionem*”. V. Poggi: *Il contratto di società nel Diritto rom. Class.*, Trín, 1930; Szelechter, *Le contrat de société en Babylonie en Grèce et à Rome*, París, 1947 ; Wiacker : *Societas : Hausgemeinschaft u. Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, y Arangio Ruiz, *la società cit.* p.3 ss. Con la bibliografía allí referida. En el texto gayano que va de III, 151 a 154 b, es decir, tanto en la redacción del palimpsesto de Verona

Según mantiene Arangio-Ruiz¹²⁵, la construcción como contrato consensual y la acción de buena fe se refieren al segundo tipo de sociedad recogido en la clasificación gayana de *societas unius negotiationis*, pero del primero, *societas ómnium bonorum*, derivan las reglas más características del contrato, dado su talante paradigmático; y sobre todo, aquella especie de fraternitas en que la sociedad, en términos generales, se inspira.

Del carácter consensual del contrato se desprende, no sólo el régimen de responsabilidad societario que abordamos en este trabajo y la índole de las garantías que resultan más propicias para lograr la efectividad de dicha responsabilidad en aras de mantener la máxima exactitud del sinalagma como eje de dicho contrato; también se deduce de dicho carácter el resto del contenido del contrato de sociedad y concretamente el principio de que la sociedad se extingue por desistimiento unilateral de uno de los socios haciendo decaer con el mismo el consentimiento contractual que amparaba la subsistencia de la sociedad, por la muerte de un socio siendo nula la cláusula de continuación con los herederos, por implicar quedar en sociedad con desconocidos¹²⁶. Distintos textos romanos aluden a lo expresado, en cuyo estudio seguimos al jurista medieval Antonio Ambrosio, a quien corresponde la traducción de los mismos¹²⁷. Además, según el principio general arraigado en el ordenamiento romano, *alteri stipulari nemo potest*, imposibilitaría, a fin de superar el obstáculo anterior, que se estipulase la continuación con un determinado heredero, sin perjuicio de entenderse que esto también afectaba la libertad de testar. El citado autor, en contra de lo que en general sostiene la

como en la del manuscrito egipcio, la crítica ha señalado partes no clásicas. V. Riccobono, *BIDR*, 43 (1935); y Beseler, en *Scritti beat. Ferrini*, III; p.278. Cfr. Torrent, en *AHDE* 34 (1964), 479ss.

¹²⁵ *Op.cit.* pág 390.

¹²⁶ Al morir un socio, se disolvía la sociedad, y para proseguir con la actividad era preciso constituir una nueva entre los socios sobrevivientes, en la que se podían incorporar los herederos de los fallecidos, no en vano la obligatio era “de persona a persona”. Con el objeto de evitar ese procedimiento (y dada la vocación flexibilizadora de que hace gala el Derecho romano), paulatinamente comenzaron a surgir cláusulas estatutarias de supervivencia de la sociedad, en caso de fallecimiento de un socio; ya sea: a) entre los socios supérstites, o b) entre éstos y los herederos.

¹²⁷ Ulpiano *D* 17,2,35. –*Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit* (nadie puede procurar sociedad a su heredero, de forma tal que el mismo sea socio).

Papiniano *D*. 17,2,52, 9.- *Societatem non posse ultra mortem porrigi* (la sociedad no se puede extender más allá de la muerte).

doctrina, afirma y fundamenta analizando otros textos, que en el propio Derecho romano clásico era viable pactar la continuación entre los restantes socios, en sociedades de más de dos miembros (que Justiniano luego recibe) y expresa además, que el Derecho romano también sentó las bases para la posterior admisión del pacto de continuación con los herederos, sin perjuicio de la transmisión mortis causa de las responsabilidades patrimoniales que eventualmente pudieran pesar sobre sus socios causantes ¹²⁸. Asimismo se extingue por la *capitis deminutio*, y sólo en época justiniana si ésta era máxima¹²⁹. Tales causas son coincidentes con las de extinción de otra institución que hunde sus raíces en la organización familiar y sucesoria, como sucede con el usufructo. Por lo demás, los efectos de la *capitis deminutio* pueden evitarse al continuar las partes comportándose como socios, lo cual, dado la estructura consensual del contrato, vale como constituir una nueva sociedad, al haberse reactivado la *affectio societatis*. De la misma procedencia familiar —sin perjuicio de su carácter consensual, como venimos defendiendo—, deriva el principio de que la condena pronunciada como consecuencia del ejercicio de la *actio pro socio*, (como más adelante veremos), está limitada “*in id quod facere socius potest*”; es decir, se mantiene dentro de los confines de su disponibilidad patrimonial (por el llamado *beneficium competentiae*¹³⁰), y además, el que esta condena, fundada en conducta dolosa, sea causa de infamia. Asimismo, ese origen justifica el por qué de las causas de extinción de la *societas*, a salvo la existencia de otras causas de extinción fundadas en razones objetivas: a parte del cumplimiento del fin para el que constituyó, la destrucción de las cosas puestas en común, o porque se transformen en no comerciales o por vencimiento del término.

Pomponio D. 17,2, 59.- *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio paciscipossimus, ut heres etiam succedat societati* (a tal punto la sociedad se disuelve por la muerte de un socio, que ni desde un comienzo podemos estipular su continuación con el heredero).

¹²⁸ Las sociedades de cobradores fiscales (*societates vectigalium*) tenían un tratamiento distinto, pues si bien el heredero no sucedía de pleno derecho al socio fallecido, continuaba con el consentimiento de los sobrevivientes. Su carácter público y necesario la desvinculaba de las vicisitudes personales de sus miembros.

¹²⁹ Así lo pone de manifiesto, entre otros autores, D’Ors en su *Derecho Privado Romano*.

¹³⁰ Derecho que se concede a algunos deudores, entre ellos al socio (Pomponio, D. 42, 122 y Ulpiano, D.17.2.63 pr.) de a ser condenados en el *id quod facere potest*, a través de una cláusula insertada en la *codemmnatio* de la fórmula. Paulo en D. 53.4.55, señala entre los beneficiados al marido, al socio, al ascendiente y al donante.

En todo caso, sobre la doble vertiente originaria que la caracteriza, familiar y consensual, y, en particular, sobre la concepción primigenia de la sociedad, la cual se refleja- aparte de en los textos gayanos- en el sistema de libros ad Sabinum, ha resultado crucial la investigación que Wiacker efectúa en su obra “Societas “I, (Weimar, 1936); si bien puede resultar discutible doctrinalmente¹³¹, si se tiene en cuenta lo demasiado tarde que tiene lugar la inclusión de la societas entre los contratos consensuales en Roma: En la época de la redacción de las Instituciones de Gayo.

3.- FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA: INFLUENCIA FILOSÓFICA GRIEGA Y ROMANA EN SUS ORÍGENES Y EVOLUCIÓN.

Como punto de partida, debemos concienciarnos de la necesidad de poder conciliar dos parcelas imprescindibles para la existencia de la sociedad desde sus orígenes: por una parte, la relación moral entre los socios basada en un vínculo amistoso o cuasifraternal entre los socios y, por otra parte, el alcance y extensión de su responsabilidad patrimonial.

Como premisa, debemos partir de la base de la reflexión efectuada por el propio Aristóteles, según el cual, la responsabilidad se agrava cuanto más estrechas sean las relaciones existentes entre las partes¹³². Por tanto, el verdadero germen de su responsabilidad no debe buscarse en la relación material entre los socios, sino en el sentimiento moral reinante entre ellos. Faltar a los deberes de la amistad comporta una grave responsabilidad, eso sin considerar el efecto material producido. Se parte, evidentemente de la base de que la societas pertenece a una categoría de contratos de la que también forman parte el mandato y el depósito, además de la tutela, los cuales se celebran con amigos; es decir, se conciertan in tuitu personae, al paso de que los demás se entablan con cualquiera¹³³. A propósito de tal aseveración, dijo elegantemente Cicerón¹³⁴:

¹³¹ Así lo estima claramente Arangio- Ruiz en su obra “Fontes iuris Romani Anteustiniani. Negotia”. Vol II nº 157.

¹³² Ética a Nicómaco, I. V, cap. II § 13.

¹³³ Heinecio, Juan:”Recitaciones de Derecho Civil Romano” Traducido por Luis de Collantes y Bustamante. Valencia, 1888, Lib. III Tít. XIV p. 65 y 71:”¿Quién confía sus cosas sino a uno en cuya virtud y amistad ha puesto su mayor confianza? ¿Pues habrá otra cosa más fea y vergonzosa que un amigo engañe a otro?

“Si qua sunt privata iudicia summae existimationis, et penae dicam, capitis fiduciae (bajo cuya palabra comprende el mandato y el depósito) tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, et dupillum fraudere, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio conjuxit”.

En coherencia con lo anterior, se desprende que el incumplimiento contractual causante de daño o detrimento patrimonial lleva aparejado un alto reproche moral por razón de la ruptura injusta e intempestiva de la amistad, de la confianza. En este punto eran tan escrupulosos los antiguos, que creían que hasta la intención era castigada por los dioses¹³⁵. Así lo vemos en Herodoto, L. VII, en cuanto recoge el oráculo de Apolo¹³⁶ No debe pues causar extrañeza que ya desde los primeros tiempos, se consideraba digno de infamia al que renunciaba a la buena fe hasta el punto de causar la extinción del contrato por virtud de la ruptura de la confianza o camaradería moralmente depositada.

Tal planteamiento era característico del contrato de sociedad en la Antigua Grecia y desde luego también en Roma. No obstante, el genio jurídico romano da un paso más al frente: sin dejar de reconocer el peso moral del vínculo existente entre las partes en el contrato de sociedad, se inclina hacia hacer efectiva en la relación contractual la utilitas, dado su espíritu netamente pragmático¹³⁷. La responsabilidad de la parte contractual se calcula teniendo en cuenta si la relación contractual se ha contraído en favor de su interés, utilitas o no. De esta forma, por ejemplo, Modestino¹³⁸ ha dicho, que el depositario y el mandatario no son sometidos a responsabilidad por dolo, dado que estos contratos no se han celebrado en su interés propio (sino en el interés del depositante o mandante) y se

¹³⁴ Pro Quintio Roscio comaedo, c. 6.

¹³⁵ Por ejemplo, Glauco y toda su familia había sido destruido por haber pensado en negar un depósito.

¹³⁶ Glaucē Epicydides, equidem espedit ad breve tempus,

Si Orco vicisse invertisse que numos,

Dejer et euorcum, quoniam manet exitus idem.

Ast Orci natus, qui nomine, qui manibus, qui

Nulli et pedibus, rapide advenit, usque adeo dum

Convolvens omnem perdat protemque domumque”.

¹³⁷ Según ha recogido Klüber, *Utilitätsprinzip, die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in *Z.S.St.* 38 p.73; *die Haftung für Verschulden bei Kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in *Z.S.St.* 39, p. 172; Wieacker, *Z.S.St.* 1934, p. 35-79; cf. *Dig.* 13, 6, 5 § 2.

¹³⁸ Modestino, lib. 2º *Coll.* 10.2.1.3—*Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur de dolo, non etiam de culpa condemnandus est... In mandati vero iudiciu dulus, non etiam culpa deducitur.*

consideran contratos naturalmente gratuitos: "sola deponentis utilitas versatur". Lo mismo sucedió durante mucho tiempo en relación a la figura contractual del socio¹³⁹.

La responsabilidad más rigurosa incumbía al comanditario, al marido respecto a la dote, al fiduciario, porque todos ellos tenían un interés personal en la transacción. El socio se convierte en responsable por culpa, en principio, en los contratos en los que uno de los socios hace su aportación en capital y el otro en industria. La mayor gravedad de responsabilidad en tal caso, se explica por la naturaleza de este contrato. Esta forma concreta de sociedad guarda un cierto mimetismo con la *locatio conductio operis*, en lo referente a la responsabilidad más agravada¹⁴⁰ del conductor *operis faciendi*.

La extensión de la responsabilidad del socio se debe (como antes hemos apuntado) no solamente a la aplicación del principio de la utilitas, que conserva todo su valor en la época clásica¹⁴¹, sino también se debe a la lógica misma de la distinción de las categorías determinantes del incumplimiento contractual, a saber *dolo versus culpa*¹⁴² (a parte, caso fortuito o fuerza mayor- *vis qui resistere non potest*). Las diferentes clases de culpa que, según algunos autores¹⁴³ son anteriores a la *Compilación Justiniana*¹⁴⁴; si bien otros

¹³⁹ Girard, *Textes*, p. 862 (ed.1937); Ulpiano, lib. 31 ad ed., Dig. 17.2.52, § 2; Pomponio, lib.12 ad Sabinum, Dig. 17.2.59 § 1. Dig. 17.2.52

¹⁴⁰ Dig. 17.2.52, §§ 2 y 3; Wieacker, en *Z.S.St.* 1934, p. 44-46.

¹⁴¹ Ulpiano, lib. 28 ad ed. Dig. 13. 6. 5 § 2. *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione; utrum dolus*

¹⁴² Coceyo, *Henr.*: "De culpis praestandis: "Daño es todo lo que disminuye nuestro patrimonio. Esto se verifica por dolo, o por culpa, o por caso fortuito".

¹⁴³ Cf. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1908, t. I, p.333-336, 693-694, 698. Pernice, *Labeo*, t. II, p. 377 y ss. Wieacker, en *Z.S.St.* (1934), t. 54 p. 35-79. *Binding, Culpa. Culpa lata y culpa levis*, en *Z. S. St.* (1918), t. 39 p. 1-35. Ulpiano, lib. 42 ad Sabinum, Dig. 9.2.44, in *lege Aquilia et levissima culpa venit*. Las expresiones *culpa levis* e incluso *culpa lata* en el *Digesto*, han sido interpoladas. Citemos varios ejemplos en los que se encuentran tales expresiones: Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.1.8 § 9 *dolo autem facere videtur, qui id potest restituere, non restituit; §10, proinde si tibi mandavit, ut hominem emeris, tuque emisti, tenebris mihi, ut restituas, sed et si dolo emere neglexisti (forte si gratia ductus passus es alium emere)... Ulpiano, lib. 5 disp. Dig. 36, 1, 22 (23) §3... et ita Neratius libro primo primo resporum scribit. Sed [et] si cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi el rebus suis consuela negligentia, huiusmodi rei rationem reddet... Gayo, Dig. 17.2.72. Justiniano, *Inst.* 3.25.9. Diocleciano y Maximiano, *Code*, 5.51.7, —quidquid tutoris dolo vel culpa vel levi culpa... Diocleciano y Maximiano, *Code*, 2.18.20... secundum quae super his quidem quae nec tutor nec curator constitus ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat. Alexandre Severo, *Code*, 5.75.2—in heredes magistratus cuius non lata culpa idóneo cautum pupillo non est...*

piensan que son obra del mismo Justiniano¹⁴⁵, e incluso otro sector doctrinal va más allá y piensa que se trataría de una elaboración científica posterior a la época romana¹⁴⁶; en realidad, ya eran conocidas en derecho griego y, en consecuencia, ya eran puestas en aplicación en la época clásica.

El Derecho Romano, por su parte, al imponer la infamia al socio condenado por la *actio pro socio*, se ha mostrado muy reticente a admitir la responsabilidad de dicho socio por culpa, incluso en época clásica.

Tal opinión es expresada por Pomponio, si quid vero dolo nostro socius damni ceperit, a nobis repetat¹⁴⁷. Se verá cómo la responsabilidad se alargará con el devenir

Rescripto de Séptimo Severo y de Caracalla, Code, 5.57.1... heredes tutoris de negligentia, quae non latae culpae comparari possit condemnari non oportet...

¹⁴⁴ Cf. Mittes, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1908, t. I, p. 333-336, 693-694, 698. Pernice, *Labeo* t. I, p. 377 y ss. Wiacker, en *Z.S.St.* (1934), t. 54, p. 35-79. Binding, culpa, culpa lata y culpa levis, en *Z.S.St.* (1918), t. 39, p. 1-35. Ulpiano, lib. 42 ad Sabinum, Dig. 9.2.44, in lege Aquilia et levissima culpa venit. En contra: Lenel, en *Z.S.St.*, 1917, p.163-290. Las expresiones culpa levis e incluso culpa lata en el Digesto han sido interpoladas.. Citemos algunos ejemplos donde estas expresiones se encuentran: Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.18 § 9 dolo autem facere videtur, qui id potest restituere, non restituit; § 10, proinde si tibi madavi, ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas, sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emert) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere)... Ulpiano, lib. 5 disp. Dig. 36, 1.22 (23) § 3..., et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed [et] si cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consuela negligentia, huiusmodi rei rationem reddet... Gayo, Dig. 17.2.72. Justiniano, Inst. 3.25.9. Diocleciano y Maximiano, Código, 5.51.7, -quidquid tutoris dolo vel culpa vel levi culpa... Diocleciano y Maximiano, Código, 2.18.20... secundum quae super his quidem quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat... Alejandro Severo, Code, 5.72.2-in heres magistratus cuius non lata culpa idóneo cautum pupillo nom est...Rescripto de Septimio Severo y de Caracalla, Código 5.57.1...heredes tutoris de negligentia, quae non latae culpae comparari possit condemnari non oportet...

¹⁴⁵ Lenel, *Culpa lata und culpa levis*, en *Z.S.St.* (1917) t.38, p. 289den Klassikern aber is die ganze Unterscheidung zwischen culpa lata und culpa levis als technisch fremd. Según Giffard, *Précis du Droit Romain*, t.2 n° 373, la division de culpa en culpa lata et culpa levis ne date que de Justinien avec cette subdivisión en culpa levis "in abstracto" et "in concreto".

¹⁴⁶ Giffard, op. cit., p. 481, la theorie dite "des trois fautes" n'est point romaine et dont la formule definitive se trouve dans Pothier...

¹⁴⁷ Pomponio, lib. 12 ad Sabinum, Dig. 17.2.59 § 1. En contra: Paul, Sent. II § 16 (pro socio) sicut lucrum ita et damnum inter socios communicatur, nisi quid culpa vel fraude eversum sit. Para Wiacker, en *Z.S.St.*, 1934, es irrefutable que la responsabilidad por culpa en el Imperio Occidental no se pone de manifiesto de manera cierta e incontestable hasta el siglo V d.J.C.

histórico; pero Justiniano¹⁴⁸, aun aceptando una responsabilidad más extensa que en tiempos anteriores, sólo llega a aceptar tales modalidades de extensión con mucha reserva. Admitiendo la responsabilidad del socio por dolo como paradigma normal e indiscutible, *socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione si quid dolo commiserit...*, se plantea la cuestión de si es factible admitir la extensión de esta responsabilidad. Y siendo la respuesta positiva, resultaba que el socio, en tiempos de Justiniano, se responsabilizaba de la falta *quam in suis: an etiam culpae, id est disidiae atque negligentiae nomine quaesitum est: prevalvit tamen etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet.*

Aceptando la teoría de la utilidad¹⁴⁹, al ser conforme con la opinión de los jurisconsultos clásicos dotados de *ius dicendi*¹⁵⁰ sobre la base de la responsabilidad del deudor, entonces resultaría exacto observar una estrecha relación entre el efecto infamante de la *actio pro socio* y el fundamento mismo de su responsabilidad societaria.¹⁵¹

¹⁴⁸ Inst. 3.25.9.

¹⁴⁹ Kübler, *Utilitätsprinzip: die Konträrllagen und das Utilitäts-prinzip*, en *Z.S.St.* 38, p. 73; *die Haftung für Verschulden bei konträrtsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, en *Z.S.St.* 30, p. 172; Wiacker, en *Z.S.St.* 1934, p. 35-79.

¹⁵⁰ Es frecuente la comparación del jurista con el

¹⁵¹ Ulpiano, lib. 28 ad Edictum, Dig. 13.6.5 § 2— *nunc videndum este, quidid veniat in commodati actione utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum , interdum et culpam praestamus: dolum in deposito; namquia nulla utilitas eiusversatur aqud quem deponitur...Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, [ut] in locato, [ut] in dote, [ut] in pignore, [ut] in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam, et diligentiam. Modestino, libro differentiarum secundo sub titulo de deposito vel commendato in Mosaicarum et Romanarum legum 10.2.1.3; *commodati iudicio et culpam praestare cogitur; qui vero depositi convenitur de dolo, non etiam de culpa condemmandus est. Commodati enim contractae, quia utrisque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus, tantum praestatur.**

Del criterio doctrinal clásico mayoritario se desprendería que en época clásica, en virtud del principio de utilitas, la culpa no entraría en juego. De este modo, el socio no respondería de culpa, pues ésta intervendría en la hipótesis en la que solamente una parte tuviera interés en la transacción. Cf. Gayo, lib. 9 ad el. Prov. Dig. 13.6.18 Paulo, lib. 8 ad Sab. Dig. 17.2.36.

Tal conclusión se confirma en los textos de Cicerón¹⁵², según los cuales, hay que partir de la premisa de que la responsabilidad del socio se limita al dolo, dado el lazo de unión existente entre los socios fundado en la voluntad de las partes de constituir una relación jurídica societaria. Esa misma voluntad contractual, también implica una aceptación preliminar del proceder se todos sus consocios, en un contexto forjado in tuitu personae. Por otra parte, la condena pro socio implica o presupone que el socio había obrado contra fidem, de ahí que el basamento mismo de la actio pro socio, venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides¹⁵³.

Cometer una simple falta no entraña, per ser, obrar contra la buena fe. Se podría justificar la responsabilidad más amplia del socio por el hecho de la infracción del ius fraternitatis, como hace Aristóteles¹⁵⁴ respecto del panorama jurídico social griego; si bien dicha responsabilidad era fundamentalmente de índole material. El derecho romano, al imponer fuertes repercusiones en la situación personal del socio condenado por la actio pro socio estigmatizándole moralmente tachándolo de infame¹⁵⁵, se muestra reticente a expandir la base de tal responsabilidad societaria, no sólo considerando el principio de utilitas, sino además teniendo en cuenta el efecto infamante de tal acción.

Por tales razones, incluso admitiendo la responsabilidad por culpa, Gayo la limita a la culpa “quam in suis”¹⁵⁶, lo cual es también admitido por Justiniano¹⁵⁷. En contraste

¹⁵² Pro Quinctio, XVI § 52. Debes perdonar incluso una falta más grave al hombre a quien tu propia voluntad te ha reunido, que aquél con el que te has puesto en relación por la fuerza de los hechos, acontecidos o el estado de cosas existente.— Etiam gravius adliquid ei deberes concederé, qui cum te aut voluntas confregasset, aut fortuna coniunxisset. Pro Quinctio, VI § 22; pro Roscio Comoedo, IX 25 fraudabat te in societate Roscius... nihil hunc in societatem fraudem indicasti.

¹⁵³ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 1.

¹⁵⁴ Véase, Brunschwig, J. 1996. "Rule and Exception: On the Aristotelian Theory of Equity" in M. Frede, M. and Striker (eds.). *Rationality in Greek Thought* Oxford; Oxford University Press, 115-56.

¹⁵⁵ El Rescripto de Diocleciano y de Maximiano, Códex, 2.12 (11) 22, subraya igualmente que en lo que concierne a los asuntos y negocios de la sociedad, quien “abusa” de la confianza de sus consocios se expone a ser irremediabilmente perseguido para la reparación de los daños y perjuicios que haya ocasionado a sus consocios, y a ser tachado de infamia.— Fidem rumpens societatis cum infamiae periculo, suo nomine pro socio conventus ad faciendum satis urgetur.

¹⁵⁶ Gayo, lib. 2 col. Rer. Sive aureor. Dig. 17.2.72, socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque negligencia. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit de se queri debet.

con lo anterior, Paulo¹⁵⁸ y Ulpiano¹⁵⁹, al reconocer la *actio pro socio* por culpa, no la restringen a la culpa *quam in suis*.

Por otra parte, resulta complicado precisar la fecha de la ampliación de la responsabilidad del socio más allá del dolo o malicia¹⁶⁰ dentro de derecho romano, siendo impensable que tal extensión hubiera tenido lugar en ordenamientos anteriores. Parece que en la época de Adriano la *actio pro socio* sólo se daba en caso de dolo, aun cuando la cuestión no es del todo pacífica. Ulpiano, por su parte, se pregunta, *utrum ergo dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat*.

Sin dejar de estar de acuerdo con el parecer de Cicerón según el cual la responsabilidad de los socios se funda en el lazo establecido entre los socios por su propia iniciativa, por su voluntad de establecer una relación societaria perfectamente configurada; entendemos que ello es compatible con el reconocimiento de una tendencia, ya iniciada en el Derecho Romano, de extenderse su ámbito objetivo a hipótesis donde concurra un comportamiento negligente causante de daños para los demás consocios. Las razones del reconocimiento de tal expansión paulatina se deben no sólo a la naturaleza proteiforme de todo ordenamiento jurídico atenta a la protección de la parte más débil, sino también en la fuerza de la “*Epiqueia*”¹⁶¹, concepto de cuño griego¹⁶² de gran

Ulpiano, lib. 3 ad ed. Dig. 17.2.52 § 3; 11; 63 §§ 3; 7; ídem, lib. 28 ad Sab. Dig. 50.17.23; Pomponio, lib. 12 ad Sab. Dig. 17.2.59 § 1; Paulo, lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.65 §§ 6, 9; Gayo, lib. 10 ad ed. Prov., Dig. 17.2.68 § 1. Para Bonfante en *Corso di Diritto Romano I* p.463; Klüber, *Z.S.St.* (39), p.180; Wiacker, Franz: *Römische Rechtsgeschichte: Quellenrunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, p. 67, la responsabilidad del socio por diligencia et culpa *quam in suis rebus*, no se ha elaborado hasta la época clásica.

¹⁵⁷ Inst. 3, 25 § 9.

¹⁵⁸ Lib. 6 ad sab. Dig. 17.2.36, *et acti etiam culpam, qua mis praestaret, in cuius locum successit, licet socius (non) sit*, ídem, lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.65 § 9; Paulo, Sent. 2, 16.

¹⁵⁹ Lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 11, ídem, lib. 28 ad sab., Dig. 50.17.23; ídem, lib. 28 ad ed. Dig. 13.6.59.

¹⁶⁰ Pernice, *Labeo II*, p. 360: “Noch zu HadriansZeit ist es streitig, ob die Gesellschafter sich gegenseitig nicht bloss für Dolus einzustehen brauchen”.

¹⁶¹ Harris, E.M.: “Le rôle de l’epikeia dans le tribunaux athéniens”. *Revue historique de droit français et étranger*, 2004. 82: 1-13.

¹⁶² En uso de la misma, tenemos el ejemplo de Solón, quien inspirándose en las reformas del rey egipcio Bochoris (aprox. Siglo VIII a. JC.), había prohibido la prisión por deudas a través de la “*seisachteia*” (liberación de todos los gravámenes).

calado¹⁶³ en el derecho romano eminentemente casuístico, de todo lo cual deducimos que los verdaderos límites entre dolus y culpa son mucho más sutiles y difusos de lo que en apariencia pudiera parecer.

4.- LOS ELEMENTOS QUE CARACTERÍSTICOS DE UNA RELACIÓN JURÍDICA SOCIETARIA COMO PUNTO DE INFLEXIÓN DE LA RESPONSABILIDAD NACIDA DE LA MISMA.

Desde una perspectiva causal, la doctrina romana preveía, en este sentido, dos hipótesis de configuración de la relación jurídica societaria. Una de ellas concebía como contrato de sociedad, a aquella convención en virtud de la cual se llevaba a cabo una aportación a un fondo societario que en sí podía entrañar, bien la transmisión de la propiedad, o bien la transferencia del uso del capital puesto en común por el socio capitalista, sin necesidad de la concurrencia de ningún otro elemento estructural adicional distinto del consentimiento, objeto y causa. Diocleciano y Maximiano mantienen dicho régimen al disponer, *societatem, uno pecuniam conferente alio operam, posse contrahi magis obtinuit*¹⁶⁴.

Por el contrario, los jurisconsultos romanos tendían a rechazar el reconocimiento sin más, como contrato de sociedad, de aquél supuesto en el que el propietario de un bien transmitía el pleno dominio del mismo a su otro cocontratante.

La puesta en comunidad contractual, digamos, de las aportaciones constituía un elemento determinante del contrato de sociedad en la época preclásica e incluso ya en los comienzos de la época clásica. Sin embargo, más tarde ya hacia finales del siglo II y comienzos del siglo III d. JC., la sola puesta en comunidad de un bien, incluso por causa de un contrato, no era suficiente en sí misma para formar entre los partícipes implicados un contrato de sociedad; *nec enim sufficit, rem esse communem, dice Ulpiano*¹⁶⁵, para que pueda presumirse la existencia de una sociedad, *nisi societas intercedit*. Es preciso adjuntar el *animus societatis* a la comunidad de bienes, en aras de poder constituir una sociedad y, por ende, para que la *actio pro socio* pueda ser ejercitada, puesto que, según

¹⁶³ Véase Mollá Nobet, A.S. La aequitas y el caso”, RGDR, nº 23, diciembre 2014:” La aequitas romana no puede entenderse sino en relación con con el ius, sin perder de vista que guarda una relación sustancial en la trilogía *fides, bonum et aequum*, que constituye fundamento y sustancia de todo el derecho romano”.

¹⁶⁴ C. 4.37.1 (Imp. Diocleciano y Maximiano, A.A. y C.C. Aurelio

¹⁶⁵ Lib. 30 ad Sab. Dig. 17.2.31.

añade el propio Ulpiano, *communiter autem res agi potest etiam citra societatem*¹⁶⁶. A ello le sigue la intención de las partes de que el contrato revista una u otra forma jurídica.

Se deduce que en el caso de que hubiera diversos tipos de operaciones, para saber si es que hay sociedad, hay que examinar, ante todo, la intención de las partes. Véase el ejemplo siguiente: un terreno rústico que estaba a la venta, contiguo a dos propietarios vecinos. Uno de los dos vecinos propuso al otro comprarlo y cederle a continuación una parte del terreno que lindaba con su propiedad. El que había propuesto operación, en realidad, fue a comprarlo el mismo, a espaldas de su vecino. Cabe preguntarse de qué acción dispone éste último contra el primero. Juliano opina que tal cuestión es más compleja de lo que parece. Si las partes no han tenido intención de contratar una sociedad y de obtener ganancias en común con esta compraventa; o si aquél que se encargaba de comprar sólo ha creído prestar un servicio al otro socio por habérselo así reclamado; entonces no hay sociedad, sino un simple mandato que no ha tenido efecto pues aquél que lo daba *donnait*, al final ha comprado él mismo; por esta razón, no procede acción alguna contra el comprador. En cambio, si los contratantes hubieran tenido la intención de concluir una sociedad y de repartir los beneficios, la *actio pro socio* podía ser ejercitada a los efectos de ceder al vecino la porción comprada para él, *si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur, societatis iudicio tenebor, ut tibi deducta parte, quam mandaveram reliquas partes praestem*¹⁶⁷.

Otro ejemplo expuesto por Ulpiano¹⁶⁸ confirma la opinión siguiente, según la cual la intención de las partes resultaba decisiva para definir la naturaleza del contrato, *si margarita tibi vendendo dederis, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actumsit, pro socio esse actionem, si minus, prescriptis verbis*; si se entregan perlas para ser

¹⁶⁶ Según la opinión de algunos autores, se sospecha que el texto de la l. 31 está interpolado. Cf. Bonfante, *Scritti giuridici varii*, 3 (1921)402. Prigsheim, en *Z.S.St.* 42, p. 284. Albertari en *Archivio giuridico*. Modena (1923), 89, 256. Dicho texto expresa la idea del mismo autor que se encuentra en lib. 2 ad ed. (en la *Palingenesia*, se colocó al principio del lib. 31 ad ed.I. 33) que se considera auténtico; si bien admitiendo incluso que, aun cuando ciertos pasajes explicativos han sido interpolados, la idea fundamental ciertamente es la de Ulpiano.

¹⁶⁷ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52. (*Palingenesia*, I, Juliano, Dig. Lib. 14 Pro Socio, p. 357 n° 233).

¹⁶⁸ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig., 17.2.44. Se impone esta opinión, a pesar de la probabilidad de que este texto haya sido interpolado en lo que respecta a la expresión: “*si animo contrahendae...*” y la certeza de la interpolación a partir de “*si minus...*” cf. Pernice, en *Z. S .St.*, 9, 1888, p. 257, 1; Beseler, *Beiträge*, II, 39, 160; II, 59; Bonfante, *Istituzioni di dir. Rom.* 483-484; Audibert, *Mélanges Gérardin*, p. 35.

vendidas, a condición de que si se vendían por diez, el preneur devolvía todo el precio al vendedor y la ganancia o plus pertenecería al prestador, no hay sociedad, sino sólo un contrato innominado. Pero si las partes se habían propuesto conseguir una ganancia en común, existe una sociedad en la cual una parte ha puesto las perlas y la otra su industria, de lo cual nace la acción que tiene su base en el contrato en el que las partes han querido constituir una sociedad. Ulpiano aún confirma esta opinión con otro ejemplo: un comerciante ha entregado a un comisionista un objeto precioso para su venta y las partes han determinado un precio que será pagado al primero y el resto será retenido por el comisionista como ganancia; en tal caso, no se ha formado una sociedad, según Ulpiano, *si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati, neque pro socio esse actionem, sed in factum, quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracto in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit*¹⁶⁹. De tal asertación se desprende que la naturaleza del contrato se determina por la intención de las partes. ¿Cómo puede reconocerse dicha intención? ¿Debe resultar de la naturaleza del interés, o dicho de otro modo, de los signos objetivos o externos del contrato?, o por el contrario, ¿es preciso atenderse a las relaciones personales que se establecen entre los contratantes; es decir, a los signos o indicios subjetivos? Realmente, no puede negarse la incertidumbre y la dificultad de definir una relación jurídica que, aun cuando se ha visto en los ejemplos antes citados, también podría entrañar un contrato de comisión, de mandato, *negotiorum gestio*, o de sociedad, o incluso una sociedad propiamente dicha que llevase adicionalmente aparejados elementos propios de las otras figuras contractuales y cuasicontractuales citados. Es preciso buscar la intención de las partes en el seno de la relación establecida entre ellos. Tal afirmación puede ser confirmada en la expresión de Gayo al decir: "Cum societate res communis est, [veluti] inter eos qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est [veluti] inter eos, quibus eadem res testamento legata est"¹⁷⁰. Ya hemos visto que la voluntad concorde de las partes se encamina a poner en común cosas de cada uno de los manifestantes, o a dirigir sus obras hacia la consecución de un fin útil común. Es preciso, por tanto, para formar una relación de sociedad, que los manifestantes tengan la capacidad de obrar. Esta voluntad contractual

¹⁶⁹ Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Dig. 19, 5, 13.

¹⁷⁰ Gayo, lib. 7 ad ed. prov. Dig. 10.3.2; Palingenesia, I, nº 196; ídem ad ed. prov., lib. X, Dig. 17.2.34. Palingenesia, I, nº 235. Cf. Juliano. Digesto, lib. 14, Palingenesia, I nº 234. Dig 17.2.52 § 4.

tiene una característica especial, en cuanto que no basta que se manifieste inicialmente, sino que debe ser continua. En otras palabras, en los otros contratos consensuales, de la manifestación inicial concorde de voluntad surge la relación obligatoria que, una vez ya existe, se mantiene y sigue teniendo valor entre las partes, independientemente de que continúe la voluntad concorde de éstas. En cambio, en la sociedad, la relación jurídica no depende de un acuerdo inicial, sino de un acuerdo continuado¹⁷¹; depende de la llamada *affectio societatis*^{172, 173} Esta idea es expresada de forma sintética por Gayo (3, 151) con las palabras: “manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverat,” añadiendo que basta que uno de los socios renuncie a este acuerdo para que el contrato de sociedad se deshaga y cese la relación jurídica entre las partes: et cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. La idea es repetida más tarde por Diocleciano (C. 4, 37, 5): tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat. Asimismo, en I. 3, 25, 4:”Manet autem societas eo usque donec in eodem consensu perseverant”

Allí donde la comunidad es contractual, existe una presunción de sociedad, y entonces la *actio pro socio* podría ser ejercitada. Por el contrario, allí donde la base de la comunidad consistía en un hecho acontecido con total independencia de la voluntad de las partes, como por ejemplo, el caso de una herencia, *quoniam cum herede non contractimus, sed incidimus in eum*, la *actio pro socio* no se podría ejercitar por falta de una comunidad contractual.

Desde este punto de vista, las Instituciones de Justiniano son más precisas¹⁷⁴. En efecto, Justiniano admite que una comunidad se forme sin contrato, y así no hay sociedad cuando los bienes son comunes como consecuencia de una donación o de un legado; sin

¹⁷¹ Véase, Panero Oria, P. “La vida en sociedad. El consensus perseverans”, en Estudio de Derecho Romano en memoria de Don Benito M^a Reimundo Yanes. TomoII. Universidad de Burgos, 2000. P. 155 y ss.

¹⁷² Mediante el concepto *affectio societatis* se subraya la exigencia de la continuidad y perseverancia de la partes mientras exista y perdure el acuerdo entre ellas.

¹⁷³ Véase D. 17, 2, 31 (texto sospechoso y muy discutido por los críticos de las fuentes), en el que se asume la existencia de la *affectio societatis* como criterio para establecer si en una puesta en común de bienes existe un contrato de sociedad, es decir, si nace la relación obligatoria entre quienes ponen esas cosas en común, o bien sólo hay un simple condominio, esto es, transformación de una propiedad individual en copropiedad. En D. 17, 2, 44, se habla, en cambio, de *animus contrahende societatis* como criterio para distinguir entre sociedad y contrato estimatorio.

¹⁷⁴ ORTOLAN, M., *Instituciones de Justiniano*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1976.

olvidar las hipótesis de compraventa en común de una cosa por diversas personas, ítem si inter aliquos communis res sine societate, y además explica que “sine societate”, veluti quod pariter eis legata donataue esset¹⁷⁵.

Recordemos que, según Quinto Mucio Scaevola, la sociedad figura entre los grupos comunitarios, lo cual, por lo demás, es consecuencia de esta concepción primordial de que las primeras sociedades eran derivadas de comunidades de todos los bienes.

Es discutido el problema del modo con el que se constituía el condominio de los socios sobre las cosas corporales aportadas. De los tres textos de Paulo y de Gayo con los que comienza el título pro socio del Digesto (17, 2)¹⁷⁶ parecería tener que deducirse que en las societates ómnium bonorum este condominium se constituía por efecto del consentimiento de las partes, es decir, en el momento en el que se formaba *el* acuerdo entre ellos; así pues, la propiedad solitaria de cada uno de los contrayentes sobre las cosas que son objeto del acuerdo se transformaría en condominio de todos los socios, sin que, según declara en forma expresa el texto de Gayo, tenga lugar la traditio (o, añadimos nosotros, otra forma de transmisión de la propiedad). Esta transformación o, según algunos, este paso de la propiedad particular a la propiedad colectiva, es llamado por los comentaristas posteriores con el término incisivo de transitus legalis.

A los investigadores modernos esto ha parecido en contradicción con los principios romanos relativos a la transmisión de la propiedad y, por tanto, no han faltado intentos de explicar las afirmaciones de los textos, sugiriendo también hipótesis de manipulaciones bizantinas¹⁷⁷. Los textos que hablan de la formación del condominio, una vez

¹⁷⁵ Justiniano, Inst. 3.27 § 3.

¹⁷⁶ Véase D. 17, 1, 1 (Paulo, Lib. XXII ad edictum): In societate ómnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur; D. 17, 2, 2, (Gayo, Lib.X ad edictum provinciale): quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. D. 17, 2, 3, pr. 1 (Paulo, Lib. XXXII ad edictum): Ea vero, quae in nominibus erunt, manet in suo statu: sed actiones invicem praestare debent. Cum specialiter ómnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas el legatum el quod donatum esta ut quaqua ratione adquisitum communioni acquiretur.

¹⁷⁷ Entre ellos está Riccobono, el cual sostiene que la puesta en común se hacía transfiriendo, por medio de la mancipatio, de la in iure cessio o de la traditio, las cosas individuales de la propiedad de los contratantes al condominio de los socios. Levy, en cambio, piensa que el transitus legalis se efectuaba por las societates ómnium bonorum con la legis actio mencionada por Gayo a propósito del consortium erecto non cito.

manifestado el acuerdo de las partes, sin aludir a modos de transmisión de cada una de las res, son, sin embargo, demasiado explícitos para no darles crédito¹⁷⁸.

Los que hacen las aportaciones son responsables, en relación con los otros socios, por la evicción y los vicios ocultos de las cosas aportadas.

Una vez entregada la cosa, el socio no puede reclamarla, a menos que se trate de res furtiva, o de cosa que proviene de un acto ilícito por el que sea condenado el que hace la aportación.

5.- SANCIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD: UN MECANISMO DE SEGURIDAD PARA LA EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

1.1- La sanción de la sociedad en el momento del pleno reconocimiento de las acciones jurídico civiles.

La evolución del contrato de sociedad en derecho romano, en gran medida, está relacionada con la acción que sancionaba la relación societaria. Para ciertos autores¹⁷⁹, la propia acción es la que ha marcado y determinado la evolución de la sociedad y por causa del cambio de naturaleza de la sanción, el propio contrato de sociedad, primitivamente considerado como contrato real, se convierte (como consecuencia de tal cambio) en contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento.

¹⁷⁸ Los investigadores modernos han configurado siempre La formación del condominio social, sobre las cosas que eran objeto de propiedad individual de los copropietarios, como una transferencia de propiedad, y bajo este punto de vista han intentado interpretar los textos del Digesto. No sabemos, sin embargo, si era ésta verdaderamente la concepción de los juristas romanos. En la *societas omnium bonorum*, en efecto, tiene lugar la entrega en condómino no de *singulae res*, sino de todo el conjunto patrimonial de cada socio. Hay que observar, a este propósito, que los romanos nunca han concedido, en otros casos, como una transferencia de propiedad a título singular el hecho de suceder conjuntamente en la posición jurídico patrimonial de una persona, sino como una consecuencia de la adquisición de un título. La configuración que dan los modernos la *transitus legalis*, y que atribuyen implícitamente a los juristas clásicos y justinianeos, no estaría de acuerdo, por tanto, con las ideas manifestadas por los romanos en otros campos. Otra cuestión que todavía no ha sido resuelta es si el *transitus legalis* tenía lugar sólo sobre los bienes que eran puestos en común al comienzo de la sociedad o también sobre los que eran puestos posteriormente.

¹⁷⁹ Trumpler en “Die Geschichte der Römischen Gesellschafts Formen”, Berlín 1906, así lo reconocía diciendo:” Die Geschichte des Gesellschaftsvertrages ist die Geschichte der *actio pro socio*”.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica romana, tal opinión se podría justificar de modo parcial. De manera general, cada relación jurídica, desde el momento de su creación, estaba sometida a una sanción en el sentido de reconocimiento jurídico. El poder ejercido por el pretor se manifestaba más bien dentro del ámbito del derecho formal que en el aspecto material; es decir, en el procedimiento mismo, en el supuesto de contienda entre las partes (especialmente si hay que dirimir la existencia y el grado de responsabilidad interna por razón del desarrollo del fin societario que se habían propuesto cumplir). La evolución de las normas procesales, que fijaban la sanción de la relación de derecho, repercutía directa e inmediatamente en el funcionamiento y en la eficacia del acto jurídico propiamente dicho. De esta forma, el pretor, como órgano jurisdiccional, ejercía una gran influencia sobre la naturaleza jurídica del acto. La relación societaria como tal, tanto en su forma como en su naturaleza jurídica, primitivamente fue constituida en consideración a la sanción del contrato. A lo largo de los siglos, ha estado tan marcada la presión que la acción legal ejercía sobre la relación societaria, que incluso en época clásica se mantiene arraigado el principio según el cual una sociedad se consideraba existente y adquiría carta de naturaleza, allí donde la *actio pro socio* podía ejercitarse, “*ut si pro socio actio, societatem intercedere oportet*”¹⁸⁰.

El contrato de sociedad, desde el momento de su creación, era reconocido y sancionado como fuente de derechos y obligaciones. La existencia de los contratos de sociedad data de antes de la aparición de la *Lex Aebutia*¹⁸¹; la cual marca un importante hito en el paso de las *legis actiones* al procedimiento formulario por tanto, de ello se deduce que es lógico admitir que eran los contratos de sociedad eran sancionados bajo el régimen de las acciones legales¹⁸².

¹⁸⁰ Ulpiano, lib.30 ad Sab. Dig. 17.2.1.

¹⁸¹ Esta ley es de fecha controvertida, si bien se sitúa en el siglo II a JC., hacia el año 130. De ella sólo tenemos noticia a través de dos textos, Gayo IV 30 y Gellius 16, 10,8.

¹⁸² Puliese G., *Processo civile romano II, Il processo formulare*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1963, p. 58. En p. 53 recuerda que las hipótesis sobre la *lex Aebutia*.

propuestas por los autores son muy numerosas y variadas. Aun sancionando la *lex Aebutia* el nuevo procedimiento, habría dejado a las partes la facultad de escoger entre el antiguo y el nuevo sistema per formulas

Los socios siempre tenían la posibilidad de recurrir a un acuerdo amistoso, o a un arbitraje privado^{183, 184}. Sin embargo, una tesis que nos parece difícilmente sostenible, consiste en aquélla, según la cual, los socios no disponían de esta vía de escape de recurso; sin poder intentar un procedimiento oficial, resultante de la relación social y de la comunidad de origen contractual, si la conciliación o el arbitraje privado no eran aceptados por las partes.

Nos inclinamos admitir las opiniones doctrinales¹⁸⁵ tendentes a admitir que el contrato de sociedad no llegó a estar sancionado jurídicamente durante un largo período de tiempo desde su primera aparición, por la sencilla razón de que primitivamente no era una relación jurídica propiamente dicha, sino más bien una relación fáctica que no entrañaba consecuencias jurídicas. Siguiendo la línea lógica mantenida por tales autores, el único medio de composición o de resolución de las contiendas entre los socios habría sido el procedimiento de conciliación o de arbitraje privado. Según mantenía tal tendencia doctrinal, Este estado de cosas se había debido prolongar hasta comienzos de la aparición del procedimiento formulario¹⁸⁶.

En efecto, la necesidad de sancionar jurídicamente la relación societaria resultante de la existencia de diversos géneros de sociedades en correlación a las diversas acciones legales, obedece a razones pragmáticas que con el devenir del tiempo resultan cada vez más evidentes: por la considerable cuantía de los capitales que los socios aportan¹⁸⁷ y por

¹⁸³ Cf. Cicerón, pro Quinctio, V. § 21. Antes de intentar la actio, se procedía por la vía de la conciliación; Catón, “De re rustica” c. 144. Tanto en Babilonia como en Grecia se reconoce un modo de proceder semejante.

¹⁸⁴ Fenández de Buján, A: op. cit, p. 344:” En este sentido, se conoció en Roma, por una parte, el arbitraje no formal, derivado de un mero pacto y sin consecuencias jurídicas, el arbitraje derivado de los negocios del ius gentium, y el arbitraje compromisario, el cual supondría el acuerdo de las partes de someter el conflicto al conocimiento de un árbitro, compromissum, cuya decisión se comprometen a acatar y la aceptación por el árbitro de su función, receptum arbitrio”.

¹⁸⁵ Edouad Cuq en “Manuel des Institutions Juridiques des Romains”, París 1928 p. 23, mantenía:” Les rapports entre les associés son restés pendant un certain temps en dehors de la sphère du droit. En cas de contestations entre les parties, ils pouvaient recourir à l’arbitrage d’un homme de bien”. May, Eléments, II, 0.157: ”Il est probable qu’on ne considèrait pas tout d’abord la convention de société comme engendrant un lien d’obligation, mais seulement des rapports d’amitié et de confiance non garantis par le droit”.

¹⁸⁶ Fue una Lex Iulia privatorum, emanada posiblemente por Augusto en el 17 a.C., la que suprimió la libertad de opción entre las legis acciones y el procedimiento formulario e impuso el deber de acudir a éste último, que permaneció vigente durante toda la época clásica.

¹⁸⁷ Esta práctica se pone de manifiesto especialmente en los casos de societas publicanorum.

la naturaleza jurídica y efectos del contrato de sociedad como tal. Los conflictos de intereses que pudieran surgir entre los socios ponen de manifiesto la imperiosa necesidad de otorgar a los socios la facultad de hacer valer sus derechos respectivos, poniendo a su disposición los mecanismos más ágiles posibles en aras de reconocer y hacer efectivas las diversas responsabilidades que se pudieran originar entre ellos y de cara a terceros que indirectamente se relacionen con la sociedad.

Analicemos más detenidamente esta cuestión desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de ciertas sociedades, muy generalizadas en esta época, en concreto, de la *societas omnium bonorum*. Se pueden presentar dos hipótesis. La primera concierne a las sociedades constituídas entre ciudadanos romanos. El procedimiento que los socios podían utilizar para *per iudicis arbitriue postulationem*. Este procedimiento, como han mantenido autores seguidores de la pandectística alemana como Mitteis¹⁸⁸ o Wlassak¹⁸⁹, constituía el eslabón intermedio entre el procedimiento de las *legis actiones* y el procedimiento formulario. Las contiendas y reclamaciones entre los socios se resolvían por la vía del arbitraje oficial en tiempos de las *legis actiones*, antes de la aparición de la *actio pro socio*. El reconocimiento jurídico de las relaciones societarias resulta más que necesario, si se tiene en cuenta el régimen de las sociedades de todos los bienes. La comunicación de bienes que aquéllas entrañaban se extendía no sólo a los bienes presentes, sino también a los bienes futuros. La sociedad se formaba por la aportación efectiva de bienes por parte de los socios: si esto era así, resultaba preciso permitir a cada socio reaccionar en justicia contra el consocio que deja de poner en común los bienes adquiridos después de la conclusión del contrato, reclamando la efectividad de la responsabilidad patrimonial en que el consocio hubiera incurrido por incumplimiento de contrato.

El ejercicio de la acción se sometía primitivamente a las condiciones resultantes de la naturaleza del negocio de sociedad concebido como contrato real. El solo acuerdo de voluntades de las partes para formar una sociedad no bastaba a *socipara* permitir a uno de los contratantes intentar una acción contra el otro. Era preciso que el demandante fuera socio. Tal cualidad de socio era adquirida tan sólo desde el momento mismo de la puesta en común de la aportación previamente prometida por aquél. Partiendo de esta base, es decir, en tiempos del régimen de la sociedad concebida como contrato real, podemos

¹⁸⁸ En *Römanische Privatrecht*, I, p. 44/11.

¹⁸⁹ En *Zeitung S.St.*, 1904, p. 165/3.

concebir la posibilidad de hacer valer otro géneros de sociedades, principalmente aquéllas donde uno de los socios realizaba como aportación un capital y el otro su industria. El procedimiento arbitral se mantiene—si no obligatorio—al menos como habitual y generalizado durante un largo período¹⁹⁰ tras la aparición del procedimiento formulario, y en un momento coincidiendo con él, tiene lugar la creación de una acción especialmente reservada a las relaciones entre los socios, nos referimos a la *actio pro socio*. Precisamente por esta razón, Cicerón¹⁹¹ reprocha a Fannio el haber escogido el procedimiento de la *condictio* en lugar del arbitraje. “Si Roscio ha incurrido en fraude a la sociedad, ¿por qué no le has citado ante un árbitro, siguiendo la acción que persigue el fraude contra uno de los socios?”—“*fraudabat te in societate Roscius; quaecum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris?* Este procedimiento era, decía Cicerón, suficientemente conocido “Y tú Fannio, tú conoces ciertamente la fórmula; eligiendo otro procedimiento, conseguirás la condena por medio de un juez, que no tiene el mismo poder que el de un árbitro”, *formulam non novas, notissima erat; quem par arbitrum circumvenerire non posses, cuius de ea re nullum est arbitrium*. Rechazando el arbitraje, concluye Cicerón, Fannio ha demostrado que Roscio no ha cometido ningún fraude frente a la sociedad, *nam quo tu tempore illa formula uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse indicasti*. Este texto debe ser interpretado de la forma siguiente: Las relaciones de los socios entre sí se fundaban en la amistad y en la buena fe¹⁹². Por ello, toda contienda debía ser tratada como entre amigos, por árbitros o amigables componedores. Dar la espalda a esta modalidad de procedimiento era incompatible con la buena fe. No obstante, ya en esta época las partes ostentaban el derecho de reaccionar mediante la *actio pro socio* ante la jurisdicción ordinaria. El demandante podía recurrir a esta vía, sobre todo cuando el demandado había rechazado el sometimiento al arbitraje privado.

¹⁹⁰ Paulo, lib. 6 ad Sab. Dig. 17.2.38

¹⁹¹ Pro Roscio Comoedo, VIII §§ 24 y 25.

¹⁹² Cf. Pro Quinctio, VI § 26— porque si la amistad es fomentada con la franqueza, la asociación con la buena fe... *etenim si veritate amicitia fide societatis*; (el hombre que ha tratado de despojarse de ella).— *neesse est iste, qui amicum, socium, ad finem fama ac fortunis spoliare conatus est vanum se et perfidiosum et impium esse fateatur*.

Cuando el contrato de sociedad se formaba por medio de stipulatio¹⁹³, e incluso con una cláusula penal contra el socio incumplidor, la acción de que disponían los demás socios era la legis actio per sacramentum.^{194, 195} Este procedimiento, en principio aplicable por virtud de stipulationes, podía comportar excepciones.

En efecto, si en su contrato de sociedad, los socios habían introducido una cláusula penal, los socios sólo podían accionar contra los consocios por medio de una condictio. Por el contrario, en defecto de tal cláusula, los socios disponían, tanto de la legis actio per sacramentum, como de la legis actio per iudicis postulationem. De los fragmentos de Gayo procedentes de los hallazgos habidos en el pasado siglo, se desprende que esta última acción permitía hacer valer los créditos por sumas dinerarias que tenían su fundamento en las stipulationes y la misma podía ser interpuesta, en el caso de que el demandado negara el bien en el que se fundaba la demanda.

En los casos de sociedades formadas entre peregrinii, los socios gozaban de la facultad de pedir al pretor la institución de un árbitro, cuya decisión era sancionada por la autoridad del pretor peregrino¹⁹⁶

6.- ACTIO PRO SOCIO: VÍA DE EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

6.1.- LA ACTIO PRO SOCIO: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

La acción propia de la sociedad, configurada como acción de buena fe, comporta dos notables efectos: 1º La infamia sufrida por el socio condenado a consecuencia del ejercicio de la actio pro socio; 2º la atribución del beneficio de competencia. Se deducen, en efecto, dos consecuencias bien diversas entre sí, una en favor del socio condenado y

¹⁹³ La supervivencia de este procedimiento aún se mantiene en la época clásica. Cf. Paulo, lib.3 Epitomarum Alfeni digestorum, Dig. 17.2.71; C.I.L., III, p. 950, XIII; Bruns nº 171. Girard, mantiene en Textes (6) p.862, que se trataría de una sociedad formada hacia el año 167 d- J.C.

¹⁹⁴ Girard Manuel “Élémentaire de Droit Romain” (8) p. 611; Bekker Die Aktionen des römischen Privatrechts, p. 148; Desserteaux, Cap. Dem. P.216

¹⁹⁵ Parece que esta acción no aparece sino en el último siglo de la República, según afirman autores como Manuel Girard o Levet.

otra, por el contrario, humillante, la cual provoca la infamia. La idea que constituye la base de estos efectos, podría explicarse del modo siguiente. El socio que ha quebrantado la fides respecto a aquéllos con quienes ha contraído una relación de *ius fraternitatis* y que han confiado plenamente en él, se manifestaba incapaz o indigno de la cualidad de socio, pues *sacra est <societas> et quaedam fraternitas fides regni est*¹⁹⁷. Moralmente se encuentra azotado por la infamia, que aleja toda la comunidad entera del sujeto tildado como indigno. Pero, al mismo tiempo, el peso de antiguas relaciones de amistad impide privarle completamente de todos los medios de existencia. Moralmente, se le reprocha su actitud, pero materialmente, se le coloca en una situación más favorable que la de todos los deudores, reclamándole únicamente en la medida de su competencia, *in id quod facere potest*. Ante la duda de cuándo aparece la *actio pro socio* revestida del carácter de acción de buena fe, podemos decir que los dos efectos; es decir, la infamia y el beneficio de competencia, surgen cuando la naturaleza de esta acción se modifica.

Todo ello se deduce del hecho de que la buena fe deviene principio general del conjunto del ordenamiento jurídico romano con una clara vocación expansiva, integrador de toda la materia contractual. Muestra de ello es que Javoleno¹⁹⁸ habla de la buena fe en lo convenido, Trifonino de la buena fe en los contratos¹⁹⁹, Paulo nos dice que en todo nos dice que en todo contrato debe darse la buena fe²⁰⁰, y en una Constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiniano del 290²⁰¹, se indica que debe ponderarse la buena fe en los contratos.

6.2. LA BASE DE LA ACTIO PRO SOCIO.

En los tiempos de existencia del procedimiento formulario, la acción de la que disponían los socios para hacer valer sus derechos era la *actio pro socio*, creada

¹⁹⁶ El edicto se promulgaba *in albo*. El pretor prometía que si se daba las hipótesis que se recogía en su edicto poníamos medios a su alcance para proteger a los particulares. Esos medios eran acciones o excepciones. El edicto se adaptaba a las nuevas necesidades sociales.

¹⁹⁷ Quintiliano, *Declamaciones*, 320. La idea expresada por Quintiliano es bastante anterior al siglo I de nuestra era.

¹⁹⁸ D.19.2.21 (Javolenus, Libro XI, *Epistolarum*): "...bona fides exigit, ut, quod convenit...".

¹⁹⁹ D.16.3.31.pr. (Tryphoninus, Libro IX, *Disputationum*): "... bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat...".

²⁰⁰ D.17.1.59.1 (Paulus, Libro *Responsorum*): "...quum in omni contractu bonamfidem praestare debeat".

²⁰¹ CJ., 4.10.4 (Imp.Diocletianus et Maximianus AA. Liciniae, 290): "bonamfidem in contractibus considerari aequum est".

expresamente para conocer de las relaciones resultantes de la comunidad contractual de bienes originada por la celebración de la sociedad²⁰².

Según las fuentes romanas, el empleo de la *actio pro socio* por vez primera se manifiesta en la hipótesis de sociedad constituida entre el antiguo patrón y el liberto, estando prevista por el Edicto del Pretor Rutilius (118 a.J.C.). Algún sector doctrinal minoritario²⁰³, ha pretendido situar la creación de la *actio pro socio* en el Edicto de Rutilio, frente a aquélla corriente según la cual, la *actio pro socio* ante todo fue creada para sancionar y reforzar la sociedad de publicanos. Para refutar la primera doctrina, basta con referirse al mismo texto del Edicto que menciona la acción como ya existente y no la crea *ex novo* de modo especial para hacer valer tales relaciones societarias. Tampoco es absolutamente exacta la opinión que tiende a probar que la *actio pro socio* surge para el reconocimiento de las relaciones en la *societatis publicanorum*.

La *actio pro socio*, desde el momento de su creación misma y durante la existencia y funcionamiento de la sociedad podía ser esgrimida; ahora bien, su ejercicio en época clásica provocaba *ipso iure* la disolución de la sociedad²⁰⁴. Si bien, Paulo, en lib. 32 ad ed, Dig, 17.2.65 § 15, pone de manifiesto que en época clásica y de manera

²⁰² Cf. Lenel, *Edictum*, p. 611; Bekker Inmanuel, “Die Aktionen des römischen Privatsrechts”, I p. 233; Trumpler en en “Die Gesichte der römischen Gesellschaft Formen” reconocía:” Allein schon aus der Entwicklungsgeschichte der Klage ergibt sich dass sie erst zur Zeit des Formularprozesses auf gekommen sein könne”. Según Cuq, esta acción sólo aparece en el último siglo de la República.

²⁰³ Integrado por autores como Leist en *Der Geschichte der römischen Societas* ó Del Chiaro.

²⁰⁴ Trumpler en “Die Gesichte der römischen Gesellschaft Formen” Berlín 1906, p. 26, mantenía que la *actio pro socio* podía interponerse no sólo *pendente societate*, sino incluso durante el momento de su formación misma; se remite al texto del Edicto del pretor Rutilio que permite ejercitar dicha acción para la formación de la sociedad. Para Demburg, la *actio pro socio* no tenía por objeto la disolución de la sociedad, por lo tanto, podía ser ejercitada mientras durase la sociedad como tal. Tal objeto o aplicación de la *actio pro socio* sólo tendría lugar en época más tardía, porque ursprünglich nehmen die Römer an dass eine *actio pro socio* erst nach Beendigung der Societät zulässig sei; Pernice en *Z.S.St*, 9, p 233 se manifiesta más contundente que Demburg, pues, según él, la *actio pro socio* tenía siempre por fin provocar la disolución de la sociedad: so geht die Klage auf Auseinandersetzung nicht auf Erfüllung; sie heisst *pro socio*, weil immer der “ehemalige socius klagt”. Herausgegeben werden muss was der Socius in den Händen hat; also Theilung der Gesellschaftskasse, nicht Erwingung des Geesellschaftszweckes ist das Ziel der Klage. Resulta admisible la posibilidad de ejercitar la *actio pro socio*, sea durante la existencia de la sociedad o bien en su disolución, pues se podía ejercitar en el caso de que todos faltasen a sus compromisos y en todas las contiendas entre los socios. Siendo su ámbito muy extenso, servía para regular las relaciones personales de los socios mientras dure la sociedad; pero sobre todo en el momento de su disolución.

excepcional cabría el ejercicio de la *actio pro socio* dentro del contexto de la *societas publicanorum* durante la existencia y funcionamiento de la sociedad misma, sin provocarse automáticamente su disolución.

En consecuencia, y frente a las dos opiniones doctrinales antes expuestas, parece más acertado y más acorde con la realidad jurídica del momento, afirmar que la primera formulación de la *actio pro socio* tenía como fin la sanción y el reconocimiento de la sociedad de todos los bienes, propiciando la efectividad de la responsabilidad societaria que mantuviera el equilibrio de las relaciones contractuales internas, ante una eventual disfunción interna, *manente societate*.

Sin salirnos del contexto societario, pero yendo más allá de la relación estrictamente contractual, y refiriéndonos a la responsabilidad extracontractual sola o acumulable a la contractual, mantiene el profesor Eugenio D'Ors²⁰⁵, que dicha responsabilidad es exigible, como en otras acciones de buena fe, no sólo por los daños surgidos de actos dolosos, sino también de aquéllos casos en los que no se haya empleado la debida diligencia respecto a los bienes integrados en el fondo social por voluntad de los partícipes (*culpa*)²⁰⁶.

Del contrato de sociedad, por naturaleza, se originan aparte de la *actio communi dividendo* con una vocación eventualmente divisoria de las copropiedades de bienes societarios aportados, la *actio pro socio*, como sabemos; la cual tiene como fin último la liquidación de las deudas pendientes entre dos socios por gestiones relativas a la llevanza de la sociedad²⁰⁷.

La base del ejercicio de la *actio pro socio* radicaba en la comunidad de bienes resultante de un contrato de sociedad. Esta comunidad de bienes constituía el capital social. El objetivo principal de la *actio pro socio* consistía en disciplinar las relaciones

²⁰⁵ D'Ors E.: "Derecho Privado Romano" 10ª ed. pág. 574.

²⁰⁶ D.17.2.36; D.17.52.2; D.17.65.9, entre otros.

²⁰⁷ Lenel, E.P. p.297, reconstruye así la fórmula: "Quod As. As. cum No. No. Societatem omnium bonorum coit, que de re agitur, quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet ex fide bona, dumtaxat Ns.Ns. facere potest, eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. Condemnato.S.n.p.a.". La acción era infamante por dolo, pero con beneficio de competencia. No se da nunca como acción para liquidar la sociedad entera, sino para liquidar la sociedad entera, sino para liquidar las deudas entre dos socios, pero su ejercicio extingue la sociedad (al menos en época clásica y a salvo supuestos excepcionales como en las *societas publicanorum*), como también el ejercicio de la *actio furti* de un socio contra otro.—La fórmula que reconstruye Lenel es la de la *societas omnium bonorum*; en caso de sociedad de negocio determinado, la *demonstratio* debía de referirse a ella.

entre los sujetos participantes, involucrados en una comunidad de bienes durante la vida de la sociedad. Evidentemente, se podía deshacer dicha comunidad poniendo en marcha la *actio communi dividendo*.

Primitivamente, el reconocimiento y sanción de la sociedad no procedía del contrato de sociedad en sí mismo considerado, ni tampoco del acuerdo entre las partes; sino que resultaba de la comunidad efectiva de bienes formada en virtud de un “contrato de sociedad”.

Ello explica cómo, incluso en tiempos posteriores, esta acción surgía del elemento fáctico integrado por las relaciones subjetivas resultantes de la comunidad contractual que se había originado, ítem, *si in communem riuum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum scripsit Cassius*²⁰⁸.

La razón de ser de la *actio pro socio* consistía en atender las pretensiones personales de los socios entre sí, lo cual incluiría lograr la efectividad de las responsabilidades internas que entre ellos se pudieran originar por disfunciones en el funcionamiento de la sociedad; pues el objetivo de partir y distribuir los bienes comunes, se cumplía mediante una *actio* distinta, la *actio communi dividendo*, que servía, *communi dividendo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem*²⁰⁹.

Además es lógico pensar que no sólo es preciso recabar un reconocimiento jurídico o sanción durante la disolución de una sociedad y división de los bienes comunes; asimismo resulta imprescindible para la resolución de cuentas pendientes durante la vida de la sociedad, durante el funcionamiento de la llamada “comunidad de origen contractual societario”, pues no toda contienda surgida entre los socios lleva necesariamente a la disolución de la sociedad con partición y distribución de los bienes comunes aportados al fondo social.

²⁰⁸ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 12. E incluso Paulo, lib. 6 ad Sabinum, Dig. 10.3.19 § 2, *si per eundem locum via nobis debeat et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividendo vel pro socio agi posse*.

²⁰⁹ Paulo, lib. 23 ad ed. Dig. 10.3.1. Así se explican los diferentes regimenes a los que los romanos sometían las comunidades contractuales y no contractuales. — Cf. Ulpiano, lib. 2 ad ed., Dig. 17.2.32; Inst.3.27 § 3; Gayo, lib. 7 ad ed. Prov. Dig. 10.3.2; Paulo, lib. 13 a ed. Dig. 10.2.25 § 16, Ulpiano, lib. 29 ad Sab. Dig. 50.17. 23, (*societas et rerum communio*).

La *actio pro socio*, nacida de la comunidad de bienes de origen contractual²¹⁰, conservará su carácter primitivo, incluso en época ulterior en la que será ejercitada por razón de la simple convención sin más. Así pues, nos encontramos aún en época clásica e incluso en el derecho justiniano, casos donde la *actio pro socio* podía ejercerse para resolver las pretensiones personales resultantes de la comunidad de bienes²¹¹. La aplicación de la *actio pro socio*, en los casos señalados, no tenía carácter subsidiario; es decir, no se utilizaban en defecto de la procedencia de otras acciones; todo lo contrario, era escogida por razón del carácter societario con el que se hallaba revestida. En efecto, las partes podían ejercitar, al menos en época clásica, la *actio communi dividendo utilis* para la determinación de las prestaciones personales mientras dure la comunidad, pues esta acción, dentro de su fórmula, no implicaba la cláusula relativa a la partición²¹². En contraste, en la época en la que el contrato de sociedad de todos los bienes era un contrato real, sólo la *actio pro socio* estaba a disposición de los socios para atender sus pretensiones personales, principalmente para obligar al socio reticente a poner en común todas las adquisiciones posteriores a la constitución de la sociedad. Se ponía en funcionamiento principalmente para efectuar tales prestaciones durante la vida de la sociedad; más adelante, podía ser utilizada para las mismas prestaciones manente societate, en todo caso, cualquiera que fuera su forma, *si tecum societas mihi sit, dice Paulo*²¹³, *et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero, quosue fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio... me consecuturum, car, pro socio actio magis ad personales invicem praestaciones pertinet, quam ad communem rerum divisionem*²¹⁴.

²¹⁰ Con frecuencia, al miembro de una comunidad se le designaba con el apelativo de socio: Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Dig. 10.3.3; Pomponio, lib., 13 ad Sab. Dig. 10.3.20; Paulo, lib. 22 ad ed. Dig. 9.4.10.

²¹¹ Juliano, lib. 12 Digestorum Dig. 10.3.25; Paulo, lib. ad ed. Dig. 4.9.6 § 1; Gayo, lib. 9 ad ed. prov. Dig. 15.1.27 § 8; Ulpiano, lib.28 ad ed. Dig. 14.3.13 § 2; Paulo, lib. 4 ad Plautium, Dig. 14.3.14. Cf. Ídem lib. 19, ad ed. Dig. 9.3.4.

²¹² Cf. Africano, lib. 7 quaestionum, Dig. 10.3.9; Palingenesia, I, n° 69 — *sed postquam socius servi communis nomine de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium res peculiare intercidant, nihilo minus “utile erit iudicium communi dividendo ad recipendam partem pecuniae”*.

²¹³ Lib. 6 ad Sab. Dig. 17.2.38 § 1.

²¹⁴ Paulo, lib. 23 ad ed. Dig. 10.3.1.

6.3.- EL EJERCICIO DE LA ACTIO PRO SOCIO, EN LOS TIEMPOS EN LOS QUE EL CONTRATO DE SOCIEDAD ERA UN CONTRATO CONSENSUAL.

La actio pro socio se transformó desde el mismo instante en el que pudo ejercitarse simplemente por razón del consentimiento; es decir, desde que la sociedad se convierte en contrato consensual.

La actio pro socio, cuya primitiva fuente radicaba en la comunidad de bienes de origen contractual existente entre los socios, pasa por tres diferentes etapas.

Originariamente, era una acción nacida exclusivamente de la relación comunitaria. Su base era la existencia de una comunidad contractual entre las partes²¹⁵. La acción sólo derivaba de la comunidad de bienes aportados por los socios o al menos por el socio capitalista. Este régimen existía en el tiempo en el que la sociedad era un contrato real. Servía para hacer valer un contrato que se proponía como fin inmediato la formación de la comunidad social. En esta época, el contrato de sociedad adquiere carta de naturaleza, en tanto la comunidad de bienes formada por las aportaciones de los socios sea efectiva.

La puesta en común de los bienes por parte de los socios, conservaría su valor en la segunda etapa evolutiva, en la cual los socios estarían legitimados para poner en marcha la actio pro socio sólo por razón de la propia existencia del intercambio de voluntades en sí mismo considerado; sencillamente por la convención, la cual tiende al mantenimiento de la comunidad de los bienes sociales²¹⁶. Se ejercía, bien para lograr la puesta en comunidad de todos los bienes, o de ciertos bienes tan sólo, o para hacer efectiva la responsabilidad ante el incumplimiento o daño causado por alguno de los

²¹⁵ Pro socio agere, quiere decir actuar en justicia en calidad de parte de una comunidad contractual, en concreto, como copropietario en virtud de un contrato de sociedad. La actio pro socio, en su primitiva forma de ejercicio, era en menor medida la actio del contrato de sociedad, que la actio que salvaguardaba la comunidad contractual. Servía para ordenar las relaciones de los socios, para hacer efectivas las responsabilidades originadas entre ellos mientras duraba la sociedad. Si no fuera así, resultaría imposible explicar cómo esta acción ha podido concederse al propietario de un río, Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 12; de un camino, Paulo, lib.6 ad Sab. Dig. 10.3.19 § 2, etc...

²¹⁶ Lenel EP.p 297, reconstruye así la fórmula: "Quod As. As. Cum No. No. Societatem omnium bonorum coiit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet ex fide bona, dumtaxat Ns. Ns. Facere potest, eius index Nm. Nm. Ao. Ao. Condemnato S.n.p.a".

La fórmula que reconstruye Lenel es la de la societas omnium bonorum; en caso de sociedad de negocio determinado, la demonstratio debía referirse a ella.

socios, obtenido la correcta ejecución de las prestaciones personales resultantes de la comunidad de bienes²¹⁷.

Finalmente, en su última etapa evolutiva, que debía ser la etapa definitiva, deviene una acción contractual societaria. En este último período, el ejercicio de la *actio pro socio* se supedita en modo alguno a la efectiva puesta en común de bienes por los contratantes; es decir, no está condicionado a la existencia de una comunidad efectiva y real. Surge de la misma concurrencia del consentimiento de las partes de formar una sociedad.

En este último período, el ejercicio de la *actio pro socio* en ningún modo se halla supeditado a la efectiva puesta en común de bienes por parte de los contratantes; o sea, por la existencia de una previa comunidad ya formada como tal. El origen desencadenante de la *actio* se espiritualiza, dando pleno reconocimiento al consentimiento societario en sí. La acción surge del consentimiento de las partes de formar una sociedad. Se trata por tanto, de una acción general otorgada para sancionar y hacer valer todas las relaciones societarias²¹⁸, incluso allí donde ni siquiera la comunidad de bienes ha entrado en juego.

Según sostiene Juan Heinecio²¹⁹, esta acción nace del propio contrato. Se llama “de sociedad”, porque de un contrato nominado- según sostiene dicho autor- debe resultar una acción del mismo nombre. Es por ambas partes directa, por cuanto el socio se obliga al socio desde el principio y por la misma naturaleza del contrato, y porque se da a un socio contra el otro todo aquello que uno debe al otro por este contrato.

La *actio pro socio*, desde el momento de su creación, estaba reservada a las comunidades contractuales; no podía ser esgrimida con ocasión de la pura indivisión de bienes existente entre las partes. La noción de sociedad, aun cuando estuviera casi embebida, al menos en la época preclásica, con la de la comunidad, siempre subraya la trascendencia del contrato. Al respecto, Cicerón se expresa en los términos siguientes: “*socii putandi sunt quos inter res communicata est*”²²⁰. En la época clásica, el ejercicio de

²¹⁷ La Jurisprudencia clásica permite que a la acción de hurto se pueda acumular la *actio pro socio* en función reipersecutoria, en lugar de la *conditio*.

²¹⁸ Lo que en sí entraña una fuerte garantía de poder hacerse efectiva la responsabilidad frente a los demás consocios por daños derivados por haber dado la espalda al contenido del contrato en sí mismo considerado

²¹⁹ “Recitaciones del Derecho Civil Romano”. Trad. Ed. 8ª (1888).

²²⁰ In Verr., II, 3, 2, 50. Deben tener la consideración de socios, aquéllos entre los cuales los bienes son comunes, en virtud de un contrato. La comunidad de bienes entre los socios constituye el elemento esencial de la relación jurídica.

la actio pro socio, en principio aparecía limitado a las “sociedades expresas”, para cuya formación era imprescindible una affectio societatis, nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, sine tractatu, in re ipsa et negotio communiter gestum videtur²²¹. Sólo será concedida, *en principio*, a un socio contra otro. Y subrayo el empleo de la expresión *en principio*, porque la actio pro socio ha conservado durante toda su trayectoria el carácter primitivo de actio de comunidad contractual, y a partir de época justiniana, podrá incluso ser empleada allí donde una comunidad contractual exista, sin que ninguna sociedad expresa siquiera haya intervenido. Ulpiano nos transmite la opinión de Cassio, que escribía: “Si in comunem riuum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum²²². Atribuye la posibilidad de ejercer esta acción allí donde una relación de comunidad-de origen contractual- exista, y sin que forzosamente tal comunidad de haya concebido en aras de constituir una sociedad en el sentido propio del término; es decir, en aras de ejercer una actividad común y de compartir las ganancias conseguidas. De ningún modo, ésta es una opinión aislada, ítem Mela scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi cratitium parietem inter se aedificarent ad onera utriusque sustineda deinde aedificatio pariete alter in eum immitti non patiat, pro socio agendum. Idemque et si aream in commune emerint, ne luminibus suis officeretur, et alteri tradita sit, nec praestet alteri quod convenit, pro socio actionem esse²²³. Pomponio compartía la misma opinión, nos dice Paulo, autorizando el ejercicio de la actio pro socio en un caso que verdaderamente podía suscitar ciertas reservas, a pesar de la amplitud de su aplicación. Él se refiere al siguiente caso: si per eundem locum via nobis debeat et in eam impensa facta sit, durius, ait Pomponius, communi dividendo vel pro socio agi posse²²⁴. Por amplio que sea el impacto de la actio pro socio dentro del régimen de la comunidad, y por ende su efectividad en las relaciones internas de los partícipes para exigir las responsabilidades que se pudieran originar, dicha acción nunca se daría por la existencia sin más de una simple situación jurídica de indivisión que no descansa en un contrato, ut si pro socio societatem intercedere oportet; nec enim sufficit

²²¹ Ulpiano, lib. ad ed. Dig., 17.2.32; Palingenesia, II, p. 625, ídem, lib. 30 ad Sab., ut si pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit, rem esse communem.

²²² Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 12.

²²³ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 13.

²²⁴ Dig. 10.3.19 § 2; ver también Juliano, lib.8, digestorum, Dig. 10.3.25; Paulo, lib. 22 ad ed. Dig. 4.9.6 § 1; Paulo, lib. 4 ad Plautium, Dig. 13.3.14; Ulpiano, lib. 28 ad ed. Dig. 14.3.13 § 2.

rem esse communem, nisi societas intercedit²²⁵, decía Ulpiano. Dicho autor prioriza el concepto contractual de sociedad, desplazando a un segundo plano la noción de comunidad de bienes strictu sensu.

En cualquier caso, cabe remarcar que Ulpiano sitúa como categorías diversas la comunidad fundada en un contrato de sociedad, las comunidades de bienes formadas a raíz de un legado, de una compra en común, de un testamento o de una donación: “Communiter autem res agi potest etiam cifra societatem: (ut) puta non affectione societatis indimus in communionem, ut evenit in re duobus legata; ítem si a duobus simul empta res sit; aut hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri”. La doctrina doctrina ulpianiana, en cierta medida, puede resultar equívoca.

Un razonamiento silogístico que no ofrece discusión y es mantenido por el conjunto de jurisconsultos clásicos, es aquél según el cual toda comunidad de bienes que no esté basada en un contrato entre las partes, no es una comunidad contractual, y en consecuencia, la actio pro socio no se puede ejercitar por los interesados en la misma. Si bien, esta doctrina, casi evidente, plantea el siguiente interrogante: ¿Es suficiente, en todo caso, para ejercitar la actio pro socio, la existencia de una comunidad de origen contractual? En sentido positivo se pronuncian Mela, Juliano, Gayo, Papiniano e incluso el propio Ulpiano (lib. 28 ad ed.)²²⁶. Si bien, en el lib. 2 ad ed.²²⁷, exige para poder ejercitar la actio pro socio, además de una comunidad de base contractual, la presencia de una affectio societatis, -nam cum tractatu habito societas coita est, cum sine tractatu, in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur. La misma opinión se desprende de lib. 30 ad Sabinum, - ut si pro socio actio, societatem intercederé oportet, nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedet. Para enfatizar este planteamiento, sitúa en el mismo plano la comunidad formada a partir de un contrato como el de compraventa en proindiviso, ítem si a duobus simul empta res sit, donde no ha lugar a la actio pro socio. A pesar de todo y dejando a un lado los pasajes citados, tendemos a decantarnos por la tesis de que Ulpiano también se adhiere a la doctrina mayoritaria y llega a considerar bastante la concurrencia de una comunidad contractual para el ejercicio²²⁸ de la actio pro socio, siempre y cuando se parta de la base de que el vocablo societas es equivalente a la noción

²²⁵ Lib. 30 ad Sab. Dig. 17.2.31.

²²⁶ Dig. 14.3.13 § 2.

²²⁷ Dig. 17.2.32.

de comunidad. Así, Ulpiano sostiene: “Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est cum sine tractatu...”. Atendiendo a dicho texto, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿es posible formar una sociedad sin contrato? De ninguna manera; en cambio, una comunidad sí que puede existir sin contrato. Se trataría de una comunidad contractual, como categoría doctrinal frontalmente opuesta a la de comunidad no contractual. Este parecer encuentra apoyo en Gayo, quien lo confirma expresamente diciendo: “Cum societate res communis est, [veluti] inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est [veluti] inter eos, quibus eadem res testamento legata est²²⁹”.

Allí donde la comunidad es contractual, existe una presunción de sociedad y la actio pro socio podía ser ejercitada. Por el contrario, si por hipótesis la base de la comunidad era un hecho producido por la voluntad de los partícipes, como por ejemplo en caso de herencia, quoniam cum herede con contractimus, sed incidimus in eum, no habría legitimación para el ejercicio de la actio pro socio por falta de una comunidad contractual.

Las Instituciones de Justiniano son mucho más precisas en lo concerniente a este punto. En efecto, Justiniano admite que una comunidad se forme sin contrato (y sin reconocimiento de sociedad), cuando los bienes devienen comunes por consecuencia de un legado o de una donación. No menciona el caso de una compra común de una cosa por varias personas, ítem si inter aliquos communis res sine societate, y explica “sine societate” veluti quod pariter eis legata donatave esset²³⁰.

Recordemos que, según Quinto Mucio Scaevola, la sociedad figura entre los grupos comunitarios, lo cual obedece a la concepción que mantiene que las primeras sociedades eran, en realidad, comunidades de todos los bienes.

6.4.- LA ACTIO PRO SOCIO COMO ACCIÓN DE BUENA FE: SU RAZÓN DE SER

Tal calificación comporta, como más arriba hemos apuntado, la siguiente paradoja para el socio atacado por medio de ella; por una parte, el beneficium competentiae se pone al alcance del condenado, si bien por el contrario, ha de sufrir la humillación de la

²²⁸ Los cuales se revestirían del carácter de excepción a la regla general o a la tónica doctrinal general.

²²⁹ Gayo, lib. 7 ad ed. prov. Dig. 10.3.2; Palingenesia, I, nº 196 (E.81); ídem ad ed. prov., lib. X, Dig. 17.2.34. Palingenesia, I, nº 235. Cf. Juliano, Digesto, lib. 14, Palingenesia, I, nº 234. Dig. 17.2.52 § 4.

infamia. La base de tales consecuencias dispares, una positiva y otra negativa, se puede explicar del modo siguiente: El socio que ha quebrado la fides respecto a los demás partícipes en la sociedad (incurriendo, asimismo, en responsabilidad para con ellos), a los que se halla ligado por un ius fraternitatis por haberle depositado su confianza, se mostraba culpable o indigno de la cualidad de socio, pues sacra est <societas>et quaedam fraternitas fides regni est²³¹. Por tanto, moralmente recibía el mazazo de la infamia, que preservaba la comunidad entera de ese sujeto indigno. Pero al mismo tiempo, y la huella de los viejos lazos de amistad con los otros, no permite que se le prive enteramente de sus medios de subsistencia. Moralmente, se le da la espalda al culpable, pero materialmente, se le coloca en una posición más favorable que la que corresponde a los demás deudores, no constriñéndole económicamente más que en la medida de su competencia, in id quod facere potest. Pero, ¿en qué medida este desdoblamiento de consecuencias va a repercutir en la efectividad de la responsabilidad del socio incumplidor para con los demás consocios? ¿Se precisan, pues, en las relaciones societarias adoptar garantías adicionales de tal responsabilidad? Y si es así, ¿cuál debería ser la naturaleza y características de las mismas?

En un primer afán de encontrar respuesta a tales interrogantes, se debe averiguar en qué época aparece la actio pro socio con su carácter de acción de buena fe, pues tenemos la sospecha de que los dos efectos, la infamia y el beneficio de competencia, se ponen de manifiesto como productos de la misma, no desde sus primitivas apariciones en el contexto jurídico societario, sino más bien desde el preciso momento en el que se modifica su naturaleza jurídica, como vamos a ver.

A pesar de todo, es lícito creer que la actio pro socio se consagra como acción de buena fe desde la creación de este género de acciones, y, por tanto, al mismo tiempo que la actio fiduciae, la actio mandati y la actio tutelae²³².

²³⁰ Justiniano, Inst. 3.27 § 3.

²³¹ Quintiliano, Declamationes, 320. La idea expresada por Quintiliano es anterior al primer siglo de nuestra era.

²³² Hace su aparición hacia finales del siglo II y principios del siglo I a. J.C. Mucio Scaevola decía que la cláusula de buena fe atribuía fuerza de ley a las sentencias arbitrales. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, suman vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur, ex fide bona. Se convirtió en cláusula de estilo en todas las acciones civiles, tutelas, sociedades, fiducias, mandatos, compras, ventas, arrendamientos, fidei que bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, “societatibus” fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis... (Cicerón, de officiis, 3.17 §70).

La Lex Iulia municipalis²³³ limitaba las acciones de buena fe a las cuatro acciones, actio fiduciae, pro socio, tutelae, y mandati.

Gayo²³⁴ añade a las mencionadas acciones la actio depositii; sin embargo, no menciona la actio fiduciae. Justiniano omite igualmente la actio fiduciae, tanto en sus Instituciones²³⁵ como en el fragmento del Edictum Perpetuum, que se ha recopilado en el Digesto²³⁶.

Como la actio pro socio era esgrimida contra aquél que rompía la fides, es lógico admitir que desde el momento mismo en que se considera como acción de buena fe, no podía ir dirigida más que a la disolución de la sociedad. Karlowa²³⁷ admite la alternativa de que o bien la actio pro socio no podía ejercitarse sin entrañar la disolución de la sociedad, o bien que tal acción no podía ser ejercida más que después de disuelta la sociedad, con el propósito de esclarecer las responsabilidades internas pendientes entre los socios, surgidas como consecuencia del funcionamiento de la sociedad; o sea, en una fase anterior de la sociedad. Sin embargo, dicho autor sostiene tal tesis, circunscribiéndola únicamente al período del comienzo mismo del procedimiento formulario. Otros autores, como Édouard Cuq²³⁸, se pronuncian en el mismo sentido. El sólo hecho de recurrir a la actio pro socio manifiesta la voluntad de un socio de no querer más estar en sociedad.

²³³ Línea 112, que iudicio fiduciae, "pro socio", tutelae, mandati... Cf. Cicerón, de officiis, 3.17.70.

²³⁴ Inst. IV § 182, quibusdam iudicis damnati, ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum iniuriarum, ítem "pro socio", tutelae, mandati, depositii.

²³⁵ Justiniano, Inst. 4, 16 § 2: ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti, furti, vi bonorum raptorum iniuriarum, de dolo, ítem tutelae, mandati, depositii directis, non contrariis actionibus, ítem pro socio, quae ab utraque parte directa est et ob id quilibet ex sociis ex iudicio damnatus ignominia notatur.

²³⁶ De his qui notantur infamia, Juliano, lib.1 ad Edictum, Dig. 3.2.1, praetoris verba dicunt: infamia notatur qui ab, exercitu., qui pro socio tutelae, mandati, depositi, suo nomine non contrario iudicio damnatus erit.

²³⁷ Römische Rechtsgesichte II p. 659-600: "Der Hauptzweck der actio pro socio war also und ist auch nach klassischem Recht die divisio societatis, die Auseinandersetzung unter den Genossen. Es kann aber auch während Bestehens der Societät mit actio pro socio auf einzelne Leistungen wie Zahlung geschuldeten Beiträge, geklagt werden. Wahrscheinlich wurde dann durch eine praescriptio den nachteiligen Folgen des prozessualischen Konsumption vor gebeugt.

²³⁸ Cuq, E. op. cit. p. 499/5: "L'actio pro socio ne pouvait en principe être exercée que lorsque le but de la société était atteint, après de la dissolution de la société".

La tesis de que la *actio pro socio* podía ser ejercitada *manente societate*²³⁹ sin provocar la disolución de la sociedad, podía encontrar apoyo en el texto de Paulo, que se expresa así:” *nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est*²⁴⁰ “... Este texto parece confirmar la opinión excepcional, aplicable principalmente de la *societas publicanorum* y quizás de otras hipótesis de las que no tenemos conocimiento. Esto está perfectamente justificado porque en la mencionada *societas publicanorum*, ni la muerte de un socio, ni la renuncia, que son las causas más frecuentes de la disolución de la sociedad ordinaria, ni incluso el ejercicio de la *actio pro socio*, ni la condena de uno de los socios provocaba necesariamente su disolución. Tal consecuencia es justa, pues tal sociedad tiene deberes para con el Estado y no puede quebrantar sus obligaciones ni siquiera en el caso de dolo cometido por uno de los miembros de la sociedad dentro de los negocios sociales.

Quizá resulte dudoso admitir que podía ejercitarse la acción *manente societate*, aun cuando su finalidad consiste en asegurar el reconocimiento de los derechos y relaciones personales nacidas de la comunidad y durante la existencia de la comunidad. Si bien, desde un punto de vista pragmático, es evidente que como normal general se aplicaba en el momento de disolución de la sociedad.

Consideramos que la *actio pro socio*, desde el momento que se consideraba acción de buena fe, fundada en la idea de que el socio demandado había actuado contra *fidem* y llevando aparejada la infamia, sólo podía ponerse en funcionamiento acarreado como consecuencia la disolución de la sociedad²⁴¹. Ulpiano enumera entre las causas de

²³⁹ Juan Heinecio, por su parte, mantiene una opinión particular en su obra “Recitaciones del Derecho Civil Romano”, trad. Valencia 1888, p. 124 in fine: “¿Y se dará también después de concluida la sociedad para la repartición de los bienes? No por cierto, porque para esto hay la acción de dividir lo común”.

²⁴⁰ Paulo, lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.65 § 15. Cf. Paulo, lib. 62 ad ed. Dig. 17.2.52 § 3 y 4. Pomponio, lib. 12 ad Sab. Dig. 17.2.59.

²⁴¹ Pernice, Parerga, IX, 232-233; so geht Auseinandersetzung, nicht auf Erfüllung; also Teilung der Gesellschaftskasse, nicht Erzwingung des Gesellschaftsweckes ist das Ziel der Klage; im allgemeinen dient die *pro socio actio* dazu die persönliche Verpflichtungen der Gesellschafter unter einander auszugleichen und war darauf angelegt nach Auflösung der Gesellschaft angestellt zu werden. Podríamos incluso preguntarnos si, históricamente, esta concepción se explicaría por el efecto extintivo de la relación precedente tras la *Litis contestatio*. En tal sentido, puede verse Meylan: “L’origine de l’effet extinctif de la *Litis contestatio*”, en *Melanges Cornil*, II p. 81-110.

disolución de la sociedad, el ejercicio de la *actio pro socio*. Del mismo modo, Paulo²⁴² dispone: “*actione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis*”.

La hipótesis prevista por Paulo (Dig. 17.2.65 § 15) es un supuesto excepcional y sólo resulta aplicable a la *societas publicanorum* que goza de personalidad jurídica, donde las reglas generales de disolución se prestan a numerosas excepciones; aquéllas que se explican por razón del fin de esta clase de sociedad, pues el socio en la sociedad de publicanos, ejerciendo la *actio pro socio*, puede tener interés en no disolver la sociedad. Jurídicamente, no se puede ejercer la *actio pro socio* sin ocasionar la disolución de la sociedad, pues el socio podía pedir la inserción de una *praescriptio* dentro de la fórmula, que tenía por resultado de eludir los efectos normales de la *litis contestatio*. Esto explica el fin de la creación de la fórmula, *ea res agatur ut referatur in médium, quod ex illo contracta ad alterum pervenerit*²⁴³. Asimismo, en la sociedad ordinaria el socio tendría a su disposición la *actio communi dividendo utilis*, a fin de obligar a otro socio a poner en común las ganancias obtenidas durante el funcionamiento de la sociedad.

Por otra parte, se echa de menos el que los compiladores justinianos no hayan puesto en evidencia el hecho de que la acción en materia de *societas* es siempre *directa*²⁴⁴.

6. 5.- LA ACTIO PRO SOCIO, ¿DESDE SU ORIGEN SE REVESTÍA DEL CARÁCTER DE ACTIO INFAMANTE?

Claramente la respuesta negativa parece resultar de la naturaleza jurídica y del efecto de esta acción desde su nacimiento. Tal efecto se relaciona con la aparición de la *actio pro socio*, como acción de buena fe.

²⁴² Lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.5.

²⁴³ En el mismo sentido se pronuncia Pomponio en lib. 12 ad Sab. Dig. 17.2.59, §1, *ex medio non est laturus*; ídem, lib. 13 ad Sab. Dig. 17.2.60, §1; *veniret in médium*, la expresión *médium* es equivalente a caja común.

²⁴⁴ I. 4.16.2: *Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.*

Asimismo, tal consecuencia calificativa al condenado, no surge ex novo, responde a una larga trayectoria histórica de la que repercute en la misma²⁴⁵, y siendo de aplicación a todos los tipos de sociedades, resultaba más particularmente más señalado en el supuesto de la sociedad de todos los bienes entre hermanos.

Tal efecto podía estar de acuerdo con la naturaleza de la actio pro socio en la época del procedimiento formulario y con su carácter de acción de buena fe; pero de ningún modo podía conciliarse con la primitiva concepción de dicha acción.

La actio pro socio se daba antiguamente durante la vida de la sociedad²⁴⁶ y su ejercicio no tenía ni por causa ni por efecto la disolución de la sociedad; se abstraía completamente de tal consecuencia. ¿Cómo, entonces, se podía concebir esta idea de que el socio condenado a la infamia estaría relación recíproca de ius fraternalis con aquél otro que la ha propiciado? Que más tarde la actio pro socio esencialmente se convirtiera en una acción de disolución de la sociedad, en nada se opone al efecto infamante de esta acción respecto al socio condenado. En la época clásica, el socio llega a disponer, para exigir las prestaciones del otro socio incumplidor, durante el funcionamiento de la sociedad, de la actio communi dividendo utilis, que se ejercía únicamente para alcanzar este fin²⁴⁷. No obstante, numerosos autores, entre los que figuran Pernice²⁴⁸, Karlowa²⁴⁹, consideran que la actio pro socio era desde su origen una acción infamante. Se fundan en el criterio mantenido por Cicerón²⁵⁰, para quien la ruptura de la fides que el socio debe a sus consocios, le expone al sufrimiento de la infamia. Ahora bien, Cicerón expresa una opinión válida en su época, donde la actio pro socio era una acción de buena fe, que ya provocaba el efecto infamante para aquél que era condenado a raíz de su ejercicio. Si bien, en cualquier caso, nada permite verificar que la actio pro socio que, según ciertos

²⁴⁵ Incluso en el derecho babilónico se castigaba con una clase de infamia al socio incumplidor que con su conducta defraudaba a sus consocios.

²⁴⁶ Mackeldey Ferdinand, *Manuel de Droit Romain contenant la theorie des Institution*, Bruxelles (1837) p. 234: "L'action dirigée en execution de toutes ces obligations, que chaque associé peut intenté contre l'autre et qui est toujours une action directe"...

²⁴⁷ Cf. Lenel, *Edictum*, p. 165.

²⁴⁸ Parerga enZ. S. St. 3, p. 94.

²⁴⁹ *Römische Rechtsgichte*, p. 655.

²⁵⁰ *Pro Roscio Amerino*, 40, 116,—in rebus minoribus socium fallere turpissimum est... Recte igitur maiores eum qui socium fefelisse in virorum bonorum numero non putarunt haberi oporteri. Cf. *Pro Roscio Comoedo*, 6, 16.

romanistas fue otorgada por vez primera por Rutilus, ya era en esa época una acción infamante.

Hallamos, en efecto, dos contradicciones en este razonamiento. En primer lugar, aceptando la hipótesis de que la *actio pro socio* sólo se ejercía en sus comienzos en las relaciones entre antiguo amo y liberto, era entonces imposible admitir que tenía un efecto infamante. El antiguo amo ejercía esta acción para obligar al liberto a recibirlo en sociedad. Siendo esto así, si el efecto de su ejercicio era la infamia del liberto, ¿cómo se podía conciliar este principio con la idea de que *sacra res est (societas) et quaedam fraternitas*?²⁵¹ La segunda contradicción se pone de manifiesto, si se compara el fin por el cual Rutilus concedió la *actio pro socio* en favor del amo, y el efecto que se le atribuye a dicha acción²⁵²; lugar de constituirse la sociedad, aceptando tal hipótesis, se llegaría a la disolución de una sociedad que jamás había sido formada.

Resulta más exacto—y esta conclusión parece más conforme a la finalidad de dicha acción—considerar que el efecto infamante no data de la época en la que la *actio pro socio* deviene acción de buena fe. El efecto infamante de esta acción no se señala por primera vez sino en la *Lex Iulia municipalis* (hacia el año 57 a.c. J.C.) capítulo 8 y por Cicerón²⁵³. Más tarde, se admitió la infamia sin lugar a duda como efecto normal de la condena a consecuencia del ejercicio exitoso de la *actio pro socio*²⁵⁴.

Cicerón llama a la *actio pro socio* “*actio contra fidem*”. La base de su ejercicio, en aras de lograr la efectividad de la responsabilidad de socio frente a los demás, era la falta de ejecución de una obligación contractual, incluso cuasi contractual, si no de manera culposa, al menos dolosamente. Cicerón se inclina hacia un acercamiento de la *actio pro socio* y de la *actio furti*²⁵⁵. En la *lex Iulia municipalis*, la *actio pro socio* se sitúa entre la *actio furti*²⁵⁶ y las acciones *iniuriarum*.

²⁵¹ Quintiliano, *Decl.* 320. Cf. Ulpiano, *lib.* 31 ad ed, *Dig.*, 17.2.63.

²⁵² Karlowa, *R.R.II* p. 658-659. Es indudable el que la *actio pro socio* no se haya podido plantear—incluso en tiempos de la República—durante la existencia de la sociedad.

²⁵³ *Pro Roscio Amerino*, 13, 38, 14, 39; *Pro Roscio Comoedo*, 6, 16; *Pro Caecina* 2, 67.

²⁵⁴ Juliano, *lib.* 1 ad ed. *Dig.* 3.2.1.; Justiniano *Inst.* 4.16.2, *pro socio*, *quae ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur.* *Code* 2.12.22, *imper. Diocl. Y Maxim. A.A. y C.C. Domitiano.*

²⁵⁵ *Pro Roscio Amerino*, 38, 111; *Pro Roscio Comoedo*, 9, 25 y 26.

²⁵⁶ Dicha acción es ejercitable, principalmente contra de quien administraba los bienes societarios, y por ella se compelia a rendir cuentas al socio o socios que hayan administrado los fondos y bienes integrantes del fondo común.

De acuerdo con su naturaleza jurídica, la *actio pro socio* nunca perteneció al grupo de las acciones penales, siempre fue una acción “reipersecutoria”,—*rei persecuendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum quae in personam sunt, eae quidem quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persecuendae causa comparatae videntur, veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor, ítem commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto*²⁵⁷. En síntesis, la finalidad perseguida por la *actio pro socio* se deduce del supuesto mismo en el que se ha sido acordada.

Efectivamente, a través de la *actio pro socio*, se puede reclamar el reembolso de las impensas, si *in communem riuum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum, Cassius scripsit*²⁵⁸; si *per eundem locum via nobis debeatur, et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividendo vel pro socio agit posse*²⁵⁹. A través de esta acción se obliga al demandado a poner en común las sumas de dinero adquiridas gracias al funcionamiento de la sociedad, ítem *ex facto consultum respondisse se ait libro tertio rponsorum, inter Flavium Victorem et Bellicum Asianum placuerat, ut locis emptis pecunia Victoris monumenta fierent opera et peritia Asiani: quibus distractis, pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit: erueit pro socio actio*²⁶⁰.

Además, la *actio pro socio* y como consecuencia de su objetivo de obligar a los socios a contribuir con la parte que les corresponde y a pagar los perjuicios por su demora o por la aplicación de las cosas comunes a un servicio personal exclusivo, tenía fuerza para determinar la parte de cada uno en los riesgos, en caso de pérdida de algún bien que formara parte de la sociedad, si *id quod quis in societatem contulit, extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit?*²⁶¹ El reparto de gastos entre los socios, se lograba también por medio de la *actio pro socio*... *sed magis est, ut pro socio actione consequi*

²⁵⁷ Justiniano, Instituciones, 4, 6, 17; cf. Paulo, lib. 6 ad Sab. Dig. 17.2.50.

²⁵⁸ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 §12.

²⁵⁹ Paulo lib. 6 ad Sab. Dig. 10.3.19 §2. Asimismo, Gayo, lib. 29 ad ed. prov. Dig. 39.2.32, si aedibus meis proximae sint aedes meae et tuae; quaeritur an si hae vitium mihi faciant, cavere mihi debeas pro damno propriarum mearum aedium, scilicet pro qua parte dominus existes. Et hoc plerisque placet: sed movet me, quod ipse meas aedes reficere et impensas pro socio...; quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis, aut communi dividendo.

²⁶⁰ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 7; en el mismo, 17.2.63 § 9. Juliano, lib. 12 digestorum, Dig. 10.3.25, Ulpiano, lib. 29 ad ed. Dig. 15.1.19 §2. Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, Dig. 19.5.13 §1.

possit, ut utriusque portio exaequetur: quae sententia habet aequitatem²⁶². Las indemnizaciones que resultaban de los daños causados por un socio o por un esclavo común, se regulaban y se determinaban por medio de la *actio pro socio*, *damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damnia fatalia...*; ideoque si *pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, ... haec vera sunt et pro socio erit actio*²⁶³;... si *servo meo in nave vel in caupona utaris, et damnum mihi det vel furtum faciat...*; ídem *dicetur et si communis sit; tu tamen, quod mihi praestiteris eius nomine, vel communi dividendo, vel pro socio actione*²⁶⁴...; si *quis servum communem meum et suum corruperit, apud Iulianum lib. 9 digestorum quaeritur, an hac actione teneri possit, et ait teneri eum socio: praetera poterit et communi dividendo et pro socio, si socii (sint), teneri, ut Iulianus ait*²⁶⁵.

De forma general, la *actio pro socio* es la sanción: 1º de las cláusulas del pacto social²⁶⁶, 2º de toda falta contractual²⁶⁷; 3º también puede servir para reclamar a un socio la responsabilidad civil por daños y perjuicios en el caso de robo²⁶⁸.

Entre los casos aquí enumerados, hay algunos, como por ejemplo el reembolso de las impensas, la fijación de la participación de los socios en las pérdidas, en los que podríamos preguntarnos por qué razón se tacha de infame al socio condenado por la *actio pro socio*.

Cicerón parece encontrar la respuesta a tal cuestión: todo socio condenado ha actuado contra *fides*, y merece la infamia negándose al reembolso de los gastos, ya sean voluntarios, ya hayan surgido a consecuencia de un arbitraje, pues aquél reniega de la *fides* que ha prometido y resulta a la postre culpable de falta grave; actúa de modo contrario a la *bona fides*. También resultaría exacto admitir que, dejando de lado la causa de la condena, la propia acción provoca de pleno derecho el efecto infamante para el socio condenado²⁶⁹. Dicho efecto está ligado a la condena por el ejercicio de la *actio pro*

²⁶¹ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.58.

²⁶² Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.5.63 § 5; ídem 17.2.52, §13. También Papiniano, lib. 9 questionum; Dig. 17.2.31; Paulo, lib. 32 ad ed. Dig. 17.2.65 § 13; ídem, lib. 39 ad ed. Dig. 9.4.10.

²⁶³ Ulpiano, lib. 31 ad ed., Dig. 17.2.52 § 3.

²⁶⁴ Paulo, lib. 22 ad ed. Dig. 4.9.6 § 1.

²⁶⁵ Ulpiano lib. 23 ad ed. Dig. 11.3.9.

²⁶⁶ Paulo, lib. 3 Eptomarum Alfeni digestorum, Dig. 17.2.71; Ulpiano, lib. 45 ad Sab. Dig., 17.2.42; Ulpiano, lib. 30 ad ed. Dig. 17.2.14.

²⁶⁷ Pomponio, lib. 13 ad Sab. Dig. 17.2.39; Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 §11.

²⁶⁸ Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Dig. 17.2.45.

²⁶⁹ Cf. Pernice, Parerga, in Z.S.St. 3, p. 94. Karlowa, Röm. Rechtsg. P. 654.

socio. La condena sólo era posible en el caso de que el socio fuera culpable de dolo²⁷⁰, o incluso de culpa lata respecto sus consocios.

Por tanto, parece que la infamia, no sólo es un reproche moral, es un efecto o consecuencia natural del ejercicio satisfactorio de la *actio pro socio*.

Como el efecto infamante de la *actio pro socio* entrañaba graves consecuencias, los socios disponían de medios diversos de evitarla desde el momento mismo de la formación del contrato. Por medio de estipulaciones recíprocas²⁷¹ y a través de estipulaciones previas²⁷², se podía eludir la infamia. Incluso, después de haber intentado poner en marcha la *actio pro socio*, el socio podía evitar la infamia transigiendo²⁷³. En efecto, para que el socio llegara a incurrir en infamia era preciso que previamente se le hubiese condenado. Ihering²⁷⁴ subraya, por una parte, que la infamia era una consecuencia necesaria de la condena, y por otra que su fuente era la constatación del abuso de confianza, de la ruptura del *ius fraternitatis*, hechos que se encontraban ausentes en el caso en el que se transigía.

Del mismo modo, el beneficio de competencia, como vamos a ver, era un privilegio personal que el socio, la infamia no podía alcanzar a nadie más que al socio. Aquel que era condenado por la *actio pro socio*, en nombre de otro socio, no era tachado de infame, si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia²⁷⁵. Excepcionalmente, Ulpiano ha admitido que el heredero sería condenado en su propio nombre y que incurriría de hecho en infamia, dado que habría obrado de mala fe, con ocasión de un depósito hecho al difunto o de un mandato del que se hubiera encargado; sin embargo, en ningún caso el heredero podía ser condenado en su propio nombre en

²⁷⁰ Wiacker, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, en *Z.S.St.* 1934 p. 35-36; la responsabilidad hacia mediadores de la época clásica sólo se extiende al dolo, cuyo significado es contrario a la buena fe. Más tarde, se extiende a la custodia (p.57). Este autor considera interpolada el vocablo “culpa” (resulta preciso sustituirlo, en su lugar, por la palabra custodia).

²⁷¹ Cf. Paulo, lib. 32 ad ed, Dig. 17.2.65 *actione distrhitur, cum aut stipulationes aut iudicio mutata sit causa societatis*. Mosestino, lib. 3 Reg. Dig. 17.2.4 § 1. Ulpiano, lib. 20 ad ed. Dig. 17.2.41 – *si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit*. Paulo, lib. 3 Epit. *Alfeni digestorum* Dig. 17.2.71.

²⁷² Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 3. Cf. La sociedad formada entre C, Frontinus y I. Alexandrus, en 167 d. J.C.- C.I.L., III, p. 950 n° XIII, Bruns, n° 176; Girard, *Textes* (6), p. 862.

²⁷³ Paulo, lib. 5, ad ed. Dig. 3.2.5; ídem, Dig. 3.2.7.

²⁷⁴ *El Espíritu del Derecho Romano*, § 33, nota 153.

²⁷⁵ Ulpiano, lib. 6 ad ed. Dig. 3.2.6 § 2.

virtud de acciones que nacen de la tutela o de la sociedad; pues no se sucede al difunto para la continuación de una tutela o de una sociedad, sino que únicamente se sucede en las obligaciones²⁷⁶.

6.6.- LA ACTIO PRO SOCIO Y EL CONSECUENTE BENEFICIO DE COMPETENCIA.

El beneficio de competencia es el privilegio concedido al socio condenado con motivo del ejercicio de la actio pro socio, de no pagar sino hasta donde alcancen sus recursos, in id quod facere potest²⁷⁷. El socio condenado sólo pagaría después de haberse deducido todo lo que le fuera necesario para vivir. Si bien sus facultades serían estimadas en relación al conjunto de su activo y de su pasivo, de manera que no se han de deducir las deudas, salvo de aquello que se debía por razón de la sociedad²⁷⁸. Se introdujo el beneficio de competencia por el pretor hacia el final del primer siglo de nuestra era²⁷⁹.

En una primera época, Lenel²⁸⁰ concluía que el beneficio no se hallaba en la fórmula de la acción, sino que se prometía causa cognita en un edicto especial, inmediatamente seguido de la fórmula de la acción. Más tarde²⁸¹, admite que la cláusula figuraba en la fórmula.

²⁷⁶ Ulpiano, lib. 6 ad ed. Dig. 3.2.6 § 6.- Illud plane addendum est, quod interdum et here suo nomino damnatur et ideo infamis fit, si in deposito, vel in mandato male versatus sit. Non tamen in tutela vel pro socio heres suo nomine damnari potest, quia heres neque in tutelam, neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti.

²⁷⁷ Al respecto, véase Poveda Velasco, Ignacio María, O Beneficium competentiae do sócio ("socius"), en Actas del IX Congreso internacional. XII Iberoamericano de Derecho romano. El Derecho comercial. De Roma al Derecho moderno (Las Palmas de Gran Canarias, 2007) II p 753 y ss.

²⁷⁸ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63 §3.— id quod facere socius potest quemadmodum aestimandum sit? Et placuit non debere deducit aes alienum quod debetur a socio ita et Marcellus lib. 7 digestorum scripsit, nisi forte (inquit) ex ipsa societate debeatur. Cf. también Ulpiano, lib. 63 ad ed. Dig. 42.1.16.

²⁷⁹ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63; Sabino, bajo el mandato de Tiberio, es el primero que lo menciona: verum est, quod Sabino videtur etiam si non universorum bonorum, socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt, condemnari oportere. Cf. Levet, op. Cit., p. 47.

²⁸⁰ Edictum, (2ª ed) p. 12-13.

²⁸¹ Edictum (3ª ed 1927) p. 297.

Se ha de buscar la fuente del privilegio de competencia²⁸² en la relación de amistad, justicia y fraternidad existente entre los socios. Estas relaciones se desprende del núcleo mismo de la relación social, sobre todo en las sociedades de personas que no permiten privar al socio—incluso en estado de quiebra—, de los medios de vida para subsistir, aun cuando, por otro lado, se le estigmatiza moralmente por la ruptura de la fides. Dicha opinión está respaldada por las fuentes. En este sentido, Ulpiano reconoce el beneficio de competencia de la manera más amplia posible a los miembros de toda clase de sociedad, *omnium bonorum et unius rei*. Y justifica la razón de ser de este privilegio diciendo, *hoc enim summam rationem habet, cum Sbeneficium competentiae*, ¿hasta dónde alcanzaba? ¿Se atribuía al socio el beneficio de competencia en todas las formas de sociedades, o por el contrario, éste se restringía su reconocimiento únicamente en favor de los miembros de la *societas omnium bonorum*? Pues bien, nos enfrentamos a un problema que ha suscitado en la doctrina moderna opiniones divergentes, e incluso los jurisconsultos romanos no parecen haber proporcionado al mismo idéntica solución.

Quienes consideraban que el *beneficium competentiae* se ceñía a los socios de la *societas omnium bonorum*, se fundaban en el texto de Ulpiano, que disponía: “*sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, socium autem omnium bonorum accipiendum est*”²⁸³. En este texto se intuye un verdadero compromiso, un pronunciamiento coincidente con tal limitación. Este punto de vista era compartido por Pernice²⁸⁴, Ferrini²⁸⁵, Cuq²⁸⁶, Levet²⁸⁷; estos autores admiten que la opinión de Ulpiano era válida para la época clásica, y que solamente a partir de Justiniano este privilegio fue concedido a las otras sociedades.

Sin embargo, nos encontramos en presencia de otro texto del mismo jurisconsulto que prevé de manera expresa e inequívoca, que el beneficio de competencia igualmente es atribuido al socio de una sociedad *unius rei*. Ulpiano dice, *verum est quod Sabino videtur, etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodue dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere*²⁸⁸.

²⁸² Vid. Masi Doria C.; Sul cosi' detto "beneficium competentiae" (J. Gildemeister, Das beneficium competentiae im klassischen roemischen Recht), in Labeo, 34, 1988, pp.350-360

²⁸³ en Ulpiano, lib. 52 ad ed. Dig. 42.1.16.

²⁸⁴ En Z.S.St. 3 (1882), p-89.

²⁸⁵ Le origine del contratto di società, p. 18.

²⁸⁶ Manuel, p. 500.

²⁸⁷ Le bénéfice de compétence, p. 42 y 51-56.

²⁸⁸ ²⁸⁸ Ulpiano, lib. 52 ad ed. Dig. 42.1.16.

En este mismo sentido, Lenel²⁸⁹ y Karlowa²⁹⁰ admiten que el beneficio de competencia ha sido reconocido a los miembros de todas las sociedades a partir de la época de los Sabinos. Hasta esa época, era probable que este privilegio sólo se proporcionaba a los socios de todos los bienes. El texto del fragmento 16, lib. 42, tít. I, *socium autem ómnium bonorum accipiendum est, nese*, presenta para ellos una glosa, escrita además en un latín incorrecto²⁹¹. Cuq²⁹², seguido de Level²⁹³, consideran una interpolación dentro del fragmento 63, lib. 17, tít. II, la frase *etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unis rei*²⁹⁴.

Pomponio, al hablar del beneficio de competencia, lo presupone atribuido a todo socio, sin hacer ninguna distinción entre los *socii ómnium bonorum*, y los *socii unius rei: quod autem de sociis dictum est, ut et hi, in quantum facere possint, condemnentur*.

Podría parecer que el problema estuviese mal planteado por los autores modernos, y que, en consecuencia, sucedería que la controversia surgida sea el resultado de un malentendido. Los textos que acabamos de citar conciernen a otro problema distinto de aquél que ha sido planteado por los autores modernos. Las opiniones de los jurisconsultos romanos se refieren a la cuestión que se desprende del supuesto en el que la concesión del beneficio de competencia debía insertarse obligatoriamente en la fórmula, en el caso en el que no fuera facultativo. Una tentativa de profundizar un poco más allá en el problema, ha sido ya emprendida por Schulting²⁹⁵. Según este último, el socio de todos los bienes había disfrutado siempre de este privilegio, mientras que al socio *unius rei* no le

²⁸⁹ Edictum (3ª ed.). p. 288 y 297-298.

²⁹⁰ Römische Rechtsgesch. P. 652.

²⁹¹ En este sentido, Émil Szlechter se refiere a los siguientes autores, recogiendo en su obra “Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome” ed. 1947 p. 398 las reseñas siguientes: Favre, *Rationalia in Pandectas*, I. 63, XII.2 (Ginebra 1626), 5, p. 184. Noodt, *Comment. In Libros XXVII Digestorum*, ad h.l. 3ª ed. *opera omnia edit.* Lyon, 1766, p. 386, Pothier, *Pandectae*, (Paris, 4.1825), p. 18, nº 3, diciendo: “faut-il supprimer cette glose ou suppléer par le mot maxime pour que le sens soit: c’est principalement l’associé de tous biens qui en profite, ce que n’exclut pas les autres.

²⁹² Manuel, *op. cit.*, p. 500 nº 2.

²⁹³ *Op. cit.*, p. 56.

²⁹⁴ Enim, rationem, quoddammodum, son términos frecuentemente utilizados por los compiladores. Levelt propone como texto primitivo: *verum est quod Sabino videtur [etiamsi non] universorum bonorum [socii],[sunt], sed unius rei attamen] in id quod facer possunt... condemnari oportere [hoc enim...habeat].* Taubenschlag, en *Z.S.St.* 40, p. 247. Pringsheim, en *Z.S.St.* 42, p. 645.

aprovechaba, sino cuando era accionado por la *actio pro socio*. Autores como Vangerow²⁹⁶ y Machelard²⁹⁷ admiten que el socio *omnium bonorum* siempre se beneficiaba de competencia y que los demás socios sólo se beneficiaban en virtud de *causa cognita* por medio del pretor.

Es preciso examinar en qué casos el pretor deberá, sin poder de apreciación, insertar dicha cláusula de beneficio de competencia y en qué casos sólo lo haría *causa cognita*. He ahí el problema que se han planteado los jurisconsultos, pues era indudable que el beneficio de competencia podía desempeñar su papel en todas las sociedades. Sabino parece admitir que el texto del edicto había previsto que el socio *unius rei* se beneficiaba igualmente del beneficio de competencia de pleno derecho, incluso cuando por razón de su dolo, el cumplimiento de sus obligaciones le era impuesto de manera forzosa, *attamen in id quod facere possunt, quodue dolo malo fecerit quo minus possint, condemnari oportere*. Y Ulpiano expone la opinión de Sabino, no con el propósito de apoyar la tesis según la cual el beneficio de competencia se aplica también al socio *unius rei*, sino para demostrar que según él este beneficio es reconocido incluso en el caso de condena por dolo.

Pomponio es de la opinión contraria. Según él, en tal hipótesis, el pretor apreciaría si sería procedente insertar esta cláusula, *causa cognita se facturum praetor edicit; causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse, aut ex doli clausula obligatio non succurratur*. No se condenaría al socio sino hasta donde alcance su condición; lo que su pondría que el pretor no iría al auxilio de aquél que negara ser socio o que es responsable por la cláusula que contempla el fraude²⁹⁸.

Gayo también ha tomado parte en este debate. Apoya la opinión de que el beneficio de competencia no necesariamente se debía reconocer de manera automática en el caso de dolo cometido por un socio; o dicho de otro modo, se atribuye al pretor un

²⁹⁵ Thes. Controvers. Dec. LXII, Th. 8, citado por Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*; J. Jacob, *Erlagen* (1813), 5, p. 429. N°53.

²⁹⁶ *Lehrbuch der Pandekten*, 1, p. 291.

²⁹⁷ *Des obligations naturelles en droit romain*, IIe partie, § 5 (p. 508, n° 1).

²⁹⁸ Cf. Domat, I, VIII, IV, n° 19. Si un associé se trouve redevable envers les associés à cause de la société, sans qu'on puisse lui imputer ni malversation, ni mauvaise foi, et qu'il ne puisse pas payer tout ce qu'il doit, sans être réduit à une extrême nécessité, il est non seulement de l'humanité, mais d'un devoir naturel à la liaison fraternelle des associés, qu'ils usent de commisération envers leur associé, soit que la société fut universelle de tous biens, ou particulière.

poder de valoración y determinación. Éste podía decidir cuándo un socio se había descuidado en la adquisición de bienes, que no se consideraba que hubiera actuado fraudulentamente, y así, a tal socio negligente, no se le dejaría de reconocer el beneficio de competencia.

Sin embargo, cuando un socio a sabiendas pretende librarse de los pagos que debe atender, disponiendo de sus bienes para sustraerlos fraudulentamente a las acciones que se pudieran intentar contra él, era preciso denegarle el beneficio de competencia; tal razonamiento parece ser coincidente con el contenido del edicto de provincia²⁹⁹.

Según Ulpiano³⁰⁰, se supone que el socio condenado debe pagar todo aquello de lo que, escudándose en el dolo o fraude, pretendía librarse de dar: hoc quoque facere qui posse videtur, quod dolo fecit quo minus est, dolum suum quemquam relevare. Sería injusto que su conducta dolosa o fraudulenta le lograran dispensar de pagar sus deudas. Por el contrario, allí donde el socio llega a ser insolvente por su culpa, no debía ser condenado sino dentro de los límites de su capacidad económica o aptitud solutoria.: quod et in caeteris, qui in id quod facere possunt, conveniuntur, accipiendum est. Si tamen non dolo, sed culpa sua, facere, posse desiit dicendum est, condemnari eum non debere.

De dicha controversia, se deduce que el beneficio de competencia era otorgado a todos los miembros de cualesquiera formas de sociedad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la cláusula de beneficio de competencia sólo era insertada de pleno derecho, desde el momento de su aparición, en la sociedad de todos los bienes. En dichas modalidades de sociedades se solía insertar sin consideración a la causa que había provocado al socio la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones. La fórmula de la actio pro socio, como acción de buena fe, era concebida del modo siguiente: "quod A^s A^s cum N^o N^o societatem ómnium bonorum coiit q.d.r.a. quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o (alterum alteri) dare facer praestare oportet ex fide bona, dumtaxat, quod N^s N^s facere potest, eius iudex N^m N^m A^o A^o c.s.n.p.a."³⁰¹

²⁹⁹ Gayo, lib. 10 ad ed. prov. Dig. 17.2.68. Illud quaeritur, utrum si demum facere videtur, quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione acquirendi non utitur? Sed verius est, de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus in quibus ita est, quod dolo fecisti, ut desineres possidere.

³⁰⁰ Lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63 § 6 Cf. Paulo, lib. 32, ad ed. Dig. 17.2.67 § 3.

³⁰¹ Cf. Lenel, Edictum, 1927, § 108; Knip, Gai, Inst., j. Comment., I, p.323-326.

Por otra parte, en la fórmula de la *actio pro socio* intentada respecto a otros tipos de sociedades, como por ejemplo, las sociedades *unius rei*, como indica Sabinus, sólo debe insertarse, salvo en caso de dolo o fraude, *causa cognita*.

Debe añadirse al respecto que del texto de Ulpiano³⁰², *videndum est, an et fideiussori socii id (beneficium competentiae) praestari debeat*, parecería desprenderse que este autor no se ha planteado la cuestión de si el socio podía aprovecharse del beneficio de competencia y entonces las dudas únicamente surgen en lo que respecta al garante.

Tal caso previsto se refiere a formas de sociedad distintas de la sociedad universal de todos los bienes. Tal asertación confirma que el debate entre los jurisconsultos romanos era concerniente a las condiciones de ejercicio del beneficio de competencia y no consistía en averiguar en qué sociedades podía concederse el beneficio de competencia.

Este privilegio sólo se reconocía en el caso de *actio pro socio*, *qui pro socio conveniuntur*³⁰³; ítem *si socius cum socio iudicio societatis agat*³⁰⁴.

El beneficio de competencia era un derecho personal para el socio, o dicho de otro modo, la condición de su ejercicio estaba estrechamente ligada a la cualidad de socio. Ulpiano³⁰⁵ se pregunta sin embargo, *an et fideiussori socii el praestare debeat, an vero personale beneficium sit?* Ante tal interrogante, él se pronuncia a favor del derecho personal del socio de aprovecharse, *videndum est, quod magis verum est, personale beneficium est*.

Queda, no obstante, un caso en el que la caución podrá aprovecharse del privilegio otorgado a la persona del socio; si bien, en realidad, se trata del ejercicio del derecho del socio. *M suse explico*; cuando, por ejemplo, cuando se dirige una demanda contra el socio y el garante toma a su cargo su defensa, no debe ser condenado, en su caso, sino hasta donde alcancen las facultades solutorias (o capacidad de pago) del socio a quien representa. Esta opinión también fue vertida por Juliano, *sed si hic fideiussor quasi defensor socii, iudicium suscepit, proderit sibi namque Iulianus lib. 14 digestorium, defensorum socii in id, quod socius facere potest, condemnari oportere*³⁰⁶. Así, el defensor

³⁰² Lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63 § 1.

³⁰³ Ulpiano, lib. 63, as ed. Dig. 42.1.16.

³⁰⁴ Inst. 4,6 §36.

³⁰⁵ Lib. 31, ad ed., Dig. 17.2.63, § 1.

³⁰⁶ Palingenesia, I n° 236, Juliano, Dig. Lib. 14.

de su principal se beneficiará de este privilegio que a éste último le ha sido reconocido, *idemque et in patroni defensore accipere debere ait*³⁰⁷.

Como regla general, el derecho de invocar el beneficio de competencia constituye una facultad puramente personal; pero el que toma a su cargo la defensa, sea o no garante, se beneficia también, pues la condena se ejecuta también contra aquél contra quien inicialmente se dirige la acción. En contraste, el pater familias o el dominus, por cuya orden el socio ha constituido una sociedad, no pueden invocar dicho beneficio de competencia, *patri autem vel domino socii, si iussu eorum societas contracta sit, non esse hanc exceptionem dandam*³⁰⁸; por lo tanto, quienes no podían extraer beneficio de la situación del hijo o del esclavo que por orden de los mismos habían formado una sociedad, eran plenamente responsables de las conductas de estos últimos.

El beneficio de competencia era también denegado a los herederos y demás sucesores del socio, *quia nec heredi socii ceterisque sucesoribus hoc praestabitur*³⁰⁹.

7.- RESPONSABILIDAD ENTRE LOS SOCIOS³¹⁰

Hay que distinguir los derechos y las obligaciones que genera el contrato entre los socios, de las relaciones (llamadas externas) que los socios, al actuar para conseguir el fin que los socios, al actuar para conseguir el fin común social, pueden tener con terceros que no son socios. Cada socio está obligado a aportar de forma conveniente lo que se ha acordado, esto es, cosas corporales e incorporales³¹¹, actividades de trabajo, etc. Mientras que cada uno de los que hacen la aportación, como se ha dicho, es responsable por evicción de las cosas dependientes de una relación anterior a la conclusión del contrato de sociedad, o por vicios ocultos, el *periculum* (es decir, el riesgo en caso de destrucción o

³⁰⁷ *Idem Palig.*, nº 236.

³⁰⁸ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63 §2. Labeo, lib. 6 posteriorum a Iavoleno epitomarum; *quoties alicuius vel cum filio eius, vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit*; se concede así una *actio pro socio* directamente contra el padre; si bien, con la modificación *quod iussu*, cuando el socio era un hijo de familia, también contra el propio hijo.

³⁰⁹ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63 §3 (in fine).

³¹⁰ Véase Ulpiano D.7.2.52.4. En conexión con D.17.2.52.3 y D.17.2.58.

³¹¹ Para cuando se hace referencia a los créditos en relación con terceros que concede el socio, D. 17, 2, 3 (que ya hemos citado), precisa que él sigue siendo titular del crédito, pero está obligado a actuar con las acciones que le corresponden contra los deudores, o bien a cederlas a otros según el interés de la sociedad.

daño de las cosas) está a cargo de la sociedad a partir del momento en que se concluye el contrato, si se trata de cosas determinadas, y desde el momento en que son aportadas, y desde el momento en que efectivamente son aportadas, si se trata de cosas genéricas.

Problemática de su planteamiento.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es obligado dedicar una reflexión referente a las circunstancias bajo las cuales los (ex)socii eran responsables entre sí, quedando obligados a indemnizarse de los perjuicios que les hubiesen originado los demás dentro del contexto social, es decir, con ocasión del funcionamiento de la sociedad o de la llevanza del objeto social.

Por una parte, como se ya se ha visto, podría existir una reclamación si uno de los socios, en aras de perseguir el propósito común, hubo sufrido una pérdida. Por supuesto, no se trataría strictu sensu de una reclamación por daños, porque la parte agraviada no culpa a su consocio de la pérdida sufrida³¹². Simplemente le pide que contribuya a sufragar el minus económico que se le ha ocasionado al primero, consintiendo que se compute contablemente como un elemento pasivo a cargo del fondo social³¹³.

Pero, ¿cuándo tal contribución podría ser demanda?

“Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. Dicit Julianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscerere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur”.

En este ejemplo los socios tienen en común un negocio textil³¹⁴. En un viaje para comprar nueva mercancía, uno de ellos es atacado por una cuadrilla de ladrones. Pierde el dinero y los efectos personales que lleva consigo; es más, los esclavos que le acompañan resultan heridos. En condiciones normales, el socio viajero no habría llevado consigo tales cosas; pero por el hecho de que iba camino de comprar material o mercaderías para

³¹² Comprendería la reclamación de esa pérdida el daño emergente y el lucro cesante.

³¹³ Un campo especial de valoración subjetiva de la responsabilidad se manifestó en el ámbito de las acciones bonae fidei en las que el deudor debe prestar lo que exige la buena fe (quidquid dare facere oportet es bona fide).

³¹⁴ El obligado respondía en caso de robo y, en general, de daños causados a la cosa, que el acreedor le había confiado. Gayo menciona (III, 205-6) los casos del comodatario, del tintorero (fullo) y del sastre (sarcinator), véase Fuenteseca, Derecho Privado, 1978, p. 219.

la empresa común, la pérdida, según Juliano, debe ser compartida, recayendo sobre los demás socios. Es atribuible a la sociedad, dada la obligación de los demás socios a contribuir. Sin embargo, esta cuestión no era pacífica entre los juristas romanos. Por ejemplo, Labeón rechaza el ejercicio de de la *actio pro socio* respecto a los gastos médicos en que había incurrido uno de los socios en un caso en el que algunos esclavos habían sido dispuestos para su venta, como un negocio más en desarrollo del objeto social perseguido, y uno de los socios había sido herido en un intento de reducir a un esclavo evitando que huyera y se escapase. ¿Razón?: “... non in societatem, quamvis propter societatem impensum [est]”.³¹⁵ Que no se habría incurrido en gastos, si no es por razón de la llevanza del negocio social, no parece que constituya argumento suficiente; más bien, cabe entender, que para que dichos gastos sean repetibles frente a la sociedad, los mismos deberían haber sido generados, directamente, con ocasión del cumplimiento y desarrollo del fin social.

A pesar de todo, debe admitirse que no todas las pérdidas para cuya generación la sociedad ha sido *conditio sine qua non*, puedan ser repetibles frente a ésta y recobrables.³¹⁶ Sobre este punto, amplio es el debate doctrinal que en torno al mismo se ha originado.³¹⁷

Si bien, es un presupuesto indiscutible que cualquier socio está legitimado para interponer la *actio pro socio* por los daños que se le hayan producido, resultantes de la conducta fraudulenta del demandado; sin embargo, esto sólo es sostenible en los primeros tiempos. Cada socio sólo era responsable frente a los demás consocios sólo por dolo.³¹⁸

³¹⁵ Labeón/Pomponio D.17.2.60.1.

³¹⁶ Véase el argumento *ad absurdum* de Labeón (D.17.2.60.1): “... si propter societatem eum heredem quis instituere desiste aut legatum praetermississet aut patrimonium suum neglegentius administraste...” Lo mismo se aplica, por supuesto a las ganancias hechas “propter societatem”; así, tenemos el ejemplo dado por Bartolus, *Comentaría*, D.17.2.61, § *Socius* 1: “Alio modo potest intelligi propter societatem, hoc est, quod societas fuit occasio remota. Verbi gratia: propter societatem habui necesse accedere ad curiam principis: et dum coram principe tractarem negotia, placui principi, ex quo donavit mihi castrum: certe hoc non facit contemplatione societatis, sed pers, onae meae tantum: liceo nunquam habuissem nec accessissem, nisi propter societatem.”

³¹⁷ Al respecto, ver las posiciones mantenidas por Giuseppe Gandolfi en “*Damnum commune*”, en: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol.III (1971), pp157y ss.; o Karheinz Misera en “*Zur Gefahrtragung bei der römischen societas*”, en *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser* (1986), pp. 201 y ss.

³¹⁸ Ver Franz Wiecker en “*Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*” (1934) 54 *ZSS* 35 y ss; Arangio Ruiz *La Società* op. Cit. pp.188 y ss.

Entonces, por ejemplo, un socio que se separa de la sociedad intempestivamente podría ser responsable frente a sus exconsocios. La renuncia, incluso por parte de uno solo de los socios, disolvía la *societas*. En consecuencia, como Cassio apuntaba, el socio renunciante hacía dejación de sus acciones frente a sus colegas; pero no éstos frente al renunciante (“... eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare”)³¹⁹. Por lo tanto, el socio renunciante podría aún ser compelido a compartir beneficios³²⁰, y habría tenido que compensar a los demás consocios por la disolución intempestiva de la sociedad causada por él:

“Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeris, tenebris quanti interest mea”³²¹.

Otro supuesto específico de responsabilidad entre los socios tendría lugar en el supuesto de renuncia intempestiva por uno de los socios: como sabemos, se admite, pues, que la simple renuncia de uno de los socios (*renuntiatio*), aunque sea tácita, hace que se disuelva la sociedad.³²² Si la *renuntiatio* es dolosa e inoportuna respecto al fin común (lo cual habría que probar y justificar cumplidamente), tiene igualmente el efecto de disolver la sociedad, pero el socio disidente es responsable en relación con los demás socios. En la jurisprudencia, aunque con vacilaciones, parece afirmarse la regla de que si se ha acordado entre los socios no renunciar durante un cierto tiempo, o bien se ha fijado un plazo a la sociedad, la renuncia sólo es lícita cuando se hace basándose en una justa causa³²³. Adicionalmente, el socio renunciante entendemos que puede ser responsable

³¹⁹ Cass./Paul. D.17.2.65.3 Como prerrequisito, sin embargo: “...quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit”. Asimismo, Paulo en D.17.2.65.6; en cambio, véase Kaser (1975) 41 SDHI 335 y ss.

³²⁰ Ejemplo: “...plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare” (Gayo III,151); cf. también Cassio/Paulo en D.17.65.3.

³²¹ Paulo en D.17.2.65.4.

³²² Evidentemente nos surge la duda siguiente: En caso de renuncia tácita, ¿cómo pueden detectar los restantes socios que ha quedado disuelta la sociedad por dicha causa? En tal hipótesis, la conducta significativa o los actos concluyentes que arrastran tal renuncia tácita, por se acarrear la conclusión que la continuidad carezca de sentido; si bien por tales conductas y actos bien se puede exigir responsabilidad patrimonial, como vemos.

³²³ Véanse las discutidas D. 17, 2, 14 y D. 17, 2, 65, 3-6, de las cuales puede deducirse que en el Derecho clásico el desistimiento era válido en cuanto a la disolución de la relación, pero el socio que desistía estaba obligado a la indemnización por la disolución anticipada o intempestiva.

frente a sus demás consocios en la medida en que por una renuncia ambigua, que pudiera considerarse tácita o presunta, pueda generar una apariencia de continuidad dudosa de la sociedad en la cual, actuando de buena fe y con la debida diligencia, pudieran confiar los demás socios contratantes involucrándose en eventuales compromisos, al socaire de una relación societaria rota por virtud de un renuncia unilateral tácita.

8.- FACTORES DE CONDUCTA QUE CUALIFICAN LA RESPONSABILIDAD Y DETERMINAN SU EXTENSIÓN.

8.1.- EXTENSIÓN: CULPA LATA, DILIGENTIA QUAM IN SUIS, CULPA.

La posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad entre socios únicamente en las hipótesis donde concurriera fraude³²⁴, no era la opción más idónea para satisfacer permanentemente las exigencias de una economía cada vez más sofisticada.

En la época clásica, al menos al comienzo de la misma, el asociado sólo era responsable por dolo, como antítesis de la buena fe especialísima que se le exige. A diferencia de lo que sucede con la compraventa o el arrendamiento, no se aprecia la habilidad y las astucia en las relaciones intersociales, ya que la *affectio societatis* se opone a ella, del mismo modo que se opone a que un asociado sea responsable por un acto no intencionado.

Sin embargo, lo largo del Derecho Clásico, encontramos una extensión gradual del ámbito de responsabilidad. En principio, tenemos que recordar que el *dolus* no era un término establecido técnicamente como tal, coincidente con nuestros modernos conceptos de fraude o de intencionalidad. Más bien, el *dolus (malus)* debe ser visto particularmente en el contexto de los contratos consensuales, como el reverso de la *bona fides* ³²⁵. Lo que

³²⁴ Paulo en D.2.13.9pr.; Pomponio en D.17.2.59.1; Ulpiano en D.17.2.63pr.7.

³²⁵ En la época clásica, al menos al comienzo de la misma, el asociado sólo era responsable por dolo, en concepto de antítesis de la buena fe especialísima que se le exige. A diferencia de lo que sucede con lo establecido en época justiniana, en la cual la responsabilidad del socio se extiende por un comportamiento por culpa “*levis in concreto*”, como pone de manifiesto D’Ors en Derecho Privado, p. 575.

Incluso puede esgrimirse para exigir la responsabilidad por custodia, como más adelante desarrollaremos, (D.17, 52, 3).

importaba, de acuerdo con la fórmula, es si el demandado acataba las normas de la buena fe. Obviamente, daría la espalda a esa bona fides, si con conciencia y voluntad había provocado daños a sus consocios. Pero, incluso una conducta gravemente negligente casi no puede considerarse acorde con los estándares o modelos de comportamiento que se esperan de alguien inmerso en la bona fides romana³²⁶. De esta forma, debe incluirse dentro del ámbito de la responsabilidad de los socios (si no originariamente, sí al menos en el Derecho Clásico) casos “qua dolus”, que vinieron a ser clasificados, en una etapa ulterior, como culpa lata. Se dio, ciertamente, un paso importante hacia la extensión de la responsabilidad de los socii, cuando la idea subyacente del fragmento de D.16.3.32 fue trasladada idealmente desde el ámbito de la tutela y del depositum al contrato de societates. Según Celso, se considera ruptura de la buena fe si un depositario es más diligente en consideración a su propiedad que en consideración a lo que se le había confiado en depósito. En tal caso tenía que ser responsable no sólo por dolus sino también por no prestar la adecuada diligentia quam in suis.

Las mismas consideraciones son atribuibles al contrato de sociedad. Así lo atestigua la siguiente declaración de Gayo: Socius socio etiam culpa nomine tenetur... culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.³²⁷ Esta es la diligentia quam in suis.

Si bien, es interesante advertir cómo Gayo ya ni siquiera expone razones que avalen por qué un socio debería también ser responsable si no ha manifestado el mismo cuidado que suele hacer gala en sus propios asuntos (y no sólo por dolo stritu sensu); su principal preocupación parece ser la propia limitación de la responsabilidad del socio: debería ser responsable sólo por falta de diligentia quam in suis (y no por culpa in

En el caso de que un socio actúe como mandatario de los otros, debe ser indemnizado de los perjuicios que sufra en su gestión, D. 17, 52, 4, pero no de los accidentes ocasionales (D. 17, 60, 1)

³²⁶ Sin embargo, desde la época clásica, algunos socios o asociados están sujetos a una responsabilidad más gravosa, en razón de una habilidad técnica que los demás consocios pueden dar por supuesta.

³²⁷ Gayo D.17.2.72; en gran medida reflejada en Inst.III. 25.9. La Diligentia quam in suis en D.17.2.72 parece ser un concepto de cuño posclásico; así lo corrobora Wiacher (1934) 54 ZSS en las pág.67 y ss; De Robertis parte de la redacción justiniana de D.50.17.23 (Ulp. 29 ad Sab), que analiza el quantum de responsabilidad de cada figura contractual en “Responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origine a tutta l’età postclassica. (Bari 1994).

abstracto). Si alguien entra en una sociedad con una persona negligente o descuidada, no puede lamentarse después si su nuevo socio realmente no está al nivel de sus expectativas. Tal planteamiento parece ser una muestra de un pensamiento pragmático y con visión de futuro³²⁸, pues en ese momento la extensión del ámbito de la responsabilidad necesariamente constituye una cuestión abierta y aún en el aire. Ulpiano, por ejemplo, unos sesenta años más tarde, parece admitir la posibilidad de hacer responsable a un socio, a través de la *actio pro socio*, por haber causado daños patrimoniales a bienes puestos en común por los socios, integrando en definitiva el fondo social (“...quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire”)³²⁹. Una responsabilidad no sólo por dolo sino también por culpa in abstracto puede ser fundamentada por razones de utilidad³³⁰. La *societas*, después de todo, se caracteriza como *negotium utriusque gratia*: no entraña una composición de intereses contradictorios, se constituye para el logro del fin común que se proponen todos los socios, que va más allá que el interés particular, sea del socio demandante o del demandado por la *actio pro socio* ejercitada. Todo lo cual, resulta coherente con la asertación procedente de Ulpiano y contenida en D.13.6.5.2.”...sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur”. Es prácticamente imposible determinar si tal texto refleja la postura propia de la última etapa del derecho clásico o si nos enfrentamos a una interpolación de origen ya postclásico. En cualquier caso, resulta más que evidente una creciente tendencia hacia la generalización de la responsabilidad por culpa³³¹. Justiniano llega a establecer como principio la responsabilidad por culpa leve in concreto (negligencia que no se cometería en la gestión de los negocios propios), lo que hace pensar que el contrato de sociedad se va tiñendo en la época bizantina claramente de un cierto carácter comercial.

³²⁸ Así, Herbert Hausmaninger, “Diligentia quam in suis” en: *Festschrift für Max Kaser* (1976), pp. 271 y ss.

³²⁹ Ulpiano D.17.2.52.2 in fine

³³⁰ Así lo estima Wiacker, (1934) 54 ZSS 57 y ss.

³³¹ Así se deduce de la lectura de textos como Ulp.D.17.2.52.2, Ulp.. D.13.6.5.2, Paul. D.17.2.65.9; Ulp.D.50.17.23 ó Paul. Sent.II, XVI., si bien se sospecha que los mismos hayan sido interpolados. Tradicionalmente la responsabilidad del socio por culpa se consideraba un rasgo exclusivo del derecho romano postclásico, así en 54 ZSS 52 y ss; pero más recientemente discrepan de tal planteamiento Hausmaninger en *Festschrift Kaser*, p. 275.

8.2- CUSTODIA E IMPERICIA

Si el panorama presentado hasta ahora merece los calificativos de complejo y multifacético (y debe ser remarcado que toda la problemática en torno a la responsabilidad emanada del contrato de sociedad-fuera del caso de la responsabilidad por dolo-ha sido y aún sigue siendo objeto de discusión doctrinal), en cualquier caso, debemos añadir una nueva dimensión a la cuestión del tipo de responsabilidad del socio; pues, bajo ciertas circunstancias, un socio podía ser responsable por custodia e impericia. Gayo³³² menciona, entre otros, los casos del tintorero (fullus), del satre (sarcinator), y efectivamente, en análogos supuestos podría bien verse involucrado el socius al hallarse en supuestos de actividad similar. Asimismo, tenía el deber de custodia, según una cláusula del Edicto pretorio el naviero (nauta), el dueño de un negocio de hostelería (caupo) y el que alquilaba establos (stabularius).

Por otra parte, Ulpiano nos dice:

“...si in coeunda societate, inquit (Celsus), artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam custodia parestanda est: pretium enim operae artis est velamentum.”³³³

Es cierto que este texto, tal y como ha llegado a nosotros, contiene la palabra “culpa” en lugar de “custodia”; si bien tal término parece estar interpolado. Como ya se tendrá ocasión de comprobar, generalmente Justiniano tiende a dejar de lado el concepto clásico de responsabilidad objetiva por custodia y lo sustituye directamente por culpa. Aparte de eso el “quod si”, al comienzo de la siguiente frase (“quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire”), carecería de sentido si ambas frases se estuvieran refiriendo a la responsabilidad por culpa³³⁴. La fuente de inspiración de esta precisa modalidad de responsabilidad³³⁵ parece haber sido las normas elaboradas

³³² (III, 205-6).

³³³ Ulpiano D.17.2.52.2

³³⁴ Ver a continuación Ulpiano, D- 17, 2, 52, 3.

³³⁵ Sobre la responsabilidad por custodia, véase, Lusignani: “La responsabilità per custodia secondo il diritto romano I.(Módena, 1902); Paris: “La responsabilité de la custodia en Droit Romain” (Paris, 1926); Vazni: “Custodia, Annali Palermo”, 13 (1926); Carrelli: “In tema di responsabilità per custodia in riguardo ad alcuni studi recenti”, Rass. Bibliográfica (1931) 604 y ss; Luzzato: “las responsabilità per custodia” (Milano, 1938), Kruckmann: “Custodia, ZSS, 64 (1944) 1 ss; Rosenthal: “Custodia un Aktivlegitimation

dentro del contexto de la *locatio conductio operis*. Podría ser, (como efectivamente sucede en los ejemplos mencionados en (D.1.2.52.2) que los mismos “opera” que hubieran sido concertados por la vía contractual de *locatio conductio* pudieron llegar a convertirse en objeto de una *societas*.

El trabajo, bajo estas circunstancias, es equivalente a cualquier otra aportación de la clase que sea hacia al fondo común societario³³⁶. *Societas* y *locatio conductio operis* no difieren en cuanto a la naturaleza de la prestación que deba ser cumplida; así, parecería sensato esperar de un socio, como parte contratante, todo lo que debe realizar un contratante propiamente dicho. Al habersele admitido como socio, implícitamente se le considera por los demás consocios competente para desempeñar la tarea o trabajo que había asumido; y, como contrapartida, es responsable de la custodia de cualesquiera objetos que se le hubieran proporcionado para cumplir su cometido.

Esto se aplica, por ejemplo, si una manada o rebaño de animales se hubieran dejado bajo la guarda y cuidado de un pastor o de un ganadero; o bien si fincas de labor se confían a un politor para su cultivo y obtención de cosechas. En tales casos, se consideraba procedente pactar que a cambio de tales prestaciones se prometiera una determinada retribución (*do ut des*). Y por lo tanto, tan bien resultaba pertinente que las citadas prestaciones pudieran instrumentarse como aportaciones integradas en un fondo común societario. Celso muestra ejemplos similares en D.19.2.9.5 y en D.17.2.52.3³³⁷.

Se trata de un tipo de responsabilidad objetiva en cuanto no se valoraba la conducta más o menos diligente del obligado a vigilancia o custodia. Se atendía al resultado o finalidad independientemente del comportamiento del obligado, quien debía responder de la pérdida o deterioro de los objetos que le habían sido confiados, (en el caso de los socios, por razón del desarrollo del fin social). En estos tipos de negocios se trataba de evitar precisamente el *furtum*, el deterioro o pérdida general de las cosas. La índole del negocio requería esta responsabilidad objetiva. Sin embargo, el sentido de

zur *actio furti*”, ZSSS, 68 (1951), 217 y ss; Metro: “L’obbligazione di custodire nel diritto romano classico” Milano, 1966; “Custodiam praestare” *Labeo* 13 (1967), p. 60 y ss; Albanese, D. 13, 6, 19 e D. 19, 2, 41.”Nel quadro dei problemi della custodia”, *Studi Grosso* (Torino, 1968), p. 77 y ss.

³³⁶ Las aportaciones de los socios a la *societas* podrían consistir en dinero u otros bienes patrimoniales, la aplicación de los conocimientos técnico y el trabajo (o, por supuestos, una combinación de los dos); cf. Ulp. D.17.2.5.1; Pomponio D.17.2.6; Próculo D.17.2.80”*Pretium enim operae artis est velamentum*”, es un aforismo que condensa esta idea; cf. Wiacker (1934) 54 ZSS 48.

³³⁷ Ver Wiacker, (1934) 54 ZSS 45 y ss.

responsabilidad por custodia evolucionó de tal modo que penetra en ella la idea de culpabilidad y diligentia in custodiendo quizá ya desde finales de la época clásica. Según el profesor Fuenteseca³³⁸ las discrepancias doctrinales entorno a su configuración han oscilado pendularmente; mientras una corriente de opinión considera que la custodia pierde su sentido objetivo, subjetivándose en el derecho justiniano, otros creen, por el contrario, que fue entonces cuando se extendió el sentido objetivo, que en el derecho clásico sería subjetivo, salvo algunos casos específicos de custodia pactada. En definitiva, resulta complicado señalar las líneas evolutivas de la responsabilidad por custodia, máxime en el campo de la responsabilidad societaria, aunque quizás pudiera afirmarse con suficiente fundamento que se trata más bien de una noción más próxima a la idea de riesgo que a la idea de responsabilidad, como hemos apuntado anteriormente.

8.3.- RESPONSABILIDAD SOCIETARIA POR CULPA SEGÚN ARANGIO RUIZ

Al estudiar la forma en que se introdujo y se generalizó el criterio subjetivo de responsabilidad, por parte de los compiladores justinianos, ha puesto de manifiesto que éstos lo hicieron mediatamente, a través del paso a una genérica responsabilidad subjetiva por culpa—negligencia, en la edad postclásica. Su demostración se apoya en el análisis de los textos que nos han llegado al margen de la Compilación, en particular de Gayo auténtico, y de los pertenecientes a otro Gayo, esto es, al de las Res Cottidianae. En esta confrontación descubre Arangio Ruiz las diferencias existentes entre el pensamiento clásico y el bizantino³³⁹.

Una atenta lectura del tratado de las obligaciones quae ex contractu nascuntur, tal como se expone en las instituciones genuinas de Gayo (III, 89-162), pone de manifiesto que allí queda a un lado el problema de los límites de la responsabilidad contractual, a excepción de una alusión a la actio furti³⁴⁰.

En Inst. III 205, se refiere a los casos de locationes operis, a cómo se articula en ellos las posibilidades de hacer efectivas las responsabilidades que pudieran surgir.

³³⁸ Fuenteseca, P:op. cit. p. 220.

³³⁹ Recuerda, en efecto, Arangio Ruiz que “ fra Istituzioni classiche e le imperiali, punto di partenza e punto d’arrivo, la meditazione è data de quelle Res Cottidianae, o libri aureorum, larga parte delle quali (specie in materia di obbligazioni) è riprodotta nei Digesti e nelle Istituzioni medessime...” Responsabilità contrattuale in Diritto romano”. Nápoles, 1958, p.63.

³⁴⁰ La doctrina de las Inst. a este propósito es clara; cuando se ha cometido un furtum, la acción penal contra el ladrón no corresponde al propietario de la cosa en cuanto tal, sino a aquel “cuius interest rem...”

Ciñéndonos a uno, el del lavadero a quien se entregan unos vestidos para lavarlos, tras la entrega de una merces, ocurre –según el texto-, que si tales vestidos son robados mientras están en poder de él, la *actio furti* no corresponde al dominus (ya que mediante la *actio locatio* contra el lavadero puede conseguir lo que es suyo); pero sí puede conseguir lo que es suyo), pero sí puede actuar contra el ladrón en el caso de que demuestre que las condiciones financieras del contrayente no garantizan el pago del *id quod interest*. La razón que se señala es que sólo entonces se podrá decir que el propietario tenía un interés propio en que no le fueran robados los vestidos (...quia hoc casu ipse interest rem salvam esse”).

En el párrafo siguiente (III, 206)³⁴¹ se hace una aplicación idéntica a propósito del *commodatum*, explicando cuál es la responsabilidad que pesa sobre los contratantes (en cuanto que *custodiam praestant*) y justificando tal responsabilidad por el provecho que sacan del contrato (en un caso, “mercedes cabiendo”; en otro, “utendi *commodum* percibiendo”).

Tales principios resultan, asimismo de aplicación en el supuesto de contrato de sociedad, dada en este punto la identidad de razón. Habiendo sido aportado un bien al fondo común, deviniendo copropiedad de todos los consocios, además de la *actio pro socio* para exigir el cumplimiento de contrato, también estarían los demás consocios legitimados para el ejercicio de la *actio furti* considerando que la situación económico-patrimonial del aportante no garantizan el *id quod interest*. Sin perjuicio de lo expuesto, ha de tenerse en cuenta otro aspecto al que también alude Gayo en (III 207) señalando con claridad que esta responsabilidad de que se habla no tiene lugar en cualquier contrato que lleve consigo la entrega de una cosa de uno a otro de los contrayentes³⁴².

Teniendo en cuenta los pasajes citados, cabe afirmar que lo que dice Gayo es, en sustancia, que existe una responsabilidad por custodia, limitada a un cierto de negocios³⁴³

³⁴¹ Dicho texto expresa:” Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedes cabiendo *custodiam praestant*, ita hic quoque utendi *commodum* percibiendo similiter necesse habet *custodiam praestare*”.

³⁴² Explícitamente se dice:” Sed is, apud quem res deposita est, *custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit*”.

³⁴³ Así, en cuanto a la obligación de custodia del vendedor, se puede reflejar el texto siguiente:” *custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res, commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet Eod. 3 (Paulo)*.

y que aquél que responde de la custodia está obligado a la restitución de la cosa, o de su valor, aunque haya sido otro el que la ha robado estando en su poder.

Según Arangio Ruiz³⁴⁴, lo que nos dice Gayo, es todo lo que podemos afirmar con certeza acerca de la responsabilidad *ultra dolum* en el derecho clásico.

En efecto, ahora, siguiendo esta misma lógica gayana, la problemática concerniente a la responsabilidad contractual pasa a ocupar un lugar central, superada la alternativa entre responsabilidad por dolo y por custodia. Así pues, debe presentarse la responsabilidad del deudor de forma sistemática recurriendo al criterio de la diligencia, en sus diversas graduaciones (desde la *simple diligentia* a la *exactissima diligentia*). Tal extremo es contemplado en las Instituciones en el caso del acreedor *pignoraticio* con estas palabras:

Praestirerit et aliquo fortuito caso rem amiserit, securum esse nec impedi “Creditor quoque qui *pignus* accepit *re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda*

O en el caso de hurto de cosa vendida, dependiendo de si hay pacto o no respecto de la obligación de custodia: “*Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori. Unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut conditionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre*” D., 18, I, de *contrahenda emptione*, 35, 4 (Gayo).

En sede de comodato, la obligación de custodia adquiere especial relevancia, como lo atestiguan los casos siguientes: “*Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum qui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare*”. Gayo 3, 206.

“*Servus vel equus a latronibus vel in bello occisi si in aliam causam commodati sunt, actio commodati datur; custodia enim et diligentia rei commodatae praestanda est.*” Paulo, Sent. 2, 4, 3.

En cuanto al arrendatario, respecto de la custodia, ha de obrar con arreglo a lo establecido en el contrato de arrendamiento, integrado por la regla que determina actuar con arreglo a lo justo y lo bueno: “*Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia (talis) desideratur (qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet). Quam si praestiterit et (aliquo) casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur*” I., 3, 24, de *locat. cond.* 5.

En los casos de custodia por parte del *nauta* Ait praetor: *Nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo*”. D. 4, 9, *nautae cau. stab. Ut. Rec. Ipr. Ulpiano*.

³⁴⁴ Responsabilità contrattuale...pp. Si bien, un poco más allá mantiene que faltan los criterios concretos “*per potere esttamente descriveri i confini della responsabilità per custodia*”.

tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia credetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficer quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si ri creditum petere” (III 14,4).

En relación a la prestación de una diligente custodia, como obligación o deber ínsito en los contratos, en las Instituciones se alude a la misma en el caso del “negotiorum gestor”³⁴⁵, el cual de hecho presenta en su proceder afinidades con el comportamiento de los socios manente societate³⁴⁶. Por su parte, el Digesto examina también diversos casos relativos a la societas³⁴⁷ en cuyo desarrollo se exige una diligentia quam suis rebus³⁴⁸, también en el mismo sentido se refiere a la compraventa³⁴⁹, al comodato³⁵⁰ y al depósito³⁵¹.

A propósito del commodatum en las Res Cottidianae se exige una exactissima diligentia, encajable asimismo sin reproche jurídico alguno en el contrato de societas en todas sus diversas modalidades.

La comparación entre los textos del Gayo genuino y del Gayo de las Res Cottidianae³⁵² no constituye el único argumento con fuerza para demostrar que a los compiladores justinianos se debe la introducción y la generalización de un criterio subjetivo de responsabilidad, ni la única explicación válida de las causas que condujeron

³⁴⁵ En cualquier caso, Gayo no menciona ni a la negotiorum gestio ni a los legados obligacionales al hablar ex profeso de los cuatro géneros de obligaciones contractuales.

³⁴⁶ Inst. III, 27, 1: en este pasaje se dice: “... ad exactissiman quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem sus reus adhibere soleret...”.

³⁴⁷ D. 17, 2, 72.

³⁴⁸ Véanse los casos recogidos en D. 17, 2, 36; 17, 2, 17; 17, 2, 52, 4; 17, 2, 65, 9; a veces incluso responsabilidad por custodia (h. t. 52, 3).

³⁴⁹ D. 18, 6, 2, 1.

³⁵⁰ D. 44, 7, 1, 4.

³⁵¹ 44, 1, 5; para todos estos textos del Digesto, cfr. De Robertis, “Exactissima diligentia”, SDHI 1957, pp 122 y ss y el propio Arangio Ruiz, en Responsabilità..., op.cit., p. 67 y ss, donde resume las diversas gradaciones de la responsabilidad que se deducen en estos textos.

³⁵² P. Frezza: “Corso di Storia del Diritto Romano”. Roma, 1968: “Les Res Cottidianae introducono nel diritto obbligatorio un'importante innovazione rispetto ad esse: le fonti delle obbligazioni sono portate dalle due individuate da Gaio (contratto e delitto) a tre (contratto, delitto altre figure). Giustiniano le porterà poi a quattro. Si tratta quindi di un'evoluzione del numero delle fonti che trova nelle Res il suo punto intermedio”.

a este paso, a partir de la época postclásica Pero sí son el argumento de más fuerza, dado que esta confrontación descubre las diferencias existentes entre el pensamiento clásico y el bizantino³⁵³. Una lectura atenta del tratado de las obligaciones quae ex contractu nascuntur, tal como se expone en las instituciones genuinas de Gayo (III 98-162, pone de manifiesto que allí queda de lado el problema de los límites de la responsabilidad contractual, a excepción de una alusión a la actio furti en Inst. III 205.³⁵⁴

Con todo, aun aquellos que sostienen, para el derecho clásico, una responsabilidad por custodia técnica, tienden a atribuir ya, para este período, un cierto relieve al criterio subjetivo de la diligentia..

En cualquier caso, no resultaría suficiente recurrir a soluciones de compromiso que consistan simplemente en acoger indiscriminadamente criterios subjetivos y objetivos, sin dejar bien perfilados el fundamento y los límites de uno y otros.

La doctrina romanista italiana, siendo en este punto un claro referente Luzzatto³⁵⁵, intenta poner en claro las dificultades con que chocan los intentos de superar, ya en derecho clásico, la antítesis dolo-custodia, mostrando cómo tales intentos son inconciliables con la aceptación de los resultados de la crítica interpolacionística³⁵⁶. Expone los indicios positivos a favor del paso de una noción de responsabilidad objetiva clásica a una subjetiva propia de los compiladores³⁵⁷.

³⁵³ Recuerda, en efecto, Arangio-Ruiz que “fra le Istituzioni classiche e le imperiali, punto di partenza e punto d’arrivo, la mediazione è data de quelle Res Cottidianae, o libri aereorum, larga parte delle quali (specie in materia di obbligazioni) è riproposta nei Digesti e nell Istituzioni medessime...”. Responsabilità contrattuale in Diritto Romano. Nápoles, 1958, p.63.

³⁵⁴ La doctrina de las Inst. a este propósito es clara; cuando se ha cometido un furtum, la acción penal contra el ladrón no corresponde al propietario de la cosa en cuanto tal, sino a aquel “cuius interest rem salvam esse”(III,203), y por tanto, al dominus solamente en el caso en que el interés prevalente a la conservación de la cosasea el suyo. Así se deduce de Inst. III 203: “ Item si fullo polienda curandae aut sarcinator sarcienda vesmenda mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non perlisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse”.

³⁵⁵ En la primera parte de su estudio “Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale”.

³⁵⁶ En la citada obra “Spunti...” manifiesta que, tras un análisis concienzudo de los estudios que fueron apareciendo a partir de su investigación “Caso fortuito e forza maggiore come limite a la responsabilità contrattuale. 1. La responsabilità per custodia” (del año 1938), no encuentra motivos que justifiquen un cambio sustancial en sus conclusiones.

³⁵⁷ Y así le parecen como textualmente dice en sus citados “Apuntes críticos”: “che nessuno degli elementi addotti dalla critica tradizionale sia, fino ad oggi, rimasto acosso dalle più recenti revisioni”.p. 97

Dejando a un lado el estudio y análisis de otros aspectos que plantea esta problemática, procedemos a abordar la conexión entre la responsabilidad societaria y la culpa aquiliana.

8.4.- RESPONSABILIDAD SOCIETARIA SEGÚN CANNATA

En el año 1969, C.A. Cannata publicó una monografía, en la que al estudiar la responsabilidad por culpa en el Derecho Romano Clásico, orienta su investigación en la dirección que señala aquella corriente romanística para la que el origen de la noción culpa contractual debe buscarse en “una sorta di estrapolazione della nozione di colpa aquiliana”³⁵⁸. A propósito de la antigüedad de la misma es, sobre todo, el hecho de que las soluciones contenidas en las fuentes parecen atribuir a ella la función de modelo; o, más precisamente, se trata del hecho de que el cuadro histórico que el conjunto de los testimonios sugiere como más probable, presenta la noción de culpa contractual, identificable con la culpa Aquiliana; dato éste que también entendemos extrapolable al ámbito de la responsabilidad societaria. Siguiendo este camino, es posible descubrir una relación íntima en la elaboración de los dos conceptos³⁵⁹.

Sus conclusiones se oponen a las de aquellos romanistas que sostienen que el derecho clásico no conocía otros criterios de responsabilidad más que los de dolus y de custodia, no habiendo, por tanto, apenas lugar para el criterio de culpa.

Tras un examen detenido de una serie de ejemplos de culpa, imperitia y culpa-negligencia, en los que se daba lugar a un concurso entre la acción contractual y la acción aquiliana, Cannata entiende que tales ejemplos han revelado una situación de este género: para decir si el *damnum* había o no de ser considerado *in iuria datum*, debía tenerse presente la naturaleza del contrato, así resulta del D. 9, 2, 27, 29³⁶⁰; del sentido de este texto, la rotura de una copa daba lugar a una acción sólo cuando era producida por impericia, de tal modo que una cláusula que exonerase al artífice del riesgo de la rotura impedía no sólo la acción contractual sino también la acción Aquiliana.

³⁵⁸ C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*. Milán, 1969.

³⁵⁹ C.A. CANNATA, *op.cit.*, pl 306 y ss.

³⁶⁰ “Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni in iuria tenebitur; si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, postest esse excusatus; et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere; quae res ex locato tollit actionem et Aquilae” (D. 9, 2, 27, 29).

Son muchos los pasajes en los que para la cualificación del hecho desde el punto de vista de la iniuria Aquiliana es necesario un juicio de culpabilidad, y es la situación contractual de las partes la que ofrece los elementos necesarios para ello. Entre los textos a los que explícitamente hace referencia Cannata, podemos considerar el de D. 19, 2, 30, 2³⁶¹; la culpa que se considera en este texto o es la negligencia, sino más bien la que se deriva de un límite contractual al uso de la cosa; el concurso entre las dos acciones tiene lugar sólo cuando también la actio ex lege Aquilia puede ejercitarse contra el locator. En cualquier caso, subraya Cannata que el hecho encuentra su cualificación de culpable en el contenido del contrato. La culpa que aquí es considerada que, en puridad, no puede encuadrarse estrictamente ni en negligencia ni en la impericia es descrita por él como “culpa contractual pura”, esto es, comportamiento que deriva su cualificación de ilícito únicamente de la circunstancia de que existe un contrato), que prohíbe específicamente a un sujeto comportarse de una manera determinada³⁶².

Siguiendo al propio Cannata, una valoración atenta de los datos de las fuentes, permite incluso establecer una cierta conexión cronológica en la individualización de los varios tipos de culpa contractual. Las etapas que, según él, tendrían esta evolución histórica, de acuerdo con los indicios disponibles, son las siguientes: a) formación de la noción de culpa contractual en el curso del siglo II a. JC., como una determinación casuística, constituida, por ejemplo, de lo que Cannata llama “culpa contractual pura”. B) Enriquecimiento de la casuística considerando las hipótesis de culpa-negligencia; esta labor fue realizándose al menos a partir de la época de Augusto. C) Adquisición de la noción de culpa-impericia, en la época de Adriano. Teniendo en cuenta estas tres etapas, el propio Cannata precisa que tal evolución tiene en cuenta más bien la historia del pensamiento jurídico que la historia de las soluciones prácticas³⁶³. Siguiendo la doctrina

³⁶¹ “ Qui mulas ad certum pondus oneris locare, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi” (D. 19, 2, 30, 2).

³⁶² Entre los textos que confirman la doctrina expuesta en el caso precedente, puede verse, por ejemplo, D. 13, 6, 5, 7 (Ulp. 28 ad Edict): “ Sed interdum et mortis damnum ad eum, qui commodatum rogavit, pertinet; nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum...”

³⁶³ Efectivamente, el trabajo de los juristas a partir del año ciento veinte habría consistido en perfilar los contornos de la noción de culpa, lo cual, en palabras del propio Cannata en op. cit. p. 317: “equivaleva a fissare la casistica in modo rationale ed organico”.

de Kunkel, el concepto romano de culpa se extiende también a los actos intencionales (y por tanto, al dolo), observa Cannata que tal afirmación tiene un alcance relativo, ya que existen una serie de textos sustancialmente clásicos en los que el dolo y la culpa se contraponen como entidades distintas³⁶⁴; en cualquier caso, se desprende que “*culpa praestare*” expresa la responsabilidad por los hechos culpables tomados en su conjunto y contrapuestos³⁶⁵; en este sentido, y a propósito de la *actio furti*, es especialmente significativo el siguiente pasaje de Paulo: “*Qui aliens negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit: sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat...*”.

Un importante ejemplo de este modo de entender la culpa lo encuentra Cannata en el campo de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de dare, en el que los hechos que entraban bajo la noción de culpa debitoris eran, generalmente, voluntarios; hasta tal punto, que puede parecer que el haberlos considerado como culpa dependió no tanto de la irrelevancia de su voluntariedad, como de la circunstancia de que estuvieran o no ordenados de antemano a hacer imposible el cumplimiento. Sea como fuere, la culpa debitoris en las obligaciones de dare representa un sector muy importante para esclarecer uno de los aspectos más decisivos de la problemática de la responsabilidad por culpa: el de verificar cómo la culpa contractual fue adquiriendo una autonomía respecto de la culpa Aquiliana.

Hay que tener en cuenta que los casos concretos elementales de la culpa debitoris eran análogos a los de la culpa Aquiliana, pero no ofrecían al acreedor la posibilidad de actuar ex lege Aquilia. En otras palabras, la culpa debitoris tiene ya una autonomía propia desde el principio³⁶⁶; sólo partiendo de tal premisa puede comprenderse un lenguaje como el que emplean Ulpiano y Pomponio en D. 19, 2, 11, pr.³⁶⁷

³⁶⁴ Cf. por ejemplo, D. 10, 2, 25, 16 (Paulus 23 ad ed.): “*Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria prestaría debet coheres*”, o también: “*In his autem, quae cum re empta praestari solent, non solum dolum sed et culpam praestandam arbitror...*”

³⁶⁵ Guarda coherencia dicha conclusión con la frase inicial de Celso contenida en D. 16, 3, 32: “*quod Neva diceret latiore culpam esse, Proculo dicipliebat, mihi verissimum videtur*”.

³⁶⁶ Pero, según mantiene Cannatta en op. cit. p. 321, hubo un sentido en que “*rimase fermo il legame tra colpa Aquiliana e colpa contrattuale: che, per i giuristi classici, anche quest’ultima fu sempre concepita como individuabile in un fatto, e non divenne mai criterio di responsabilità*”.

³⁶⁷ D. 19, 2, 11, pr: “*videamus an et servorum culpam... conductor debeat? Et quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat an vero suo nomine teneatur? Et adversus eos quos induxerit utrum praestabit tantum actionem, an quasi ob propiam culpam tenebitur*”.

Bien puede colegirse que, iniuria y culpa aquilianas han sido elaboradas por los juristas romanos no en relación con el comportamiento en sí, sino en relación con el comportamiento en cuanto dañoso. En realidad, no existe (a los fines de la lex Aquilia un “agire iniuria”, sino un “iniuria damnum dare” (occidere, urere, franger, rumpere)³⁶⁸.

Ahora bien, poco tiempo antes de publicarse la obra de Cannata, una investigación de A. Metro³⁶⁹ había llegado a unos resultados antitéticos, en cuanto que se insertaba dentro de una corriente de interpretación que durante más de medio siglo había intentado atribuir carácter objetivo a la responsabilidad por custodia en la época clásica.

El Capítulo I, en que se estudia la custodia en las fuentes, le conduce a la conclusión de que la palabra custodia tiene tres acepciones principales: a) un significado vulgar de vigilancia, y conservación que “non alludono ad un ben determinato potere su una cosa”; b) un significado de poder sobre la cosa, que lleva consigo un interés específico en la conservación de esta cosa; tal acepción serviría para indicar, especialmente en materia de posesión, el paso de la cosa a la esfera de control y a la disponibilidad material de un sujeto; c) significado de responsabilidad contractual, que se concreta en la imputación automática a cargo del obligado por los llamados casus minores (o, al menos, del furtum).

Al profundizar más adelante en el significado concreto de la responsabilidad por custodia, cabe distinguir, en el derecho clásico, entre la custodia – actividad y la custodia – responsabilidad, llega a la conclusión de que la responsabilidad por custodia es totalmente independiente de la “custodiante”.

En la recensión de DE ROBERTIS al libro de METRO se señala, a este propósito, que si bien, para poner de manifiesto tal independencia, se apela a la exclusión en Gayo, III, 27 de responsabilidad por custodia a cargo del depositario (aunque la causa del contrato esté justamente en la custodia, y tal razonamiento, por ende, resulta extrapolable y de aplicación al contrato de sociedad), no es convincente la insistencia del autor en el carácter objetivo de la responsabilidad por custodia; una causa de duda es, sin duda, el rechazo que hacen de tal interpretación una serie de romanistas (Marton, Vischy, Pastori, Betti, Cannata), que piensan poder señalarse en el derecho clásico una clara afirmación del momento subjetivo, más allá del simple dolo; de este modo la responsabilidad por

³⁶⁸ Cannata subraya lo expuesto, insistiendo en sus puntos de vista en la nota crítica que con el título de “Genesi e vicende della colpa Aquiliana”, publicado posteriormente a su “Per studio...”, en Labeo, 17 (1971), pp 64-84.

custodia aparece como una figura tipificada de culpa y, además, permite reestablecer (sobre la base de un criterio unitario común, el de culpa) el natural paralelismo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, acerca de la cual se lee en Gayo, III, 211: *·Is iniuria autem accideret intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*”.³⁷⁰

En conclusión, mientras que en Cannata encontramos una reinterpretación subjetiva del problema por la responsabilidad por custodia en el Derecho romano clásico, la investigación de Metro se orienta, en cambio, en la dirección que prevalece desde hace medio siglo en la doctrina romanística y que atribuye un carácter objetivo a la responsabilidad clásica por custodia. Se trata de dos planteamientos distintos que demuestran hasta qué punto el tema de la responsabilidad por custodia en el derecho romano continúan siendo una “*vexata quaestio*” y un terreno abierto a la investigación romanística.

La doctrina pues, que se ha ido imponiendo, puede resumirse, así:

a) En el Derecho romano clásico se atribuía al deudor una responsabilidad absoluta, bajo la forma de una porción determinada de riesgo (las fuentes llamarían a esto “responsabilidad por custodia”).

b) En el Derecho postclásico y justiniano se tendería a abandonar el criterio objetivo, por lo que se refiere a la responsabilidad contractual, teniendo en cuenta el comportamiento del deudor (culpa, diligentia).

c) Esto explica la transformación de la custodia por diligentia in custodiendo, y la creación de la categoría “*casus cui resisti non potest*”.

De este modo, se superaría la doctrina según la cual el Derecho romano clásico habría atribuido al deudor una responsabilidad subjetiva, por culpa o diligentia, siendo el Derecho justiniano el que creó una responsabilidad objetiva. Sin embargo, no se niega en absoluto que entonces en el Derecho clásico, se fuese desarrollando la noción de una responsabilidad subjetiva, si bien el concepto de culpa o diligentia se desarrolló sobre todo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, siendo la responsabilidad

³⁶⁹ A.Metro, *L’Obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milán, 1966.

³⁷⁰ De Robertis, *Recens. en SDHI*, 35 (1969), pp. 441 y ss., en especial p. 442; el autor añade inmediatamente: “*ma c’è di più; si perviene così anche a ristabilire tra le due situazioni – debitoria e di responsabilità – la corrispondenza organica e il paralelismo funzionale che sembra suggerirci lo stesso rapporto di derivazione semántica*”.

objetiva el criterio más general en el ámbito de la responsabilidad contractual, pese a los intentos de Krückmann, Visky, Marton y otros por demostrar lo contrario.

8.5.- INTEGRACIÓN DE LA CULPA AQUILIANA EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL SOCIETARIA.

Durante la República, los jurisconsultos, mediante el análisis de los casos prácticos y sus decisiones, colaboraron eficazmente a la formación del concepto de diligencia, lo mismo que a la elaboración de la culpa. La custodia aparecía como un tercer grado de responsabilidad (además del dolo y la culpa)³⁷¹. Esto no significa que la casuística de los diferentes grados de responsabilidad tuviera ya unos contornos perfectamente definidos en materia de responsabilidad contractual societaria, pero gracias a las decisiones de los “veteres”, la jurisprudencia clásica pudo construir el sistema romano de responsabilidad. Así, a propósito de la *actio pignoraticia*, y como testimonio ilustrativo de la forma de entendimiento de la responsabilidad contractual por los jurisconsultos clásicos³⁷², puede mencionarse el texto de D. 13, 7, 30: “*Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: poistea flumen crevit et ratem abstulit, si invito ratiario detinuisset, eius periculo ratem fuisset respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vin maiorem*”.

En desarrollo de la noción de la *bona fides debitoris*, podemos decir que la jurisprudencia republicana dio importancia a una valoración subjetiva de la responsabilidad del deudor. Tal concepción de la *fides*, que es exigida a quien celebra un contrato, se enturbió en el curso de la evolución cuando la noción de culpa (en sentido técnico) se fue desarrollando dentro del dominio de la responsabilidad aquiliana.

³⁷¹ Tal obligación de custodia ya era conocida por los veteres, como demuestra el pasaje de D. 13, 6, 5, 9: “*Usque autem adeo diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatum, praestari debeat; ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comtabatur; etiam putlli te custodiam praestare debere veteres responderunt*”.

³⁷² Otros ejemplos del reconocimiento de la culpa contractual pueden hallarse, respecto del *commodatum* en D. 136, 5, 3 y respecto de la *compraventa*, aplicable sin duda a la aportación de bienes al fondo común, tenemos el caso expuesto en D. 18, 6, 12 (11): “*Si venta insula combusta esset, cum incedium sine culpa fieri non possit, quid iuris erit? Respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum negligentia factum continuo dominus in culpa erit...*”.

Ciertamente la Lex Aquilia³⁷³ no conocía aún este concepto de bona fides, si bien la responsabilidad aquiliana ofrecía una vocación expansiva, de suerte que inconscientemente se abría hacia situaciones jurídicas nacidas al socaire de la celebración de un contrato. Desde la culpa aquiliana fue extendiéndose la noción de culpa hasta tener el sentido de responsabilidad no dolosa. En este sentido culpa adquiere el sentido de negligencia. Los daños causados por omisión o bien de modo indirecto no caben en la noción de culpa, pero el pretor fue sancionando estos supuestos en formulae ad exemplum legis Aquiliae. En el campo de las obligaciones contractuales la culpa no es solamente negligencia, sino incluso deber de diligencia ya a finales de la época clásica.

En cualquier caso, los textos se muestran un tanto confusos. Se admitió la actio legis Aquiliae (competada posteriormente por las acciones in factum y doli) a favor del propietario a quien un tercero perjudicaba su propiedad, así como al usufructuario en igual situación y, por ser la posesión una *imago domini*, también el poseedor de buena fe podía ejercitarla. En las postrimerías del Derecho romano, y por vía de excepción, estaba también legitimado para su ejercicio el arrendatario de fincas rústicas³⁷⁴.

Sin embargo, Ulpiano (D. 19, 13, 12) dice: «*Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae arcendae, vel Aquiliae, vel interdicti quod vi aut clam*». Concede, pues, al comprador, por la destrucción de la cosa, la acción de daño inminente, con preferencia a la acción aquiliana,

³⁷³ Catresana, A. "Nuevas lecturas de la Responsabilidad Aquiliana", Salamanca, 2001 : "Es cierto que ningún otro texto de la experiencia jurídica romana, como éste de la Lex Aquilla de damno, ha conocido mayor desproporción entre el tenor literal de la norma y el innegable interés que ha despertado su interpretación jurisprudencial. La lectura que hacen del texto los juristas romanos transforma la responsabilidad aquiliana, cuyo centro de gravedad se desplaza desde la acción material del daño que produce pérdida de una cosa ajena, como fundamento de la responsabilidad, a la colocación de un sujeto en situación de pérdida o disminución patrimonial, y en la que antijuridicidad cede a la culpabilidad. Es verdad que semejante configuración del daño aquiliano no da pie a hablar aquí de una responsabilidad por el resultado, que mira exclusivamente al *damnum* como supuesto de hecho objetivo cuya mera existencia funda responsabilidad. El *damnum* por sí solo no basta para reclamar ex lege Aquilia hace falta '*damnum dare*' -colocación de un sujeto en situación de daño por parte de otro-, y además, '*damnum culpa dare*' -colocación culpable-. Dicha colocación, define un *factum* objetivo en el que intervienen elementos subjetivos eficaces para fundar responsabilidad, y esto facilita indudablemente en muchos casos la consideración subjetiva de la colocación. Pero también aparecen algunos supuestos, en los que se abre paso a la idea de que esa colocación escapa de apreciaciones subjetivas inherentes a una intervención humana determinada y se objetiva en la creación de una situación de riesgo que puede afectar a uno o varios individuos.

³⁷⁴ Ulpiano (D. 9,2 & 11,6 y D. 9,2 & 17) y Paulo (D. 7,1 & 17,3 y D. 9,2 & 27. 14)].

a la que no descarta totalmente. Tal solución bien podría extenderse analógicamente al campo de las relaciones societarias, merced a la obligación de los socios de aportar (análoga a la obligación de entrega del vendedor de la cosa vendida); de esta forma, si se destruye la cosa que un socio se obligó a entregar, la consecuencia debe ser semejante a la señalada para el contrato de compraventa. En esta misma línea, podemos citar otros textos extensibles por vía de analogía, al guardar identidad de razón con las obligaciones que han de asumir los socios que se obligaron en virtud de un contrato. Así, existen otros pasajes en los que parece que el contratante tenía derecho a ejercitar acción contra el tercero. Así, Paulo³⁷⁵ dice: «*Lectos emtos Aedilis, quum in via publica positi essent, concidit; si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet*». Se refiere, más bien, al riesgo contractual, también padecido por los socios. En parecidos términos se expresa Juliano³⁷⁶ según el cual, en el caso de no haber obrado el edil conforme a derecho, el comprador tiene la acción de la Ley Aquilia, o bien puede ejercitar contra el vendedor la de compra, con el propósito de que se le ceda la acción que hubiere tenido contra el edil. Cabe apreciar cierta contradicción entre Ulpiano, quien, en principio, niega la acción aquilana y Juliano, según el cual, el acreedor que ha sido dañado por destrucción de la cosa puede ejercitar *directamente* la protección de la Ley Aquilia. Estos pasajes hay que encuadrarlos dentro de la mora del acreedor³⁷⁷ y entender que si en tal situación el comprador soporta el riesgo, parece justo que tenga como compensación la tutela aquiliana. Según destacan la mayoría de los romanistas, la evolución de la responsabilidad extracontractual fue lenta, y ésta nunca fue concedida al acreedor contra un tercero por la lesión perpetrada por éste en su derecho de crédito, sea contra los demás cocontratantes o contra terceros.

En el Derecho Intermedio se unificaron las acciones *in factum* y *doli* bajo la denominación de “acción aquiliana” Se mostró más riguroso aún que el Derecho romano justiniano, al negar la acción directa del acreedor contra el tercero, si bien admitió ciertas excepciones, fundamentalmente con motivo del resarcimiento de los daños derivados de la muerte del obligado causada por tercero. En este sentido, el tercero se veía obligado a resarcir al acreedor del fallecido por los perjuicios que su óbito le irrogaron.

³⁷⁵ (D. 16, 6, 12)

³⁷⁶ (D. 16, 6, 13),

³⁷⁷ Pernice, op. cit. p. 52

Por otra parte, en cuanto a cuanto a la causa por la cual responder, Mazeaud y Tunc³⁷⁸, consideran que en el derecho romano nunca se planteó tal requisito, y que “fueron tan sólo los jurisconsultos de fines de la República...los que por influencia de las ideas

griegas dedujeron la concepción, que se hizo famosa de la culpa aquiliana....La palabra injuria se convirtió en sinónima de culpa”, y tampoco se distinguió entre responsabilidad contractual y extracontractual. Concluyen afirmando que “el derecho romano no logró nunca librarse por completo de las primeras ideas recibidas en materia de responsabilidad; conservó profundamente el vestigio de las mismas. La condena pronunciada contra el autor del daño a favor de la víctima conservó siempre el carácter de una composición, de un rescate, precio del perdón que extingue la venganza”.

8.6.- DOLO³⁷⁹ IN SOCIETATE

Originariamente en Derecho Romano, el dolo³⁸⁰ tuvo fundamentalmente un origen penal³⁸¹, en un principio constituyó un elemento de los delitos privados, como el *furtum* y la injuria, y logra su desarrollo por obra de la ley *Aquilia de damno* que consagra la responsabilidad subjetiva, que acoge la idea de causalidad que hace responsable al agente que causa materialmente el daño dentro de los supuestos contemplados en dicha ley (*urere, fragere, rumpere*); pero muy especialmente por obra de las acciones útiles dadas ad *ejemplum legis aquilias*, en que el Pretor sanciona como delito de daños los hechos que se establecen en el edicto, como fue el caso de la acción de *servo corrupto*. Esta acción castigaba a quien dolosamente da asilo al esclavo de otro, le aconseja mal o lo persuade de cometer un delito; supuestos en los cuales el responsable es sancionado con una pena consistente en el doble del valor del esclavo o del perjuicio causado. En una etapa

³⁷⁸ Henri y Leon Mazeaud, y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. De Luis Alcalá Zamora, Ejea, Buenos Aires, 1977, tomo I, vol. p. 39.

³⁷⁹ Según Fuenteseca en “*Derecho Privado Romano*”, p. 220: “El dolus había recorrido una larga historia desde su aparición en la arcaica *lex Numae* a propósito del homicidio con intención dolosa (*dolo sciens*)

³⁸⁰ Véase, Litte: “*Zum Dolus-Begriff in der actio dolo*, *Festg. Für Güterbock* (1910), p. 255 y ss., Longo: “*Contributi a la dottrina del dolo*” (Padova, 1937). Coing: “*Die clausula doli im klass Recht*, *Festschrift Schulz*”, Weimar, 1951. Correia: “*O dolo nos contratos de boa fé*” *Romanitas. Rev de cultura romana*. I (1958).

³⁸¹ Lo anterior no obsta al papel que siempre tuvo el dolo en los negocios o en el tráfico jurídico, especialmente en los iudicia *fidei*, donde existía una valoración plena de la actitud subjetiva del deudor y de su comportamiento en orden al cumplimiento o incumplimiento de la obligación.

posterior de su desarrollo, el dolo deja de constituir un elemento de los delitos privados y se transforma en un delito independiente con vida propia. Esta última evolución es posible gracias a la obra del Pretor Aquilio Galo, que introduce en el Edicto una *actio in factum* con cláusula arbitraria. Se trata de la conocida *actio doli*, acción infamante y por lo mismo subsidiaria, la que según el testimonio de Ulpiano, señalaba: “*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alias actio non erit, et justa causa esse videbitur, iudicium dabo*”³⁸²

Sin embargo, para nosotros, más que su origen, resulta importante destacar el significado que se le dio en el Derecho Romano y su relación con la *bona fides* y la *culpa lata*. Es un hecho sin discusión que se asignó al dolo diferentes sentidos, y sin querer adentrarnos en la discusión acerca del campo de aplicación de cada uno de ellos, lo cierto parece ser que el concepto clásico del mismo en materia de obligaciones fue extremadamente elástico. Comprendía no solamente actos positivos, sino también de voluntaria omisión, sin que fuera necesario que el deudor incumpliera por razones moralmente reprobables, bastando que lo hiciera en forma voluntaria y consciente. Esto permitió que el dolo englobara supuestos de negligencias en casos como la administración por todos o algunos de los socios, e incluso comportamientos omisivos como la falta de realización de la aportación convenida o la no restitución por alguno de los socios de bienes afectos al fin común. De esta forma, se impone no sólo el deber de abstenerse de conductas lesivas, sino también la ejecución de ciertas actividades positivas, cuya omisión da lugar a responsabilidad por dolo. En suma, en su concepción clásica es la contraposición exacta de la buena fe, y toda conducta contraria a la *fides* es asimilada en su efecto al dolo.³⁸³

Pero junto a este concepto tan amplio, existe uno más restringido, como el que encontramos en Ulpiano 11 ad ed³⁸⁴, donde se recoge la opinión de Servio y de Labeón sobre el dolo como tal. Según Servio, el dolo consiste en una simulación. Labeón, en cambio, lo caracteriza como toda astucia, engaño, maquinación realizada para sorprender,

³⁸² Chadwickvaldés, Tomás “De la naturaleza jurídica del dolo” en RDJ, t. XXXV, 1938, primera parte, págs. 141 y ss.

³⁸³ Jordano, La responsabilidad contractual, cit., nota 66, págs. 47 y 48; Morales, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa», cit., pág. 596. Ver también Arangio-Ruiz, Vincenzo “Responsabilità contrattuale in diritto romano, 2.^a edición, Napoli, 1958, págs. 33y ss.

³⁸⁴ D. 4, 3, 1, 2

engañar o hacer caer en el error.³⁸⁵ Esta es también la definición que Ulpiano estima más correcta³⁸⁶. Se alude a este significado del dolo con la expresión *dolus malo*, y supone para los juristas una intención consciente de causar un daño contrario a derecho³⁸⁷. Se trata de un perjuicio antijurídico y por lo mismo inmoral, que se distingue de la culpa por su intencionalidad³⁸⁸.—Al ejercicio de dicha acción por razón de dolo se refiere Ulpiano³⁸⁹, diciendo: "Si ante litem contestam", inquit, "fecerit": hoc ideo adiectum quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. Quamquam enim litem contestatam mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores res pares fiunt et quasi praedones tenentur. Et hoc iure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur. Qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim *dolus praeteritus*". (Si lo hubieren hecho", dice, "antes de la *litis contestatio*": se añadió esto por la razón de que después de la *litis contestatio* todos empiezan a ser poseedores de mala fe, o, mejor dicho, después de promovida la controversia. Pues, aunque en el senadoconsulto se haga mención de la *litis contestatio*, también después de promovida la controversia, se hacen iguales todos los poseedores y son tenidos casi como ladrones. Tal derecho le aplicamos también hoy, porque el que es demandado empezó a conocer que posee una cosa que no le pertenece, y por tanto, carecía de buena fe. El que realmente es un usurpador quedará obligado por razón de

³⁸⁵ Si cada uno de los conceptos de dolo tuvo un campo de aplicación específico (dolo en sentido estricto, para la *actio doli* y en sentido amplio para los *iudicia bonae fidei*), es algo en lo cual parece no existir completo acuerdo. y en sentido amplio para los *iudicia bonae fidei*), es algo en lo cual parece no existir completo acuerdo y muchas veces el dolo del puede constituir un delito civil. Ver Morales, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del por defectos de la cosa», cit., pág. 595; Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, págs. 3 y ss. págs. 3 y ss.; Chadwick, «De la naturaleza jurídica del dolo», cit., págs. 148 y ss.

³⁸⁶ Brunetti, M.: "La problemática del dolo processuale nell' esperienza romana I (Milano, 1973) p. 261 n.83 destaca cómo el término *concludere* se emplea en D. 4,3,5 (Ulp. 11 ad ed.) en el sentido de acuerdo fraudulento, realizado al margen del proceso. Sobre el concepto ciceroniano de dolo, cfr. A. Watson: "Actio de dolo" and "actiones in factum".

³⁸⁷ Este mismo criterio se sigue también en fuentes extrajurídicas como en la *Retórica ad Herenium* libro II Cap. XXI: "... Deinde interponetur ab accusatore <suspicio ex constitutione> coniecturali, qua re putetur non <ea> ratione factum esse, quo melius deteriori anteponetur, sed in eo dolo malo negotium gestum de aliqua probabili causa. Ab defensore <contra> refellatur argumentatio coniecturalis, de qua ante dictum est..."

³⁸⁸ Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 4 y ss.

³⁸⁹ D. 5, 3, 27, 5.

dolo incluso antes de la *litis contestatio*; hay aquí, pues, un dolo pretérito). El jurisconsulto tiene in mente el edicto de dolo introducido gracias a la doctrina de C. Aquilio Galo en el siglo I a. JC., por medio del cual se habría creado la acción de dolo. Son razones de equidad las que inspiran este edicto, que pretende ante todo, reestablecer el equilibrio de intereses, alterado por una actuación dolosa (D. 4,3,1 pr/Ulp. 11 ad ed): "Hoc edicto adversus varios et dolosos, quis aliis offuerunt calliditate quandam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa".

Llegados a este punto, debemos plantearnos: ¿Qui iuris de la responsabilidad del socio por dolo? ¿Qué acciones se pueden esgrimir contra el mismo por razón de su actuación dolosa *propter societatem*? ¿Qué papel podría desempeñar la cláusula "si alia actio non erit"? ¿Y la eventual insolvencia del socio autor de un proceder doloso?

Del texto recogido por Paulo en su libro III ad edictum³⁹⁰ se desprende cuando un socio actúa con dolo en el desempeño de sus cometidos societarios, cualquiera de los consocios podían intentar contra él la *actio pro socio*. Acción infamante, por cierto.

Por otra parte, el carácter subsidiario de la acción de dolo aparece ya recogido en el edicto de C. Aquilio Galo³⁹¹, si bien su alcance, como veremos, parece discutible. Según Ulpiano, el Pretor daría acción cuando alguien hubiera actuado con dolo malo y siempre cuando no hubiera otra acción y pareciera concurrir *justa causa* por lo tanto, si existe legitimación para esgrimir la *actio pro socio*, la acción de dolo, *decae irremediabilmente*. El primer requisito de la inexistencia de otra acción es el que más ha llamado la atención; ahora bien, el segundo de la presencia de *iusta causa* es relevante. Llama la atención el empleo del verbo *video* respecto de la existencia o no de la *justa causa* y no respecto a la inexistencia de otra acción. Ello puede deberse a que el pretor *causae cognitio* no entraba en el fondo del asunto y sólo podía determinar basándose en apariencias si concurría o no la *justa causa*. Mientras que cuando se trataba de ejercitar otra acción, el pretor, no se valía ya de apariencias, pues dicha cuestión entraba plenamente dentro del ámbito de su jurisdicción, y, por lo tanto, podía conocer

³⁹⁰ D. 2, 13, 9 pr.

³⁹¹ Verba autem edicti talia sunt: "Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.

perfectamente si existía o no esa otra acción. La exigencia de justa causa es una prueba más del espíritu de equidad que subyace en este edicto.

La jurisprudencia interpretó ampliamente el presupuesto de ausencia de cualquier otra acción, incluyendo las civiles y honorarias. Tampoco debía concederse la acción de dolo, según Labeón, cuando era posible obtener la restitutio in integrum. Igualmente debería rechazarse la acción de dolo cuando la acción principal no podía ejercitarse, ya por haber transcurrido los plazos de prescripción, ya por acceptilación, salvo, en todos estos casos, si ello a una actuación dolosa (4,3,2,6/ Ulp. 11 ad ed.)³⁹². En líneas generales se puede decir, siguiendo a Pomponio, que la cláusula si alia actio non erit, debía interpretarse, en el sentido de que no hubiera ningún otro modo que permitiera conservar la cosa a aquel a quien le perteneciese, lo cual entraña una aplicación del principio de utilidad.

La subsidiaridad de la actio doli, sólo se entiende en clave histórica, considerando que el edicto de Aquilio Galo data de finales de la República; época ésta en la que el furtum venía recibiendo un tratamiento restrictivo, mientras que el damnum iniuria datum, lo recibía extensivo. En este contexto, la actio doli se crea con la intención de dotar a las víctimas de un recurso general para garantizar la defensa de sus intereses, en lugar de extender de forma artificiosa figuras jurídicas, como el furtum o el damnum iniuria datum, creados para supuestos distintos y muy precisos³⁹³.

Un texto de Paulo 11 ad ed.³⁹⁴ nos puede hacer pensar que ya en época clásica se hubiera tenido en cuenta la insolvencia del tercero como criterio para conceder o no la

³⁹² D. 3,1,6 (Ulp. 11 ad ed): Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etamsi quis in integrum restituit possit, non debere ei hanc actionem competere: et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret. D. 4,3,1,7 (Ulp. 11 ad ed.): Si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam, in stipulatum deductam, acceptilatione vel alio modo sustulerit, de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in amittenda actione dolum malum passus est”.

³⁹³ Albanese:”La subsidiarietà dell’”actio doli”, en Annali del seminario giuridico della Università di Palermo 28(1961), p. 311-315. Según este autor el problema de la subsidiariedad de la actio doli, nace, se desarrolla y acaba con el procedimiento formulario y el Derecho pretorio, de ahí que en el Derecho justiniano no mereciese ningún particular interés.

³⁹⁴ D. 4,3,20 pr: Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi sovit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, nec in rem domini versus videatur, cum debitum dominus acceperit”.

acción de dolo. En efecto, de acuerdo con el pensamiento de Labeón recogido en este pasaje, cuando un esclavo, deudor de su dueño, hubiera pedido un préstamo por exhortación de su propietario, correspondería contra éste la acción de dolo, ya que la *actio de peculio vel de in rem verso* sería inútil, debido a que no había peculio. Labeón fue en su tiempo uno de los que defendió la interpretación amplia del edicto, de manera que pudiera recurrirse a la acción de dolo con mayor facilidad para evitar situaciones de desprotección a los perjudicados por el fraude. Evidentemente, el prestamista en el caso propuesto no habría conseguido nada con la *actio de peculio vel de in rem verso* por que precisamente el préstamo se pidió porque no había nada en el peculio. Por ello resultaba necesario que la actitud dolosa del dueño, sugiriendo al esclavo (*hortato tuo*) lo que debía hacer, fuera tenido en cuenta y se concediera acción de dolo contra el dueño. En principio, parecería evidente que dicho planteamiento sería extrapolable al ámbito societario en el supuesto en el que el socio con ocasión de la llevanza de los negocios sociales obró dolosamente, y a su vez fuese insolvente. Si bien, a pesar de la lógica de este planteamiento, la *vis atractiva* característica de la *actio pro socio* hace que tal construcción resulte más aparente que real no dejando en la *praxis* resquicio alguno para el ejercicio de la *actio subsidiaria pro doli*.³⁹⁵

Por otra parte, Guarino considera que la tendencia general mostrada a Jurisprudencia clásica fue la de una interpretación restrictiva, de ahí que probablemente sean postclásicas, especialmente prejustinianas, muchas de las aplicaciones extensivas de la *actio doli*.³⁹⁶ Finalmente, en la época postclásica pierde el dolo su contenido amplio y elástico, circunscribiéndose a los casos de incumplimientos agravados por la intención maliciosa. Debido a que en esta época persevera únicamente su concepto restringido, es necesario intercalar en los textos clásicos que se referían a la responsabilidad por dolo la *culpa lata*, para así comprender aquellos supuestos de incumplimientos que si bien eran odiosos faltaba en ellos una neta y perversa voluntad de dañar, y por lo mismo ya no entraban en el concepto estricto de dolo³⁹⁷.

³⁹⁵ Otra cosa distinta, es que la *actio pro socio* pueda ser acumulable a otras acciones, pero no da pie a la aplicación subsidiaria de la *actio pro socio*.

³⁹⁶ Guarino: "La subsiedarietà dell' "actio de dolo", en *Labeo* 8 (1962)p. 274 y ss.

³⁹⁷ Jordano: "La responsabilidad contractual". Pág 53-54.

9.- EXAMEN ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO TRABAJADOR

Parece deducirse del conjunto de opiniones doctrinales³⁹⁸ que el derecho romano desde siempre ha concebido una responsabilidad más amplia para el socio cuya aportación consistía en industria que para aquél que aportó capital.

En efecto, analizando más de cerca las dos categorías de aportación, capital o trabajo, se pone de manifiesto que el socio capitalista, obligado a aportar el pleno dominio, u otro derecho in re aliena sobre un determinado bien, respondía tanto de la evicción total o parcial de su aportación, como de los vicios ocultos, sin entrar a considerar si los mismos eran resultado de su conducta culposa, o más aún de su proceder con dolo; con tal lógica, parecería también justo someter al socio trabajador al mismísimo régimen. Sin embargo, lo que es cierto, es que el socio que aportaba su industria durante la existencia de la sociedad, respondía incluso por su culpa o negligencia, inclusive al comienzo de la época clásica; en cambio, los otros socios no respondían más que por razón de dolo, y también, según las circunstancias (poder sobre los bienes para realizar su actividad en ellos, recepción de éstos cum aestimatione), por custodia. Efectivamente, piénsese en la distinta posición en la que se hallan socios de industria y socios capitalistas en cuanto a responsabilidad - los socios industriales en la vanguardia y los de capital más a salvo en la retaguardia- , a la que conduce el hecho de que la ganancia social sea conseguida forzosamente a través de la actividad de uno, que puede ser técnica o experta, y, en contraste, el que los bienes de capital aportados por otros socios capitalistas, queden, en su caso tasados, en el poder directivo y autónomo de uno de ellos, zafándose aquéllos de la espada de Damocles de la responsabilidad³⁹⁹

En realidad, se están barajando dos fundamentaciones diferentes de responsabilidad, una por la aportación en sí misma concebida y la otra por la

³⁹⁸ Cf. Mitteis, Röm. Priv. bis auf die Zeit Diocl., p.330; Pernice, Parerga in Z.S. St. 3 p.62; Labeo, II, p.299/2, 360-361; Karlowa, Röm. Rechtsg.,54, p.326; Beseler, in Z.S. St. 131; , II, p-658. Arangio-Ruiz, Resp. Contr. p. 49-53,131, Girard Manuel p. 614-615.

³⁹⁹ Problemas de culpa, impericia y custodia, se reflejan en textos como D. 17,2,52, 2.3 y D. 19,2,9,5.

administración o la ejecución de los actos y negocios sociales. En el caso del socio trabajador, es decir, el que aporta su industria, estos dos fundamentos se confunden, porque la ejecución de los negocios que constituyen el objeto social, constituye al mismo tiempo su aportación al fondo común societario; de ahí se explica que su responsabilidad sea más extensa que la del socio que aportó dinero o bienes, es decir equipo capital.

En aquella época en la que los socios, por norma general, no respondían entre sí más que por dolo, el jurista Celso decía que el socio trabajador, cuya aportación consistía en su arte o industria, respondía de su falta de diligencia, *utrum ergo tantum dolum an etiam culpam, praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro séptimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet; si in coeunda societate, inquit, artem operamue pollicitus est alter, ueluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est (emolumentum). Quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.*⁴⁰⁰

Celso habla de culpa sin precisar bien que en su época sea conocida la diferencia entre la culpa lata y la culpa levis⁴⁰¹.

En cualquier caso, nos parece que la responsabilidad del socio industrial por la realización de su aportación debe ser análoga a la del socio de capital en lo que concierne a su aportación propiamente dicha⁴⁰²; de modo que no debe ir más allá de la falta grave, en la época en la que los demás socios respondían sólo por dolo; más tarde, cuando el

⁴⁰⁰ Ulpiano, lib.31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 2, Palingenesia, I. n° 69. Cf. Celsus, lib. 8 digestorum, Ulpiano, lib. 32, ad ed. Dig., 19.2.9, §5; 19.1.13, 16; cf. Basiliques XII, 1, 52 § 2 (Heimbach, I, p. 751). Socius de dolo tenetur: Es una regla general, aplicable a todas las formas de sociedades. La excepción a esta regla general se manifiesta cuando la aportación consiste en industria, *sin autem artem vel operam in contrahenda societate pollicitus est, etiam de culpa tenetur*; la escuela de Cirilo al XII 1.72 (Heimbach, I, p. 783), en lo concerniente a la responsabilidad del por culpa, subraya que el socio sólo es responsable por la diligencia *quam in suis rebus, si bien, etiam exacta diligentia a socio praestatur, quum in societate operam praestare promisit*. Hay que remarcar que a partir de la época clásica, existe una clara distinción entre la responsabilidad del socio capitalista y del socio de trabajo; no obstante, el grado de responsabilidad de aquéllos no se ha extendido hasta época tardía, de forma que la responsabilidad del socio capitalista, incluso en el En el siglo III, únicamente se extendía en principio a la culpa lata.

⁴⁰¹ Kalow interpreta el texto en el sentido de culpa levis en *Röm. Rechtsg.* II p.658.

⁴⁰² No obstante, es evidente que la ejecución de la aportación del socio industrial tiene un carácter continuado en el tiempo, *manente societate*; y el socio capitalista hace efectiva su aportación en un solo acto, sin exigírsele una conducta continuada a diferencia del anterior.

socio capitalista llega a ser responsable por razón de culpa, el socio industrial ve extender su responsabilidad al nivel de su *exacta diligentia*. El socio trabajador se convierte también en responsable de la custodia, responsabilidad distinta de la culpa⁴⁰³. Debía *praestare custodiam* en relación a los bienes que se le habían confiado con el beneplácito de los demás socios.

En este mismo contexto, hay que tener en cuenta la puntualización efectuada por Ulpiano, siguiendo a la cual resulta que el socio industrial no es responsable de los daños que él denomina *damna fatalia*: *damna quae imprudentibus accedunt hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare*. La calificación atribuida a *damna fatalia* como “*damna quae imprudentibus accidunt*”, no ofrece garantías de suficiente precisión, por la razón de que los *damna fatalia*, más bien son los *casus cui humana infirmitas resistere non potest*⁴⁰⁴. En los *Basílicos XII*, 1. 52 § 3 emplean los términos “*casus fortuitus*” et “*damnum fortuitum*”, precisando que se trata de accidentes *quae praeter spem accidunt*, lo cual permite explicar mejor la razón de la exoneración de responsabilidad al socio por dicha causa⁴⁰⁵.

A partir de aquella participación especial del socio de industria en pérdidas y ganancias, de la que arranca la posición especial de dicho socio, surgen una serie de cuestiones jurídicas, entre las que puede 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 garantía incorporada, 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

⁴⁰³ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 3. Cf. *Basílicos XII*, 1 Heimbach, I, p. 751- *custodiam enim praestare debet, qui aestimata, accepit.. si aestimata facta non sit, talem custodiam non exigi*.

⁴⁰⁴ Cf. Jean Paris, “La responsabilité de la custodia en droit romain”, p.144.

⁴⁰⁵ Heimbach I, p. 751.

locatio rei cum aestimatione, con una tácita garantía del capital por el socio de industria, y con la cesión del capitalista de la spes lucri maioris incerti certo lucro minori⁴⁰⁶.

Por otra parte, el saber presionar con la concesión de la posibilidad de conseguir valores esenciales para la vida humana, como por ejemplo la libertad, según lo dan a entender Lab apd. Ulp. 11 ad 1 Iul et Pap.⁴⁰⁷ Y Ulp. 76 ad ed.⁴⁰⁸, con su indicación a contrario sensu, de que probablemente hubo un tiempo en que la manumisión iba acompañada de la imposición abusiva de una sociedades libertatis onerandae causa⁴⁰⁹, que no necesariamente tendrían que ser identificada con el más concreto caso de la societatis actio surgida en torno al 118 a.C y después sustituida por la b.p⁴¹⁰.

No debemos dejar de hacer alusión a la posición del socio trabajador en el reparto de pérdidas y ganancias. Ante todo, debemos advertir que no parece que las fuentes romanas llegaran a distinguir, a los efectos del reparto de pérdidas y ganancias de la *societas*, entre un arbitrio de equidad en el que la labor del arbitrador viniese determinada por criterios estipulados objetivamente en el contrato social y un arbitrio de buena fe en el que el arbitrador actuase con mayor libertad, según su leal saber y entender.

Vemos que a lo largo de D. 17, 2, 75 (*Cels. 15 dig.*); 76 (*Proc. 5 epist.*); 78 (*Proc. 5 epist.*); 79 (*Paul. 4 aquaest.*); 80 (*Proc. 5 epist.*) se recoge en el Digesto una cadena de textos que los compiladores de Justiniano tomaron de Celso, Próculo y Paulo. Concretamente Próculo distinguía genéricamente en el fragmento 76 entre un *arbitrium merum* en el que las partes se vinculaban mediante un *compromissum* a aceptar la decisión que adoptase el arbitrador elegido por ellas cualquiera que fuese su actuación y, por otro lado, un *arbitrium boni viri* en el que la actuación del tercero estaba sujeta a un juicio de buena fe con el resultado de que las partes podrían impugnar ante el juez la decisión adoptada por el arbitrador si fuese contraria a aqu lla⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Véase, Mayer- Maly: "Locatio conductio" Wien-Munchen, 1956, p 39-40

⁴⁰⁷ D. 38, 1, 36

⁴⁰⁸ D. 44, 5, 1, 7

⁴⁰⁹ Watson: "The law of persons in the later Roman Republic". Oxford 1974, p. 32- 38.

⁴¹⁰ Ulp. 42 ad ed.(D. 38, 2, 1.

⁴¹¹ Véase, al respecto, Santucci: " *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilit *, Milano, 1997, p. 61 ss., comentando dichas fuentes, ha destacado que estos fragmentos ponen de relieve que ya a finales de la República romana cabía la posibilidad de que los socios acordasen un reparto de cuotas diferentes entre los mismos y, partiendo de la su juicio- genuinidad del texto de Próculo, entiende que dicho jurista romano concebía la actuación del arbitrador en este caso como un *arbitrium boni viri*

10.- BALANCE DE LA TRAYECTORIA EVOLUTIVA DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE SOCIOS

Siendo una creación fruto de la jurisprudencia romana de la época republicana en Roma, el contrato consensual de sociedad sobrevivió durante siglos posteriores y fue preservado para la posteridad por Justiniano. Incluso, en esta etapa justiniana, todavía era la única vía jurídica que permitía a dos o más partes poner en común sus activos para la consecución de un fin común de todos los socios⁴¹². Ni los juristas clásicos ni los justinianos llegaron a forjar tipos nuevos de asociaciones o sociedades comerciales. En cualquier caso, el modelo presentado en el Corpus Iuris Civiles no está exento de problemas o incluso de inconsistencias internas. En concreto, como anteriormente ya hemos señalado, se dan algunos supuestos donde el Digesto refleja, de una manera inconexa, las diferentes fases de desarrollo que una regla específica ha experimentado a lo largo del Derecho Romano Clásico: El prototipo de la responsabilidad del socio, quizás es el mejor ejemplo de ello.

Podríamos decir que el mismo Justiniano parece quedar convencido con el argumento ya avanzado por Gayo (“...qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet”); por tanto, en sus instituciones, declaró que sería suficiente con la diligencia quam in suis⁴¹³. Paradójicamente, con el propósito de conseguir una restricción de la responsabilidad, vuelve al mismísimo texto (Gayo 2. Rer.cott.) que sirvió originariamente como puente para la extensión de la responsabilidad del dolo a la culpa (in abstracto). En el Digesto, sin embargo, encontramos no sólo la diligencia quam in suis de D. 17.2.72 sino otros casos en donde la responsabilidad se genera por culpa (in abstracto) o incluso

enmarcado dentro del *ius societatis* que viene dado por el carácter de *bona fides* de la *actio pro socio*, es decir, de la acción del contrato de sociedad, lo cual se traducía en la práctica en que la decisión del árbitro tendría que ser necesariamente proporcional a las aportaciones de los socios. Así, en el fragmento 78 se dispone lo siguiente: “*in proposita autem quaestione arbitrium viri*

⁴¹² Para un modo alternativo de organización de actividades empresariales (uso de servi comunes) cf. Andrea Di Porto, *impresa colectiva e schiavo ‘manager’* in *Roma antica (II sec.a.C-II sec. D.C.)* (1984). Según el autor Di Porto, podrían evitarse ciertas deficiencias de la *Societas Romana* (como, por ejemplo la inestabilidad de su estructura). Una opinión en contrario la ofrece Alfons Bürge, (1988)105ZSS 856 y ss.

⁴¹³ Inst. III,25,9.

sólo por dolo. Todo ello es causa de problemas que aún se advierten en las postrimerías de la era romana⁴¹⁴.

Por otra parte, no debemos olvidar que el ansia de satisfacer necesidades imperiosas o inquietantes lleva a contraer sociedades más aparente que reales, en las que el juego de responsabilidad de los socios corre el riesgo de perder toda transparencia. Podríamos citar los supuestos de colmar las necesidades de tierras, o de ganado, dando pie, curiosamente a una oscilación cuasipendular entre tipos contractuales diversos, así entre sociedad, de un lado, y de otro bien arrendamiento o contrato innominado⁴¹⁵.

11.- COORDINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LOS SOCIOS Y TERCEROS: LÍNEAS GENERALES.

Como antes hemos indicado, el contrato de sociedad no hace que exista una persona jurídica distinta de las de los socios⁴¹⁶. Así pues, no pueden configurarse relaciones obligatorias entre la sociedad y terceros (es decir, créditos y deudas de la sociedad), sino únicamente créditos y deudas de cada uno de los socios con terceros.

Naturalmente, es considerado distinto: a) el caso en que uno solo de los socios, por el interés social común, haya constituido relaciones obligatorias con terceros; b) el caso en que todos los socios, siempre buscando el interés social común, hayan constituido relaciones obligatorias con terceros.

a) En el primer caso, la relación obligatoria se constituía sólo entre el socio que la contraía y el tercero; entre ese socio y los demás surgía una relación basada en la *negotiorum gestio* (gestión de negocios en interés de otros, sin encargo), tutelada por la

⁴¹⁴ Cf. Hoffmann, *Fahrlässigkeit*, pp. 100 y ss.

⁴¹⁵ Véanse, en relación a dicha confluencia de figuras de naturalezas jurídicas diversas: D. 17, 2, 52, 2Ulp. Eod. Loc., D. 19, 2, 9, 5 Ulp. 32 ad ed., D. 19, 2, 25, 65 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.

⁴¹⁶ Una excepción, según algunos, serían las *societates publicanorum*, cuya configuración y estructura ofrecen todavía muchos puntos oscuros. Véase el famoso pasaje de Gayo en D., 3, 4, 1, pr.: *paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum*. Aquí, sin embargo, Gayo parece partir del presupuesto de que la persona jurídica surgía en base a una concesión de la autoridad (*permissum est*), no en virtud del contrato. Algunos autores sostienen que también las *societates argentariorum* daban existencia a personas jurídicas distintas de las de los socios. No existía, pues, la pretendida excepción.

actio negotiorum gestorum, o bien una relación basada en el mandato (gestión de negocios en interés de otros, por encargo), tutelada por la actio mandati⁴¹⁷.

b) En el segundo caso, en cambio, surgía una relación obligatoria pro rata entre todos los socios y el tercero; en algunos casos, y basándose en el acuerdo social, podía tenerse una obligación solidaria. La relación obligatoria solidaria se tenía siempre entre banqueros (argentarii) que estuvieran unidos en sociedad.

Evidentemente, si uno de los socios se encontraba en la condición jurídica de representante directo de los otros socios (situación excepcional en el Derecho romano y que se verificaba cuando el socio era puesto por los otros al mando de una nave, o se le encomendaba la dirección de una industria comercial, terrestre o marítima), los efectos de los negocios jurídicos concluidos por él se producían directamente en relación con todos los socios, y el tercer contratante podía actuar contra ellos con la actio institoria o la actio exercitoria, según los casos.

Dada la posición de cada uno de los socios en relación con terceros, se comprende la regla romana que se formula en D. 17, 2, 20: socii mei socius meus socius non est, es decir, que si un socio establece con un tercero otro contrato de sociedad, el tercero queda ajeno totalmente a la primera sociedad, de igual modo que los socios de ésta son ajenos al nuevo contrato de sociedad surgido entre su socio y el tercero.

Es importante subrayar que la Compilación Justiniana contiene ciertos rasgos (perturbadores si analizamos el tema desde la perspectiva del derecho clásico dotado de parámetros extremadamente formalistas; y aplaudidos para las corrientes innovadoras de índole pragmática, propias de la época postjustiniana), los cuales resultan irreconciliables con el concepto original de derecho societario que tienen que ver, casi de manera exclusiva, con la correlación de los socios inter se (e incluso sólo para los fines y dentro del contexto de liquidación societaria), y no directamente con la conexión que la sociedad pueda tener frente a terceros por razones varias. Al respecto, se puede traer a colación una regla especial, atribuida a Paulo y referente a los socii venaliciarii (sociedades de trata de esclavos), en la que uno de ellos había vendido un esclavo. En tal caso, y desde el punto de vista de la protección jurídica, cabe decir que las acciones

⁴¹⁷ En el Derecho Justiniano el tercer contratante, para hacer valer la relación obligatoria con el socio contratante, podía actuar, además de en relación con este último, también en relación con los otros socios que hubieran conseguido un enriquecimiento, con la actio in rem verso.

edilicias se podrían ejercitar tanto frente al vendedor como frente otros miembros de la sociedad, “ne cogere tur empor cum multis litigare... nam ek genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est”⁴¹⁸. Se manifiesta la generalización de dos de las acciones adiecticiae qualitatis en Papiniano D.17.2.82 y Labeón en D.17.2.84. los socios son responsables por los actos y negocios entablados por cada uno de ellos “[si] in communem arcam pecuniae versae sunt”, y si la sociedad había sido formada por iniciativa de uno de los socios, podría ser demandado por directamente por aquellos terceros con quienes hubiera contratado (Quotiens iussu alicuius... societas coitur, directo cum illius persona agi posse...) ⁴¹⁹. Por otra parte, se daba el interesante fenómeno de las societatis publicanorum: A pesar de su nombre, eran entidades corporativas de derecho público más que sociedades privadas. Así, en las públicas subastas los “socii” podían actuar colectivamente a través de el “socio senior” (manceps); la muerte de uno de los socios no provocaba la disolución de la sociedad; e incluso era posible para los terceros no socios invertir capital en la sociedad mediante la compra de certificados de participación que circulaban en los mercados financieros. De gran significado era, también, el hecho de que la actio pro socio podía ser ejercitada entre los publicanii, manente societate; regla, ésta que el propio Justiniano, asimismo, se inclina a extenderla a otros tipos de sociedad: “Nunnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio”⁴²⁰

12.- RESPONSABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN SOCIAL

El Corpus Iuris Civilis mantiene intactos algunos de los rasgos más atípicos del contrato de sociedad. El decir en qué medida algunos de dichos rasgos hunden sus raíces en el derecho clásico, continúa siendo una problemática abierta con conclusiones vacilantes. En realidad tales caracteres contractuales, a los juristas del ius commune (cuyo interés en el Derecho Romano no era de naturaleza puramente histórica), les llegaron a aportar las bases para una reinterpretación del contrato de sociedad clásico a la luz de las

⁴¹⁸ D.21.1.44.1; cf .Ulpiano D.14.1.4 pr y 1, Ulpiano D.14.1.1.25, en relación a una sociedad de ejercitores; Paulo D.2.14.9 pr.; Paulo D.2.14.25; Paulo D.2.14.27 respecto a los socii argentarii. Esto se subraya en la obra del profesor Feliciano Serrao, “Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano” en. Studi en honor de Eduardo Volterra, vol. V (1971), págs. 743 y ss.

⁴¹⁹ Sobre estos fragmentos ver Serrao, en. Studi Volterra, vol. V (1971), págs. 744 y ss.

⁴²⁰ Paulo, D.17.2.65.15.

condiciones socioeconómicas de la época. El contrato de sociedad se extendió a lo largo de Europa, como una base flexible y muy conveniente para el desarrollo de negocios personales de diversas clases; pero, durante el curso de su recepción, experimentó cambios de considerable cariz. Algunos de sus rasgos más individualistas fueron desvaneciéndose en aras de conseguir una mayor coherencia interna estructural; y además, la dirección y gestión de la sociedad fue reforzada con el propósito de que dejara de ser una asociación meramente interna y sin proyección hacia terceros en el tráfico jurídico.

En este mismo sentido, resulta especialmente relevante el desenvolvimiento de la gestión y administración de los intereses societarios, y, más aún, qué vías existirían para exigir responsabilidad por razón de la llevanza de tal gestión. En principio, uno podría pensar en la *actio institoria*: La facultad de los *socii*, de autorizarse unos a otros recíprocamente, o bien a uno solo o a más socios, por medio de un mandato expreso, o tácito, para llevar a cabo las transacciones que pudieran surgir dentro del marco del fin social⁴²¹, constituía la base del reconocimiento como institor a cualquiera que dispusiera de un mandato tácito para dirigir los negocios de la sociedad⁴²². La consecuencia que se puede extraer de dicho planteamiento resulta evidente: cualquier socio podría hacer responsables a sus consocios mediante la *actio institoriae*, habida cuenta que éstos habrían actuado únicamente “*nomine communi*” y no en su propio nombre. Ahora bien, ¿los otros socios eran responsables *in solidum* o a *pro rata parte, qua socii sunt*? Esta última opción parece que guarda similitud con la regla general según la cual las obligaciones se entienden mancomunadas; sin embargo, viene a ser negada por un número considerable de excepciones a la misma. Así, era un argumento frecuentemente esgrimido, decir que un acreedor tenía acción para exigir solidariamente responsabilidad contra todos los socios, en el caso de que los socios hubieran desempeñado un negocio o una operación conjunta en la que no se pueda discernir la intervención individualizada de cada uno de ellos, o cuando los socios, a su vez, habían confiado la dirección de la sociedad a uno de ellos, o a un factor externo. No obstante, tales excepciones no ser atendidas, cuando todos ellos hubieran tomado sobre sí la llevanza de la sociedad, no

⁴²¹ Para el desarrollo y evolución de la gestión y llevanza de los intereses sociales, resulta interesante la obra de Peter Stein “*The Mutual Agency of Partners in the Civil Law*” (1958-59).

⁴²² Así se estimaba por los glosadores, según Peter Stein en la obra cita en la nota anterior.

“communiter et pro indiviso” sino “pro diviso, seu separatim, per partes aut regiones, distribute administratione”⁴²³.

Los datos expuestos en las líneas anteriores nos permiten ofrecer una visión sociedad comercial en la época clásica del derecho romano, según el cual la gestión directa de los intereses sociales es abordada, per se, por uno ó varios de los socios. Si bien, resulta obligado plantear otras hipótesis en virtud de las cuales se pone al frente de un establecimiento⁴²⁴ y de la organización comercial para el desarrollo del fin social a un esclavo (de propiedad de uno de los socios o pertenecientes a varios en copropiedad) o bien al hijo de uno de los socios en calidad de gerente (institor)⁴²⁵. Así pues, debemos a distinguir los supuestos siguientes:

12.1.- ADMINISTRACIÓN SOCIAL A CARGO DE UN ESCLAVO O SERVUS NEGOTIATOR.

Veamos el supuesto en el que se coloca al frente del establecimiento social a un esclavo, hipótesis prevista precisamente en las fuentes⁴²⁶: “Sed et si in mensa habuit quis servum praepositum, nominem eius tenebitur”. (Pero también si alguno puso a un esclavo al frente de un banco se obligará en nombre de él).⁴²⁷

⁴²³ Voet, Commentarius ad Pandectas, Lib. XVII, Tit. II, XII. Ejemplo: Uno de los socii lleva los negocios sociales en Perugia, otro en Florencia. Parece que habría sido posible limitar la responsabilidad a la cuantía de capital que se hubiera aportado originariamente.

⁴²⁴ Textos referidos al pensamiento de Servio Sulpicio o al de Labeón (D. 14, 3, 5, Ulpiano 28 ad ed.), evidencian la extensión de esta figura a ámbitos comerciales diversos, como puedan ser gerentes de funerarias, lavanderías, etc. En D. 13, 3, 3, define Ulpiano ofrece una sintética noción de gerente diciendo: “Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi” (El gerente se llamó ‘institor’ por que insta gestionando un negocio y no importa mucho que haya sido puesto al frente de un establecimiento o de cualquier otra actividad comercial).

⁴²⁵ No obstante lo expresado en la nota anterior, cabe decir que la noción más antigua se encuentra representada en Paulo, l. s. de var. lect.: “Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendum praepositur quique sine loco ad eundem actum praepositur”. (El factor es aquél a quien se coloca al frente de una tienda o en <algún otro> lugar con la finalidad de comprar y vender, y aquel a quien se encarga la misma actividad en un lugar <determinado>).

⁴²⁶ D. 14, 3, 5, 3. (Ulpiano, 28 ad ed.).

⁴²⁷ Kirschenbaum, A.: “Sons, slaves and freemen in Roman Commerce”, 1987, Washington D.C., Catholic University Press of America.

Obviamente, ante tal supuesto, la responsabilidad que pudiere generarse sería exigible por medio de la *actio institoria*⁴²⁸ (sobre la cual volveremos ulteriormente), con independencia de que el esclavo sea propio de uno o de alguno de los socios o ajeno, lo que justifica que Ulpiano ni siquiera haya considerado pertinente abordar este punto⁴²⁹, pero que no resulta indiferente respecto de las adquisiciones: en efecto, si el esclavo es propio, no hay dificultad alguna, puesto que todo lo que adquiere el esclavo, revierte a favor del dueño, como se advierte de la lectura de un pasaje de Paulo, 9 ad ed⁴³⁰, muy elocuente al respecto: “Si procurator agat et praesens sit absentis servus, Atilicinus ait servus cavendum, non procuratori”. (Si un procurador demanda y está presente un esclavo del ausente, dice Atilicino que la caución se ha de dar al esclavo y no al procurador).

Por el contrario, si el esclavo es ajeno, la adquisición debe estar basada en alguna relación jurídica, sea real u obligacional. Para el primer supuesto, si existe usufructo, corresponde al socio propietario toda la ganancia originada con motivo del trabajo del siervo, o si es obtenida al negociar con bienes del usufructuario, según consta en Ulpiano, 18 ad Sab: “...ex re fructuarii vel ex operis posse acquirere...”. (...puede adquirirse con bienes del usufructuario o por los servicios (del esclavo)).

Respecto de la relación jurídica por virtud de la cual un socio o varios socios, en su caso, pueden tener al frente de su establecimiento societario a un esclavo ajeno, podemos decir que la jurisprudencia romana ha definido la naturaleza de dicha relación como arrendamiento o, en otros casos, como mandato; extremo éste que resulta relevante como presupuesto para determinar la responsabilidad que, en su caso se llegara a generar con motivo del ejercicio de la administración o gerencia de los asuntos sociales, y también el alcance de la misma. Así lo ponen de relieve juriconsultos como Ulpiano, 28 ad ed.⁴³¹ y Paulo⁴³², respectivamente: “... si institorem habuit... alienum servum... actione deficietur..., dominum eius convenire poterit... mandate...” (...si... tuvo factor de

⁴²⁸ La acción institoria fue creada para los establecimientos comerciales en sentido estricto.

⁴²⁹ Por el contrario, Gayo (4, 71) hace expresa referencia de esta circunstancia: “... Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve suum vel quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit...”).

⁴³⁰ D. 3, 3, 43, 5.

⁴³¹ D. 14, 3, 1.

⁴³² D. 14, 1, 5, pr.

comercio... a un esclavo ajeno... se carecerá de acción; pero podrá demandar... a su principal...por acción de mandato...).

Y el texto (de Paulo), aplicable por analogía al caso de los negocios terrestres: “Si eum, qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas... cgratuitae operae fuerint, mandati ages”. (Si tuvieras por patrón de tu nave al que estuviese bajo mi potestad... ejercitarás contra mí la acción de arrendamiento si hubieres tomado en arriendo los servicios de mi esclavo... pero si los servicios hubieren sido gratuitos, ejercitarás la acción de mandato).

Otros pasajes atestiguan la existencia de un esquema coincidente con el examinado, son uno de Papiniano, 3 resp.⁴³³, y un rescripto imperial⁴³⁴.

Otro curiosísimo ejemplo referente al desempeño de la gestión administrativa en el seno de una actividad financiera por un esclavo, la eventual concesión de la libertad, alcance de las facultades gestoras del esclavo al frente del establecimiento, la responsabilidad por deudas originadas en el ejercicio de la gestión mencionada, nos lo proporciona Escévola, 24 dig.⁴³⁵:” Argentarius cofactor cum paene⁴³⁶ totam fortunam in nominibus haberet, servis actoribus libertatem ita dedit:’quisquis mihi heres erit, si Dama servus meus actus sui, qui agitur nomine eius et Pamphili conserve sui, heredi meo rationes reddiderit pariaque fecerit a die mortis meae intra mensem sextum, liber esto’ Quaesitum est, an haec verba ‘pariaque fecit’ ad Omnia nomina pertineat exceptis perditis, ut hoc significant ‘si omnem pecuniam ab omnibus exegerint et heredi solverint vel eo nomine satisfacerint’ et, si in exactione nominum cessaverint intra sex menses, libertas illis non competat. Respondit manifestam esse conditionem verbis testament supra scriptis positam: igitur ita demum liberos fore, aut ei pareant aut per heredem stet,

⁴³³ D. 3, 14, 19, 1:”Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit---“(“Si el dueño que tuvo un esclavo como gerente en un banco para recibir cantidades...”

⁴³⁴ C. 4, 25, 3:”Institoria tibi adversus eum actio competit, a quo servum mensae praepositum dicis, si eius negotii causa, quod per eum exercebatur, deposita pecunia nec reddita potest probari”. (“Te compete la acción institoria contra aquel por quien dices fue puesto un esclavo al frente de un banco, si se puede probar; que el dinero fue depositado por causa del negocio que por él se manejaba, y que no ha sido devuelto”).

⁴³⁵ D. 40, 7, 40, 8.

⁴³⁶ Resulta muy razonable el criterio doctrinal que mantiene que el coactor argentarius intervenía directamente en las subastas, por cuyo motivo otorgaba créditos a los compradores, y asimismo, encargaba a los factores el cobro y la contabilidad.

En el mismo sentido, véase D. 44, 5, 3. (Paulo 71 ad ed.).

quo minus pareant”. (Un cofactor argentarii que tenía toda su fortuna en créditos, dio así libertad a sus esclavos⁴³⁷ administradores: “quienquiera que sea mi heredero, que mi esclavo Dama sea libre si le hubiere dado a mi heredero las cuentas de su administración, que lleva en su nombre y en el su compañero el esclavo Pánfilo, y hubiere saldado los créditos dentro de los seis meses desde el día de mi muerte’. Se preguntó si estas palabras ‘y hubiere saldado’ se referían a todos los créditos, exceptuados los perdidos, de modo que signifiquen ‘si de todos hubieren cobrado todo el dinero, y lo hubieren pagado al heredero, o lo hubieren garantizado por este concepto’, de tal forma que si hubieren dejado de hacer la cobranza de los créditos dentro de los seis meses, no les compete la libertad. Respondió que con las susodichas palabras del testamento, se impuso una condición manifiesta; así, que solamente habrán de ser libres, si le saldaren, o bien a posteriori, llegara a consentir el heredero que no le saldasen).

No se expresa en este texto, con la suficiente claridad, la distribución de encargos entre los administradores⁴³⁸ especialmente si se tiene en cuenta que hay una clara disparidad entre las partes de la cita, pues la cláusula de manumission está en singular (Dama), en tanto que el planteamiento de la cuestión se muestra en plural (esclavos administradores), además de que otras palabras hacen presumir que ambos se dedicaban a llevar a cabo cobros, según se lee en el pasaje mostrado. Sobre este aspecto, puede suponerse o que no eran idénticas las actividades de ambos (por ejemplo, uno cobraba y otro llevaba la contabilidad, bien sea porque esa era la voluntad del dominus, bien porque así lo acordaron), o eran communes—inclusive de la propiedad de varios dueños unidos por virtud de un contrato de sociedad para el desarrollo de un fin común—; de ahí que de las dos disposiciones testamentarias idénticas, el jurista ofrece una como ejemplo, lo cual era lo que hubiera dado pie a la disparidad señalada.

Asimismo, procede abordar, aun cuando insisteremos más sobre esta cuestión al realizar el análisis de la responsabilidad societaria generada en el seno de las sociedades

⁴³⁷ A los esclavos se les podía poner un collar con una placa en la que se leería *tenemene fucia et revocameadomnum et viventium in aracallisti*, traducido como "detenedme si escapo y devolvedme a mi dueño". El precio de un esclavo nos llega a través de Catón, y sabemos que era de promedio unos mil quinientos denarios, precio que subió a lo largo del siglo II a. C. hasta alcanzar los veinticuatro mil sestercios.

⁴³⁸ Al servicio de un esclavo *ordinarius* podían estar los llamados *vicarii*; pero en estricto derecho, esas distinciones entre esclavos no hacían variar su *status legal*.

argentarii con ocasión del desempeño de las distintas actividades que integran su objeto social,

El objeto societario constituye la razón de ser del encargo conferido al gerente (o gerentes); encargo que en sí es el fundamento de sus facultades y obligaciones, ya que delimita las actividades del representante⁴³⁹.

Como fácilmente puede pensarse, no se encuentra en las Fuentes ningún texto que pueda aportar una solución general, y además, de acuerdo con la metodología casuística de los jurisconsultos clásicos⁴⁴⁰, de evidente analogía con el método socrático, hay que partir siempre del análisis lógico⁴⁴¹ caso por caso, como se pone de manifiesto en un texto de Paulo, 1 decret.⁴⁴²:” Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. Dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suspicit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. Sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisset, sententiam conservavit imperator”. (Ticiano Primo había confiado a un esclavo el encargo de dar dinero en mutuo y de recibir prendas; este esclavo también solía asumir las deudas de los compradores de cebada y pagar a los vendedores. Habiendo huido el esclavo, y demandando al dueño en nombre de su factor de comercio aquel a quien se había delegado para darle el precio de la cebada, decía que él no podía ser demandado en nombre de aquél, porque no había sido destinado para tal cosa. Mas como se probó que el mismo esclavo había hecho también algunas otras cosas,

⁴³⁹ En cuanto a la publicidad dada a las facultades del representante, véase un pasaje de Ulpiano en D. 14, 3, 11, 3.

⁴⁴⁰ Véase, entre otros, García Garrido, Diccionario de jurisprudencia romana. Sánchez Hidalgo, a., Filosofía y método del derecho en Juan Berchmans Vallet de Goitisoló, Fundación Matritense del Notariado. p. 156. Fernández de Buján, F., “Historia de la abogacía española”: Vol I aranzadi, 2015.

⁴⁴¹ Véase, Séneca, epist., 94, 27:”Jurisconsultorum valet responsa etiam si ratio non redditur”. Sobre la fundamentación lógica de la primera Jurisprudencia clásica, véase, Horak: “Rationes decidendi. Entscheidungs-begründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo” (1969).

⁴⁴² D. 14, 5, 8.

y había tomado en arrendamiento graneros y pagado a muchos, el prefecto de provisiones había pronunciado sentencia contra el dueño. Decíamos que parecía como que había fianza, cuando pagase por otro un débito, pero que por esta causa no se suele dar acción contra el dueño, ni tampoco se entiende que el dueño mandó esto. Mas como parecía que para todo esclavo había representado al dueño, el emperador confirmó la sentencia).

Llama la atención, el hecho que dicha confirmación imperial de la sentencia, se apoya en el dato de que las facultades del factor⁴⁴³ habían sido tácitamente ampliadas por el dueño, al comprobarse que el institor gestionaba otras varias actividades, entre ellas el manejo de almacenes y la actuación como delegado de muchos adquirentes de cebada, lo cual resultaba incongruente con la defensa argumentada por el dueño, consistente en alegar que el encargo expreso se limitaba a los mutuos y las garantías prendarias. En resumen, resulta posible advertir una evidente tutela de los intereses de terceros contratantes con el factor; por razones de seguridad del tráfico jurídico, así como una tendencia a asumir que a partir de la *praepositio* misma, cabe considerer como incluidas en ella, una serie de actividades correspondientes a cada tipo comercial.

Reflexionemos un instante, sobre el supuesto consistente en el encargo gerencial hecho a un esclavo, copropiedad de los socios, ¿qui iuris? La responsabilidad de los socios frente a terceros contratantes sería solidaria, exigible por medio de la acción institoria, aunque posteriormente se procediera a efectuar el reembolso correspondiente, exigible por medio de la acción pro socio o por la acción *communi dividundo*⁴⁴⁴. Sobre estas preguntas planteadas, creo que arroja bastante luz el examen de un pasaje de Ulpiano 28 AD ED.⁴⁴⁵: Al frente de un establecimiento se pone al frente a un esclavo que

⁴⁴³ Según D'Ors, en *Derecho Privado*, p. 561, admite que se dé una 'representación directa' (sin necesidad de transferencia ulterior) a favor de los esclavos, sea para la adquisición de derechos, sea por lo que a las obligaciones se refiere, en virtud de las acciones adyecticias, que, de manera más o menos plena, según los casos, conducen a una condena contra el dueño.

Por otra parte, respecto al esclavo, Justiniano restringe la adquisición a favor del dueño al caso de ser *ex peculari causa* (cfr, Schulz, CRL §770).

⁴⁴⁴ En el derecho romano, la *actio communi dividundo* era la base de cualquier reclamación de todo copropietario, con independencia de se integrara en sociedad con otros dueños, para producir la división de la cosa común... No obstante... también servía como remedio de las consecuencias provocadas por el descuido u otros actos impropios realizados por cualquier condueño en relación a la propiedad". En este sentido, véase, Mac Cormack, G.: "The *actio communi dividundo* in Roman and Scots Law", en Lewis-Ibbetson (ed): "The Roman Law Tradition"; Cambridge University Press; 1995, p. 160.

⁴⁴⁵ D.14, 3, 13, 2.

los socios tenían en copropiedad en proporciones desiguales, pregunta Juliano si se obligarán los socios en proporción a sus partes, o por partes iguales, o en proporción a la mercancía vendida o por el todo. En definitiva, ¿ cuál será y hasta dónde llegará la responsabilidad de cada uno de los socios en la tienda por razón de las acciones ejercitadas por los clientes por las deudas y negocios realizados por el esclavo común?

Una adecuada respuesta a este interrogante nos obligue a distinguir entre las relaciones externas frente al *poenitus extraneii*: Dentro de este ámbito los clientes acreedores cuentan con la responsabilidad solidaria de los *dominii negotii* y pueden reclamar el todo a cualquiera de los socios. Siendo esto así, en la relación interna inter socios, el socio demandado podrá repetir contra los consocios en proporción a las cuotas o participaciones en los créditos y en las deudas, esgrimiendo naturalmente la *action pro socio*. Por otra parte, en cuanto a las adquisiciones realizadas por el esclavo común, se regulan con arreglo a lo pactado, y en su defecto, se hacen efectivas por los socios, a través de la *action communi dividundo*, en correspondencia a las cuotas de propiedad de los socios sobre el esclavo.

Enriquecen y complementan esta solución, los argumentos basados en el recurso a la analogía ofrecidos por el mismo Juliano⁴⁴⁶, al decir que es más cierto que, por analogía⁴⁴⁷ con los navieros y por la acción de *peculio*, pueda cada uno ser demandado por el todo; y lo que hubiese pagado de más el que fue demandado lo obtendrá del otro por la acción de sociedad o por la división de cosa común.

Por su parte, Ulpiano⁴⁴⁸, siguiendo el argumento analógico referente a los navieros, mantiene que si fueran varios los navieros y a uno de ellos le hubiesen hecho patron, podrán ser demandados por él todos en nombre de éste. Si el esclavo propiedad de varios explotara la nave con consentimiento de sus dueños, se admitió lo mismo que cuando son varios los navieros. Claro que si ejerció como naviero con el consentimiento de uno solo de todos los condueños se obligará él por el todo, y por ello opino que también en el caso anterior se obligan los condueños por el todo.

⁴⁴⁶ D. 14, 3, 13, 2.

⁴⁴⁷ El ámbito de aplicación de la analogía es muy amplio y actúa mediante numerosas extensiones y equiparaciones, sobre decisiones relativas a supuestos concretos. De este, se utilizan frecuentemente la expresiones *ac si* o *atque*, *quasi*, *quodam modo* y *pro esse*. Véase García Garrido en AHDE, 1957, p. 310 y ss.

⁴⁴⁸ D. 14, 1, 4. 1-2.

En referencia también a la hipótesis de esclavo común puesto al frente de la administración común, podemos aludir al supuesto planteado por Ulpiano 26 ed.⁴⁴⁹, en el cual se plantea que si un esclavo común hubiese prestado diez mil sestercios a un tercero y las monedas se hubiesen gastado, ¿cuánto podrán reclamar cada uno de los consocios? En las respuestas a esta cuestión, se encuentra siempre imbuída la vis atractiva del criterio de la mancomunidad. Así, el propio Ulpiano opine que, tuviese el esclavo concedida la administración o no, si se gastaron las monedas la acción compete por cinco mil, es decir por la mitad indivisa correspondiente a cada consocio.

Asimismo, conviene traer a colación la opinión de Papiniano 8 quaest., donde dice que, si hubiese el esclavo cien mil monedas communes tuyas y mías, puedo reclamar cincuenta mil, aunque cada una de las monedas separadamente haya sido común.

Tal solución de mancomunidad, guarda coherencia con el razonamiento siguiente: mientras tiene las monedas en su poder, el esclavo común, que sería factor o administración de los socios, éstas son de la propiedad indivisa de los mismos consocios. Cuando se gastan o consumen, cada uno de ellos tienen derecho a reclamar la mitad de las monedas por la condición.

Por otra parte, al frente de una taberna venaciaria, que estudiaremos después, pueden estar todos los socios conjuntamente, algunos de ellos, o ser un servus. Teniendo esto en cuenta, procedamos a llevar a efecto lo siguiente:

12.1.1.- EXAMEN ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR CUMPLIMIENTO IRREGULAR O CON VICIOS, EXISTIENDO AL FRENTE UN SERVUS VENALICIARIUS.

Debemos distinguir: Primero que no cuente con peculio dando lugar a un modelo de responsabilidad ilimitada, respecto a lo cual partimos del texto de Paulo⁴⁵⁰ 30 ad ed.: Si quis mancipiis vel iumentis pecoribusve emendis vendendisque praepositus sit, non solum institoria competit adversus eum qui praepositus, sed etiam redhibitoria vel ex stipulatu duplae simplaeve in solidum actio danda est.

En la primera parte del texto se presenta el supuesto: *praepositio* institoria para venta de esclavos.

En cuanto a la tutela del tercer contratante con el o los servi institores venaliciarii, el dominus negotii era responsable in solidum, con todos su patrimonio, de los vicios no

⁴⁴⁹ D. 12, 1, 13, 2

⁴⁵⁰ D. 14, 3, 17, pr.

declarados por el institor venaliciarius, no sólo por virtud de la actio institoria, sino incluso también por la acción redhibitoria.

En segundo lugar, consideremos el caso de que el servus veniciarius cuenta con un peculio. Considerémoslo a la luz del pasaje de (Ulpiano⁴⁵¹29 *ad ed.*): *Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum.*

En este caso, el dominus o domini negotii responderán-merced a lo establecido por Paulo- por virtud de la acción redhibitoria de la totalidad del precio del esclavo afectado del vicio no comunicado- si bien, la responsabilidad se limita al importe del peculio. Ahora bien, lo que no podría aplicarse es el edicto de tributoria actione; la noción de merx referida por Ulpiano no comprende la actividad de los servi venicarii. Así lo establece Africano 3 *quaest.*⁴⁵²: *Mercis appellatione homines non contineri Mela ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait, et recte.*⁴⁵³

12.2.- ADMINISTRACIÓN SOCIAL A CARGO DE UN LIBERTO

Existen indicios que nos llevan a advertir que el origen de la presencia de un liberto al frente de un establecimiento, como administrador de una determinada actividad societaria, es posterior a la gerencia a cargo de un esclavo, si se tiene en cuenta que la introducción de la acción institoria, obedeció a la necesidad de equilibrar la situación existente en el tráfico comercial romano, en virtud de la cual, los socios principals adquirirían todo cuanto se derivara de la gestión de su representante, mientras que su responsabilidad no gozaba de la misma generalidad: en efecto, desde esta perspectiva, se advierte, que el aspecto pragmático de los resultados favorable de la gestión no presentaba especiales dificultades, lo cual no se explica más que si se presupone una relación de potestad originaria.

En cualquier caso, de una manera más amplia, Papiniano introduce una acción análoga a la acción institoria, llamada acción ad exemplum institoriae actionis, gracias a la

⁴⁵¹ D. 14.4.1.1.

⁴⁵² D. 50.16.207

⁴⁵³ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., fr. 23, col. 6.

cual, podría producir efectos directos para el dominus negotii, toda gestión realizada por persona (sujeto libre) extraño a la familia —generalmente con el perfil de liberto—, cuando dicha gestión entrañaba contraer deudas, bajo la anuencia de dicho dominus negotii⁴⁵⁴.

No obstante, en época del mismo Papiniano⁴⁵⁵, según consta en uno de sus pasajes (3 resp.)⁴⁵⁶, puede deducirse que, para entonces, la gestión de un negocio por parte de alguien que hubiera sido esclavo (es decir, liberto) no introduce un régimen distinto del aplicable en el supuesto de haber relación potestativa, pues para la responsabilidad el elemento determinante es la praepositio⁴⁵⁷: ”Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutatibur periculi causa”. (Si el dueño que tuvo un esclavo de factor en un banco para recibir cantidades, continuó explotando el negocio después de haberle concedido la libertad, por medio del liberto, por el cambio de estado no se alterará la causa del riesgo). Llama la atención la coincidencia entre el punto de vista expresado por Papiniano y el criterio de Gayo⁴⁵⁸, al decir: ”... institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve suum vel quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fueri.... (En cuanto a la acción institoria, ella tiene lugar contra aquél que ha puesto al frente del establecimiento o de alguna negociación a su hijo o a su esclavo o a un extraño, sea éste esclavo o libre, y se hubiera contraído con él alguna obligación referente al negocio de cuya gerencia ha sido encargado).

Asimismo, el que las obligaciones surgidas con motivo de la gestión de un negocio se imputen directamente al representado, aun cuando el representante sea libre, se refuerza a

⁴⁵⁴ En la época postclásica esta acción se denominaba quasi institoria.

⁴⁵⁵ Finales del siglo II d. JC. Ya en época de los Severos, sobresalió Papiniano y sus alumnos Ulpiano y Paulo. Ellos tres fueron juristas cortesanos, que frecuentaban el salón literario de la emperatriz Julia Domna.

⁴⁵⁶ D. 14, 3, 19, 1.

⁴⁵⁷ Una parte de la doctrina se basa en este elemento para mantener que el encargo hecho a un liberto para la gestión de un establecimiento societario es posterior al del esclavo, como dato histórico económico. La actio institoria, permitió desde su misma introducción la posibilidad de hacer responsable al principal por la gestión de cualquiera de ellos, al destacar el hecho de ponerlos al frente del negocio, no la relación de potestad.

⁴⁵⁸ Gayo (4, 71).

contrario sensu, con el contenido de un texto de Escévola⁴⁵⁹, 5 dig⁴⁶⁰, en el que se advierte con claridad que el gerente no se obligue en nombre propio: “Lucius Ticius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaio Seio cavit in haec verba: ‘Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salute. Habes penes mensam patroni mei denarius mille, quos denarius vobis numerare debebo pridie kalendas Maias’. Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistula iure conveniri Terminalis possit. Respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad idem mensae protestandam scripsisset”. (Licio Tucio tuvo a un liberto puesto al frente del banco que gestionaba; éste dio caución a Gayo Seyo en estos términos: ‘Octavio Terminal, agente de los asuntos de Octavio Félix, saluda a Domicio Félix. Tienes en el banco de mi patron mil denarius, los cuales deberé entregaros el día antes de las kalendas de mayo’. Se preguntó, ¿habiendo fallecido Lucio Ticio sin heredero, y vendidos sus bienes, podría ser demandado en derecho Terminal en virtud de su carta? Respondió, que ni estaba obligado en derecho con estas palabras, ni había equidad para demandarle, porque aquello lo había escrito por su cargo de gerente para dar cuenta del estado del negocio). La razón de la pregunta formulada al jurisconsulto toma seguramente como argumento de analogía, que en la empresa naviera se presentaba la alternativa de demandar o al armador o al magister navis, siempre que fuera libre, Ulpiano, 28 ad ed.⁴⁶¹ A la vista de la respuesta negativa del jurisconsulto, como más arriba acaba de exponerse, la única alternativa a favor de los acreedores del banco es exigir del *bonorum emptor* la recuperación de sus importes.

En cualquier caso, hay que destacar que, la posibilidad de demandar no compete exclusivamente al socio- dominus negotii, sino que también está legitimado para ello el gerente libre, por tratarse de relaciones contractuales (en el sentido labeoniano), es decir, con presencia de obligaciones recíprocas entre las partes (*σνάλλαγμα*, *ultra citroque obligationem*)⁴⁶².

Sin perjuicio de lo anterior, realiza Ulpiano, en 28 ad ed.,⁴⁶³ las siguientes matizaciones entorno a la responsabilidad del principal y los gerentes, en sede de la *actio institoria*, a continuación del comentario que el jurisconsulto dedica a los avisos públicos

⁴⁵⁹ Justamente maestro de Papiniano.

⁴⁶⁰ D. 14, 3, 20.

⁴⁶¹ D. 14, 1, 1, 17.

⁴⁶² D. 50, 16, 19.

⁴⁶³ D. 14, 3, 11, 5.

del encargo hecho al gerente (proscriptum).⁴⁶⁴

13.- DESENVOLVIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

13.1.- TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS DE LAS APORTACIONES PROMETIDAS.

El contrato de sociedad *alicuius negotiationis* o *unius rei*, con en configurado como consensual, queda sometido a las reglas generales aplicables a los mismos, en lo concerniente a la transmisibilidad del dominio (o demás derechos reales sobre el objeto aportado). Como es evidente, nuestro enfoque del tema se sitúa a partir de la época en que las sociedades se convierten en propietarias y, en consecuencia, asumen la responsabilidad de las aportaciones sociales que se hubieran efectuado.

Según la norma general, válida para todos los contratos consensuales, será el instante de celebración del contrato lo que determine el paso del riesgo al contratante que acepta convertirse en adquirente. Procede, pues, extender por analogía el principio de *res perit emptoris*, previsto para el contrato de compraventa en época postclásica, al ámbito societario. Recordemos que desde el intercambio de voluntades contractual, el comprador adquiere el derecho a la propiedad, se aprovecha de todos los aumentos o adquisiciones que por accesión reciba el bien objeto de compraventa y, por el contrario, soporta el riesgo, salvo si se trata de una cosa *in genere*⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Proscriptum constituye la norma a la que ha de sujetarse al contratación del gerente con terceros, así nos lo indica Ulpiano 28 ad ed. D. 14, 1, 1, 12, "... Litteris utrum graecis an latinis? Puto secundum loci condicionem graecis an latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam literarum" (¿Deberá estar escrito en griego o en latín? Opino que conforme a las condiciones de la localidad, para que nadie pueda excusarse con su ignorancia de la escritura).

⁴⁶⁵ Dig. 18.6. de periculo et commodo rei venditae. Code, 4.48. cum autem emptio et venditio contracta periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptio tradita non sit. Inst. 3.23.3, cum autem emptio et venditio contracta sit, quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit...; emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.

Esta regla está plenamente admitida, como ya hemos apuntado, en el derecho Justiniano⁴⁶⁶; ahora bien, ¿se puede afirmar que existiera también en época clásica, o que más bien era obra de los compiladores? Ante tal interrogante, entendemos que lo más correcto consiste en pronunciarse a favor de la doctrina, que incluso en época clásica (y, por lo tanto, ya en el momento en que la pura convención adquirió ya carta de naturaleza), subraya la importancia de la traditio; o sea, del elemento real, y no admite la transmisión de los riesgos hasta el momento de la traditio; lo cual se traduce en la admisión por el derecho romano clásico, al menos en sus inicios, del criterio que determina *periculum est venditoris*⁴⁶⁷.

Con estas premisas, enfoquemos el examen del problema desde la perspectiva del contrato de sociedad.

¿Pasan los socios a ser propietarios de los bienes prometidos, por el solo consentimiento de las partes de formar una sociedad y de poner en común un objeto u objetos determinados? ¿Se convierten en responsables de la pérdida de la cosa y han de soportar los riesgos, antes de ejecutar la aportación e integrarla en el fondo común de manera efectiva? La respuesta sería negativa como regla general, muestra de lo cual sería la hipótesis en la que la aportación consistiera en objetos genéricos. Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea? Et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita est, utriusque perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periret; si vero ante collationem, posteaquam eam destinases, tunc perierit, nihil eo nomine

⁴⁶⁶ En esta etapa postclásica, la traditio, tras haber experimentado un proceso de paulatina espiritualización, tiende a estar embebida en el consentimiento mismo, provocando así el solapamiento o la coincidencia temporal del título y el modo, aun cuando conceptualmente conservasen su autonomía respectiva.

⁴⁶⁷ Alfenus Varus, lib. 2 digestorum, Dig. 18, 6, 11: Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri potest, neque si seruorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit...; Julien, lib.3 ad Urseim Ferocem, Dig. 18.6.13. Cf. Haymann, en Z.S. St. 41 (1920), p. 44 y Huvelin en Rev. Hist. de droit, 1924, p. 318 y Konstantinovitch, en "Le periculum rei venditae en droit romain" (1923), quien después de haber presentado el problema en general, concluye: "le droit classique consacrait la règle periculum est venditoris, tandis que dans le droit de Justinien le risque passe à l'acheteur dès que le contrat est parfait". Cf. Appleton, en la Revue Hist. de droit, 1926.

consequeris, inquit, quia non societati perit⁴⁶⁸. La expresión *societas*, en dicho texto, debe comprenderse en el sentido de comunidad⁴⁶⁹.

Ulpiano sostiene una opinión análoga a la expresada por Celso⁴⁷⁰ refiriéndose al caso hipotético en el que la aportación tiene por objeto un objeto *in specie*. Se trataba de una sociedad constituída entre dos personas en la que una tenía tres caballos y la otra uno. Tal sociedad se había formado con el fin de vender la cuadriga y repartir después el precio de venta en la proporción de $\frac{3}{4}$ y de $\frac{1}{4}$, *tracatum ita est apud Celsum lib. 7 Digestorum, ad epistolam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes el ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo, quadrigam venderes, et ex pretio quartum mihi redderes.*

La cuestión que se plantea es, ¿a partir de qué momento la sociedad soportaría la pérdida del objeto que constituye la aportación, entendida como prestación contractual?

Según el planteamiento efectuado en el propio Digesto, manente societate, parecería Celso no se plantea siquiera la posible existencia de responsabilidad de los socios, antes de la entrega de la aportación al fondo común. Ahora bien, extinta la sociedad, sí que cabría preguntarse si los socios podrían llegar a ser responsables y entonces en qué medida. Así se deduce del tenor del mencionado texto: “*si id, quod quis in societatem contulit extinctum*”.

En ese caso, si el caballo de aquél que sólo tenía un caballo, moría antes de que la venta hubiera tenido lugar, ¿cuál de los dos socios soportaba la pérdida? Según Celso, si el caballo se moría antes de la venta, únicamente su propietario asumía la pérdida, porque, según su versión, la sociedad fue concebida no para formar una cuadriga, sino para vender el conjunto de caballos en interés común y conseguir por razón de la cuadriga o conjunto organizado de los cuatro caballos un plus, o sea, un precio superior al que se hubiera obtenido vendiendo los caballos de manera separada.

La sociedad, añade Celso, dejaría de existir desde luego, si uno de los caballos muere antes de la venta- “*si igitur ante venditionem equus meus mortus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendae quadrigae, sed vendae, coitam societatem*”. De ello se infiere, que la solución

⁴⁶⁸ Lib. 31 ad ed. Dig., 17.2.58 § 1. Palingenesia, I, p. 139. E. 109, nº 70.

⁴⁶⁹ Esta interpretación sería de aplicación tanto en el contexto de la sociedad *quoad sortem*, como en el de la sociedad *quoad usum*.

⁴⁷⁰ Dig. 17.2.58. Palingenesia, I p.134 E. 109, nº 70.

del caso pone en duda la regla *periculum est emptoris* en la época clásica, pues se trata de un objeto *in specie*.

Se podría objetar diciendo que Celso se niega a admitir la responsabilidad de los socios respecto al caballo muerto antes de efectuarse su puesta en común, por la sencilla razón de que la sociedad, dada la intención contractual de las partes, no quedaba constituida por la puesta a la venta de una cuadriga⁴⁷¹- *si igitur ante venditionem equus meus mortus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendae quadrigae, sed vendendae, coitam societatem*. La solución del problema pone en duda la regla *periculum est emptoris* en la época clásica, en el caso de que se trate de un objeto *in specie*. No obstante, se podría objetar que Celso se resiste a admitir la responsabilidad de los socios respecto del caballo muerto antes de la puesta en común o entrega efectiva, por la razón de que la sociedad, según la intención de las partes, sólo quedaba constituida por la puesta en venta de la cuadriga.

Si bien, enfocando el tema desde otra perspectiva, la solución que se da en la segunda hipótesis planteada, disipa toda duda; la sociedad, dice Celso, existiría y sería responsable de las aportaciones, si se había concebido para formar una cuadriga, y si después del contrato, la entrega efectiva había tenido lugar-*caeterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret “eaque communicaretur”*, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus. E incluso, en esa misma hipótesis, no bastaba con el sólo consentimiento de las partes, era preciso, además, que después *id actum dicatur quadriga fieret, eaque communicaretur*, para que la responsabilidad fuera asumida por los socios. E incluso si se admite la doctrina general válida para todos los contratos consensuales vale igualmente para el contrato de sociedad, y así desde la formación del contrato, la transmisión de la propiedad de los bienes que los socios se obligaban a entregar y también el riesgo (salvo en caso de cosas *in genere*) pasa al adquirente, en cualquier caso, hay que subrayar que esta conclusión no resulta del texto más arriba citado. En materia de contrato de sociedad, este pasaje es, según creo, constituye una prueba crucial de que, al menos a los comienzos de la época clásica⁴⁷², aún sobrevivía la vieja idea del carácter real del contrato, repercutiendo como tal en lo concerniente a la transmisión de riesgos. Por el

⁴⁷¹ En tal caso, muerto uno de los caballos, faltaría tanto el objeto como la causa contractis.

⁴⁷² Publius Iuventus Celsus filius vivió a comienzos del siglo II d. J.C. (además era cónsul en 129 d. J.C.). Cf. Paulo, lib. 33 ad ed. Digesto 18.6.8.

contrario, Windcheid⁴⁷³ y Demburg⁴⁷⁴ se muestran convencidos de haber encontrado en estos textos la confirmación de la regla general *periculum est emptoris*. La transmisión de la propiedad, dicen estos autores, tiene lugar desde el momento mismo de la celebración del contrato de sociedad si *id actum dicatur* y, en consecuencia, ya incluso en época clásica, el riesgo pasaba a la sociedad desde el instante del intercambio de consentimiento de las partes intervinientes.

14.- REGLAS CONCERNIENTES A LA PROPIEDAD DEL CAPITAL, COMO GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA GENERADA.

14.1.- PRINCIPIOS⁴⁷⁵

La ejecución de la correspondiente aportación de bienes al capital por uno de los contratantes y de trabajo por el otro u otros, suscita la duda siguiente: El capital social, ¿pasa a ser copropiedad de todos los socios o, por el contrario, sigue siendo propiedad únicamente del socio capitalista?

La práctica y la doctrina romana eran conscientes de la existencia de dos opiniones enfrentadas al respecto⁴⁷⁶, de las cuales se deducen las reglas siguientes: 1º la adquisición de la copropiedad por todos los socios se presumía, sobre todo si los bienes puestos en el fondo social eran cosas o bienes fungibles que se destruyen por el uso y podían ser reemplazadas por otras; 2º el propietario conserva, en principio, la propiedad de todos los otros bienes, si de la naturaleza del contrato y de la intención de las partes, no

⁴⁷³ En su obra *Diritto delle pandectte II*. Trad. Italiana de Fadda y Benn. Torino 1930, p. 583.

⁴⁷⁴ *Pandekten, II, § 126.- vom Abschluss des Gesellschaftsvertrages an ist die Gefahr der Einlagen, welche in eine bestimmte Spezies zugesagt wurden zu Lasten der Sozietät; anders est es natürlich wenn die Einlage nur generisch bestimmt ist, namenlich in Gelt Bestelt, dann kann die Gefahr auf die Gesellschaft erst mit dem Einlagen selbst übergehen.*

⁴⁷⁵ Como muestra de la proyección pragmática de los principios como norma jurídica, informadora de un ordenamiento jurídico, véase Fernández de Buján Fernández, F: "Principi generale de'Il diritto e regole FIS"RGDR nº 19, 2012.

⁴⁷⁶ Cicerón, *Pro R. Com.*; pro Quinctio; Juliano, *lib. XI digestorum*, Ulpiano, *lib. 30 ad Sab., Dig., 19.5.13 § 1*; Ulpiano, *lib. 31 ad ed. Dig., 17.2.52 §§ 2, 3, 7*; Demburg *Pandekten, II p.341*; Pernice Parerga, en *Z.S.St, 3, p. 64, 97*; Vangerow, *Lehrbuch des Pandektenrechts, II 1 865-1 876, p. 472.*

resulta lo contrario; este principio entra en aplicación especialmente cuando tal cláusula se inserta dentro del contrato.

Hay que señalar que estos bienes podían utilizarse por terceros sin que ello desencadene limitación o menoscabo a los derechos del propietario. En lo que respecta a los bienes fungibles o intercambiables, que no pueden ser utilizados sin que se destruyan o que están destinados a ser vendidos dentro de la empresa, son considerados como si se hubieran puesto en común en el fondo social.

Hay que admitir, salvo cláusula en contrario inserta en el propio contrato, que las aportaciones efectuadas en favor de la sociedad, se convierten en copropiedad de todos los socios, principalmente si consisten en dinero efectivo, en cosas fungibles y en objetos objeto aportados que habían sido objeto de una estimación⁴⁷⁷. En tales hipótesis, la responsabilidad de todos los socios se compromete en el caso de pérdida de las aportaciones efectuadas. Por el contrario, allí donde el dueño conservaba la propiedad de su aportación y sólo ponía en sociedad el uso de sus bienes, por aplicación de la regla *res perit domino*, él sólo soportaría la pérdida.

Por su parte, Celso se pronuncia a favor de la conservación por el socio capitalistas de los bienes y derechos puestos en común o aportados al fondo social, exponiendo la regla general siguiente: “*pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune*⁴⁷⁸”. Siguiendo esta misma lógica, la eventual pérdida de esos mismos bienes únicamente debería repercutir en perjuicio del socio propietario. Ulpiano, sin embargo, admite la responsabilidad de todos los socios cuando los bienes habían sido integrados en la sociedad con estimación de los mismos, ideoque *si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit*⁴⁷⁹. En análoga hipótesis, el socio trabajado soportaría el solo la pérdida, si es hallado culpable de dolo o culpa, o incluso de falta de custodia, *quod si furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit*.

⁴⁷⁷ Vangerow, op cit., II, § 651. Denburg op cit., § 126 (p. 345) en contra: Windcheid, op cit., II, § 405; Trumpler, op cit., p. 15.

⁴⁷⁸ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 2

14.2.- CAPITAL SOCIAL EN LAS SOCIEDADES “QUOAD USUM”.

Las sociedades en las que la aportación del socio capitalista sólo consistía en el uso del capital, constituyen la categoría de las sociedades “quoad usum”; el valor del uso de los bienes de algunos de los socios y la operae de otros, formaban el capital social. Las aportaciones revestían características bien diversas, pues las partes decidían ellas mismas, por medio de una cláusula especial insertada en el contrato, en qué proporción participaban de los beneficios obtenidos y, si había lugar, de las pérdidas⁴⁸⁰. En defecto de cláusula especial acerca de su participación, la regla normal de igualdad resultaba totalmente de aplicación⁴⁸¹. Además, se presumía que las operae eran de un valor equivalente al uso del capital⁴⁸²; pero tal equivalencia era relativa.

Resulta que en el supuesto de disolución de la sociedad, el socio trabajador o de industria no participaba en la partición y adjudicación de los bienes sociales, sino sólo en la distribución de los posibles beneficios percibidos⁴⁸³. Celso, recogiendo dos ejemplos de

⁴⁷⁹ Idem Dig. 17.2.52 § 3.

⁴⁸⁰ Cf Pernice, Parerga, en Z.S.St., 3, p. 49.

⁴⁸¹ Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, Dig. 17.2.29, si non fuerit partes societati adiectae aequas eas esse constat; Dig. 50, 16, 164 § 1; Modestino, Dig. 37, 14, 7 § 1. Inst. de Just. 3, 25, 1, et quidem e nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur; Gayo, Inst. III § 15. Cf. Pernice, Parerga, en Z. S. St., 3 p. 96; t. 9, p. 233. Karlowa, R.R. II p. 657. Dernburg, op cit. § 126, interpretan, con razón, dicha regla en el sentido de “partes “ absolutamente “iguales”, respecto de la aportación.

⁴⁸² Celso, lib. 7 digestorum, citado por Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig., 17.2.52 § 2 especifica pretium operae artis, est velamentum. La frase citada de dicho texto carece de sentido jurídico, se cree que es el resultado de una interpolación. En los Basílicos, lib XII, tít. I (52 § 2) p. 751 esta frase vendría a decir, idoneum est velamentum. Así, el planteamiento de Celso consistía en precisar que las operae y las artes constituían una parte del capital equivalente, en cuanto a parte del mismo, a las aportaciones dinerarias. Así lo sintetiza, por su parte, Justiniano afirmando que opera pro pecunia valet. Cf. Inst. 3, 25 § 2, de una manera precisa, se refiere a los beneficios o ventajas, así como las garantías, que otorga el capital social. Celso empleaba probablemente la expresión de “emolumentum” en el sentido de “ganancia”. Cf Celso, lib. 7 digestorum, Dig., 17.1.48 § 1. Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, [meo in eo] periculum meum, “emolumentum” sit. Cf. Tito Livio, 22 22 7 —ut quam maximum emolumentum novis socius esset. Código Teodosiano 15.1.19. La doctrina no se muestra unánime acerca de tal solución, considerando en definitiva que tal expresión era fruto de una glosa: Karlowa, en Röm. Rechtsg. IIp.658.1, Pernice Parerga en Z.S.St., 3, p. 62; Lenel en Z.S.St. 49 (1929), p. 462-463.

⁴⁸³ En la sociedad alicuius negotiationis, el socio podía ser acreedor o deudor de la sociedad. Cicerón pone un ejemplo en su discurso Pro Quinctio (IV § 15), expresándose de esta manera: “en estas conversaciones Nevio no dijo una sola palabra para alegar que la sociedad le estaba agradecida o que Quinctio le fue

societates alicuius negotiationis donde uno de los socios hizo una aportación en capital y el otro en trabajo —pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune, — pone de manifiesto que la comunidad sólo se extiende a los quaeribus fructibus.

El socio trabajador únicamente ha aportado su industria en contrapartida al reparto de los frutos y en ningún caso participará en el reparto del bétail o du champ, que han permanecido enteramente como propiedad del socio capitalista.

Juliano⁴⁸⁴, por su parte, nos pone el ejemplo de una sociedad quoad usum en el supuesto siguiente: Iulianus XI digestorum scribit: si tibi arcae meae dominium dederò, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dederò, vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorretere haec ab área, eo quod hic dominus esse non desinit, qui prius fuit: competitor igitur pro socio actio.

Primitivamente, subraya Trumpler, por razones jurídicas, las sociedades quoad sortem podían formarse solas. El socio trabajador o de industria participaba del capital aportado por el socio capitalista. Pero más tarde, en la época en la que el contrato consensual se hallaba plenamente consagrado, esta regla sólo resulta de aplicación en los casos de su inclusión expresa a través de cláusula especial. Por el contrario, en época clásica se fijó la regla general de que, en principio, el socio capitalista conservaba la propiedad⁴⁸⁵.

Esta regla también era de aplicación en la hipótesis en la que dos socios únicamente aportaran el valor del uso de sus bienes; en dicho caso, cada socio conservaba la propiedad de su aportación. Teniendo en cuenta este razonamiento, deduce Trumpler, que en el ejemplo de la sociedad constituía entre el dueño de tres caballos y otro propietario de un único caballo, Celso dictaminó que cada socio soportara por sí solo la pérdida de su aportación, pues cada uno conservaba la propiedad de sus bienes⁴⁸⁶. Cabe

personalmente agradecido de una suma de dinero”, “neque interea verbum ullum interposuit Naevius aut societatem sibi quipiam debere aut privatim Quinctium debuisse”.

⁴⁸⁴ Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Dig. 19.5.13 § 1.

⁴⁸⁵ Op. cit., p. 13; en contra: Denburg, op cit., II, § 126 P- 345); Vangerow, II, p. 472-474.

⁴⁸⁶ Trumpler, op cit., p. 15. Vangerow, vislumbrando la existencia de una regla general es de la misma opinión para este caso particular, op. cit., p. 472-473 (§ 651).

subrayar que Celso, en el lib. 7 digestorum, ad epistolam Cornelli Felicis⁴⁸⁷, en ningún momento consideró la sociedad constituida entre los propietarios de caballos como una sociedad *quoad usum*. La ausencia de responsabilidad del socio propietario de tres caballos respecto de uno solo dueño de un solo caballo se desprendía de la naturaleza especial de esta sociedad que perseguía como objeto la venta de los caballos y el reparto del precio obtenido de la misma y no la formación de una cuadriga⁴⁸⁸.

En relación a este supuesto, el profesor García Garrido⁴⁸⁹ mantiene que el contrato celebrado entre los dos dueños de los cuatro caballos que formaban la cuadriga, podría tener una doble interpretación:

Primera Interpretación: La sociedad se contrae para vender la cuadriga y repartirse los socios el precio. Una vez vendida la cuadriga, la sociedad se extingue. Asimismo, también se consideraría extinguida la sociedad (por falta de objeto social) por la pérdida de uno de los caballos, lo cual traería aparejado la imposibilidad de formar una cuadriga.

Segunda interpretación: Tendría otro matiz, la sociedad consiste en formar una cuadriga común, de la que un socio tiene tres partes y el otro una. A diferencia del anterior enfoque, la pérdida de un caballo no extingue la sociedad, que perdura mientras los socios quieran, debiendo el propietario del caballo muerto, aportar un nuevo caballo o su valor. Y si no lo hiciera así, los demás podrían obligarle a efectuarlo por medio de la *actio pro socio*.

Esta segunda interpretación podría reforzarse con un argumento de analogía con un supuesto de legado de una cuadriga recogido por Papiniano⁴⁹⁰. Opina este jurisconsulto que, algunos creen que se extingue al morir uno de los caballos, si excepcionalmente es el que guiaba la cuadriga; ahora bien, si entretanto se suplieron los caballos muertos, el legado tendrá efecto.

⁴⁸⁷ Ulpiano, lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.58. pr.

⁴⁸⁸ Otra cosa, según explicaba Celso, es que se dijese que se convino la sociedad para formar una cuadriga para que ésta se hiciera común y uno tuviera tres partes y otro la cuarta, indubitadamente, seguirían siendo socios.

⁴⁸⁹ García Garrido: "Derecho Privado": "Casos y decisiones jurisprudenciales", Madrid, 1985, p. 228.

⁴⁹⁰ D. 31. 65.1

15.- CRITERIOS DETERMINANTES DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD.

15.1.- ¿CUÁLES SON LAS GANANCIAS SOCIALES QUE INGRESAN EN EL ACERVO COMÚN Y QUÉ GASTOS SON LOS QUE TIENEN QUE SOPORTAR EL CONJUNTO DE LOS SOCIOS?

En el modelo de sociedad *alicuius negotiationis*, todos los beneficios provenientes de los negocios cuyo desempeño constituya objeto de la sociedad, son adquiridos por ésta; es decir, devienen parte del acervo social. En contraste, cada socio conserva los beneficios conseguidos por los demás. Ulpiano⁴⁹¹ confirma esta regla refiriéndose al ejemplo siguiente: dos personas formaron una sociedad bancaria; uno de los socios, tras haber adquirido un bien separadamente, la vendió obteniendo, por tanto, un beneficio. Se discutía si ese beneficio conseguido era o no común. Ante ello, el emperador Septimio Severo respondió a Flavio Flaccus, que está reconocido por el ordenamiento jurídico que estos dos banqueros habían formado una sociedad de índole bancaria; entonces, todo lo que uno hubiera ganado por una vía ajena a la actividad bancaria, permanecía al margen de su sociedad y así, *imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: etiam si maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesierit, id ad communionem non pertinere, explorati, iuris est.*⁴⁹²

Se admitía el mismo criterio en sede de sociedades *unius rei*. No se integran en el fondo societario los beneficios adquiridos por razón del desarrollo del objeto social establecido o bien del acto o negocio jurídico por el cual se ha constituido la sociedad. Esta regla fue siempre observada con un rigor extremo por los romanos. Era preciso que la adquisición del *beneficium* estuviera en *conexitas causarum*, en estrecha relación con el objeto de la sociedad, para que entrara en el fondo común societario. Ulpiano hace aplicación de esta regla con ocasión del análisis del caso siguiente: Uno de los dos dueños de un esclavo le había otorgado un legado, sin conferirle la libertad; dicho legado pertenecerá tan sólo al único dueño sobreviviente si *servo communi legatum sine libertate*

⁴⁹¹ Dig. 17.2.52 § 5 *cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat et lucrum senserat: quaerebatur an commune esse lucrum oporteret.*

⁴⁹² Lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.52 § 5.

unus ex dominus reliquit, hoc ad solum socium, y en cambio, herederos del socio premuerto, siempre que participen en la propiedad del esclavo, no tendrían derecho a parte alguna del legado ordenado por su causante. ¿Quid iuris de las deudas contraídas con ocasión del bien legado? Por una estricta razón de lógica jurídica, corresponderían al esclavo, ¿mas sería admisible esta excepción respecto a la responsabilidad ultra viribus concerniente al heredero que acepta la herencia pura y simplemente?

Esta opinión de que el bien legado no correspondería a los herederos del ordenante del legado, sino al socio sobreviviente, procede de Sabino⁴⁹³. Los herederos del socio fallecido, mantienen Juliano y Sexto Pomponio, siguiendo la opinión de Sabino, no podían esgrimir la actio pro socio con el fin de reclamar su potencial parte en el legado, an tamen pro socio iudicio communicari et posse hanc communionem hoc acquisitum est, sed ob suam partem, nec oportet id communicari, quod quis non propter societatem, sed propter suam partem adquisierit. Este legado, sostienen los juristas romanos, no era fruto o producto de la cosa común, sino que constituye per se una parte integrante del fondo común⁴⁹⁴; y así, lo que el socio haya adquirido como producto de su participación en la sociedad, le pertenece a él mismo y no a la sociedad, no se integra en la misma.

La misma regla que servía de base para distinguir entre los beneficios que debían incluirse en la sociedad y los que eran propiedad exclusiva de los socios, lógicamente también servía para precisar los gastos debían ser soportados por la sociedad y los que quedaban bajo la responsabilidad particular de cada socio.

En efecto, eran de cargo de la sociedad las impensas resultantes del fondo común, y por el contrario, los socios soportaban los gastos que habían contraído por razón de la sociedad, “aus Anlass der Gemeinschaft angewendet”⁴⁹⁵. Tal distinción del pasivo, según el sujeto responsable del mismo, se pone de manifiesto principalmente por Labeón. Pomponio, por su parte, nos muestra un ejemplo de aplicación de esta regla por el mismo Labeón, en lib. 13 ad Sabinum^S. Según, el supuesto de hecho expresado, un socio fue herido con motivo de la ejecución de un negocio social, al perseguir a los esclavos comunes; es decir, pertenecientes al fondo común societario, que se habían escapado. Con motivo de ello, el socio afectado por tal altercado reclama el reembolso de los gastos médicos que se le habían ocasionado, socius cum resisteret communibus servis venalibus

⁴⁹³ Asimismo, los juristas Juliano y Sexto Pomponio se suma a este mismo parecer Sabino.

⁴⁹⁴ Lo que un socio ha adquirido como producto de su participación en la sociedad, no se comunica a ésta última; sino que pertenece al propio socio y no se integra en el fondo social.

ad fugam erumpentibus vulneratus est; impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait; al final se le deniega la facultad de ejercer la actio pro socio para obtener el reembolso de los gastos, en virtud del argumento según el cual, todo lo que es común quia id non in societatem, quamuis propter societatem, impensum sit.

Por ello, quien por razón de la sociedad no ha sido instituido heredero, o quien por administrar mejor los bienes sociales ha descuidado sus propios asuntos, no tendrá derecho a reclamar que los demás socios participen en sus impensas o sus pérdidas.

Esta opinión tan rigurosa no siempre ha sido admitida sin discusión alguna. Oponiéndose a esta doctrina, Juliano dice que el socio herido tenía derecho al reembolso de los gastos médicos—secundum Iulianum tamen, et quod medicis pro se datum est, recipere potest, y Ulpiano se adhiere a esta opinión, pues estas impensas fueron provocadas directamente por la actividad social⁴⁹⁶. En una serie de ejemplos⁴⁹⁷, se demuestra que todos los gastos que resultan de la actividad social o se desprenden directamente de los bienes sociales, debían ser soportadas directamente por la sociedad (propter societatem, in societatem, ex societate).

15.2- EXAMEN DE LA EXTENSIÓN ECONÓMICA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA A FAVOR DE SOCIO PERJUDICADO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA.

Un gran dilema que plantea la doctrina científica consiste en discernir entre los diversos pagos que un socio se hubiera visto obligado a efectuar con motivo del desarrollo del fin social—o de actos complementarios o accesorios dirigidos a este fin—son reembolsables en favor del mismo y en qué circunstancias.

La dificultad de determinar los elementos del supuesto de hecho casuante de los desembolsos a indemnizar está ligada a una segunda problemática consistente en la dificultosa delimitación de los límites del interés social, distinto de cada uno de los socios

⁴⁹⁵ Cf, Pernice, Parerga, in Z.S., St., 3, 92; Labeo, II, p. 445.

⁴⁹⁶ Lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.61; Palingenesia, I, p. 357; Iuliani digestorum lib. 14. Cf. Ídem, nº 234. Dig. 17.2.52 § 1 in fine, sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime, Iulianus probat.

⁴⁹⁷ Ulpiano, lib. 30 ad ed. Dig. 17.2.52, § 15; 67; Gaius, lib. 25, ad ed. Prov. Dig. 39.2.32; ídem, lib. 10 ad ed. Prov. Dig. 17.2.34.

individualmente considerados. Tal interrogante constituye la premisa de la que hay que partir para después, descendiendo al supuesto concreto, despejar la incógnita relativa a la imputabilidad de las impensas y desembolsos realizados bien sea con ocasión del fin social propuesto, en sí mismo, aun cuando hubieren sido provocados por factores exógenos al mismo; y en consecuencia, la comunicabilidad o no o a los demás socios del efecto desencadenado por la causación de daños o gastos que se traduciría en la repetición contra tales consocios de la parte de los mismos proporcional a su cuota social o participación en sociedad.

Al respecto, sería totalmente contrario a la mentalidad jurídica romano partir de una regla general en aras a hallar una solución aceptable a tal polémica, sino que ha de partirse de los diversos casos concretos examiandos jurisprudencialmente-

En este sentido, podemos partir de un supuesto referente al contrato de mandato, pero, dada la identidad de razón, acertadamente cabría su extensión analógica al ámbito del contrato de sociedad. Así pues, analizando Paulo la responsabilidad surgida de un contrato de mandato, considera que son imputables al mandatario los perjuicios patrimoniales que pudiera sufrir con ocasión de la ejecución cuando pueda apreciarse que ello magis casibus quam mandato imputari oportet; a partir de este criterio jurisprudencial, Arangio-Ruiz⁴⁹⁸ considera que el distinto criterio que resulta de D.17.2.52.4 para las relaciones societarias supone una inversión de ese principio general, y la razón se encuentra en la naturaleza no conmutativa sino cooperativa del contrato de sociedad. La posibilidad de resarcimiento del daño vendría, en todo caso, condicionada a la existencia de un nexo necesario entre las pérdidas sufridas por el socio y el interés social de la gestión social por él realizada, quedando, por tanto, excluída cuando entre ambos elementos pudiera apreciarse una conexión accidental.

Siendo esto así, dirijamos nuestra atención hacia el análisis de dos curiosísimos supuestos susceptibles de un planteamiento conjunto por el paralelismo de la cuestión de fondo que suscitan a pesar de la diversidad de vértices que presentan uno y otro. Me refiero a dos casos recogidos en sendos fragmentos de Ulpiano⁴⁹⁹ y Pomponio⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Arangio-Ruiz: "La societá in diritto romano", cit, p. 193 y ss.

⁴⁹⁹ D. 17, 2, 52, 4.

⁵⁰⁰ D. 17, 2, 60, 1.

En D.17.2.52.4⁵⁰¹ se plantea el caso de un socio perteneciente a una sociedad contraída por dos personas para la confección de capotes militares que, realizando un viaje con la finalidad de comprar mercancías destinadas a dicha sociedad, es asaltado por unos ladrones. A consecuencia del asalto, se pierde su dinero, así como los objetos de su propiedad y sus esclavos resultan heridos. Se cuestiona si, mediante la *actio pro socio*, el otro socio debe abonarle la mitad del perjuicio patrimonial (*damnum*) sufrido y los gastos ocasionados por la curación de los esclavos.

También en D.17.2.60.1 se cuestiona la posibilidad de repercutir-sin precisar en qué medida-, mediante la *actio pro socio*, los gastos de curación realizados, en este supuesto, por uno de los socios⁵⁰².

Ambos supuestos presentan perfiles semejantes; pues las sociedades a que se refieren ambos fragmentos son del mismo tipo, a saber, *societas alicuius negotiationis*, por ende sujetas a la misma disciplina jurídica; y además en ambos supuestos, los sujetos afectados por el perjuicio son socios.

En dichos textos, se pone en tela de juicio la repercutibilidad por parte del socio, a los demás socios miembros de su misma sociedad, mediante el ejercicio de la *actio pro socio*, los gastos médicos que hubieron de ser abonados con el propósito de hacer frente a las lesiones físicas ocasionadas.

Adviértase que ambos casos, tanto los daños patrimoniales como los gastos generados por la curación de las lesiones, conciernen al ámbito personal de los socios heridos y no al patrimonio social *strictu sensu*.

Teniendo en cuenta que la actuación de los socios perjudicados, en principio, parece desarrollarse dentro de los límites normales exigibles en la gestión del interés social en cada supuesto, sin que quepa apreciar en ninguno de ellos una actividad negligente o culposa por parte de dichos socios, que hubiese dado lugar a la producción del daño sufrido, razones meramente lógicas inducen a suponer que, a primera vista y en atención a las circunstancias señaladas, la solución propuesta para ambos casos debería

⁵⁰¹ Para las posibles alteraciones que se contienen en el pasaje, véase, Poggi, *Il contratto di società in diritto romano classico*, Fasc. II (Torino, 1934) p.82 y 83 n° 1, 2 y 3; Arangio Ruiz, *la società* cit. P. 195; de todas formas, estos autores consideran que aunque pudieran existir interpolaciones en el texto, no afectarían a su contenido esencial.

⁵⁰² Betti: "Istituzioni di diritto romano" II.1 (Padova, 1962), p. 433. Dicho autor sostiene que la respuesta negativa que ofrece el texto contenido en D. 17.2.60.1 se debe a las circunstancias concretas del caso planteado.

ser la misma: posibilidad de ejercitar la *actio pro socio* por el perjudicado con la finalidad de conseguir el resarcimiento en la medida procedente por los daños ocasionados. Sin embargo, no ocurre así: nos encontramos con la paradoja jurídica de que mientras en D.17.2.52.4 Juliano considera proporcionalmente repartibles los gastos médicos, en D.17.2.60.1 Labeón niega la repercutibilidad de ese mismo concepto⁵⁰³.

En todo caso, ambos fragmentos presentan circunstancias fácticas dotadas de distintos matices que son clave para justificar el contraste existente entre las soluciones jurisprudenciales que son adoptadas en cada fragmento. En primer lugar, ambos textos se refieren a sociedades con funciones diversas; es decir, encardinadas en diversos tipos por la actividad a la que se dedican: mientras que el D.17.2.52.4 se alude a una sociedad *coital sagariam negotiationem*, en D.17.2.60.1, muy probablemente se estaría haciendo referencia a una *societas vectigalium*. También difieren en ambos fragmentos tanto los elementos que dan lugar a la lesión, como la situación en que la misma se lleva a cabo: Mientras que en D.17.2.52.4 el elemento productor del daño se concreta en los atracadores que asaltan al socio cuando éste se dirigía a comprar mercancías en nombre común para la sociedad, en D.17.2.60.1, la lesión se origina a consecuencia del amotinamiento de unos esclavos comunes que estaban dispuestos para ser vendidos, a los que parece que por propia iniciativa se enfrenta el *socius vulneratus*. Finalmente, en D.17.2.60.1, se dice que los gastos de curación cuestionados se encuentran referidos al ámbito patrimonial del propio socio que, con motivo de la actividad de contención de los esclavos amotinados, sufre directamente daños en su cuerpo, pero resulta discutible que en D.17.2.52.4 tales gastos de curación también aparezcan referidos al socio que sufre el asalto por parte de los atracadores, puesto que en dicho fragmento no se especifica si, a consecuencia del mencionado atraco, aquél resulta lesionado físicamente, como sí se precisa claramente con respecto a sus propios esclavos⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Hernando Lera, en “El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica” (Madrid, 1994), p. 107 y ss, estima que:” la diferencia existente entre las respuestas de Labeón y Juliano, no estriba en que éste considere como daños y gastos comunes unos, y Labeón otros distintos, sino que, el primero, considera que el campo de acción para reclamar los gastos, está exclusivamente limitado a los gastos realizados *propter societatem*, y que el resto de los gastos se pueden reclamar utilizando otras vías, como podía ser la que abre la *Lex Cornelia de Iniuriis*. Así, por ejemplo, para el supuesto recogido en D. 17.2.60.1, la *Ley Aquila* o aquella acción especial de que hablan otros autores”.

⁵⁰⁴ D. 17, 2, 61: No obstante puede recuperar lo que pagó a los médicos, lo que es cierto.

En D.17.2.52.4 se plantea una cuestión relativa al reintegro proporcional de las pérdidas sufridas en su patrimonio por un socio, perteneciente en este caso a una *societas sagaria*, que desplazándose con la finalidad de comprar mercancías relacionadas con el objeto negocial de la sociedad, fue asaltado por unos atracadores que se apropiaron del dinero que llevaba, así como sus pertenencias, resultando, además, heridos sus esclavos.

Nos encontramos en este caso con una actividad negocial de un socio consistente en un desplazamiento *ad merces emendas*, al que de modo ejemplificativo se alude en D. 17.2.52.15⁵⁰⁵; en este texto se plantea Ulpiano (lib. 31 ad ed.) la cuestión de los gastos repercutibles por el socio a la esfera patrimonial de la sociedad en circunstancias normales, en tanto que en D. 17.2.52.4 se contempla la incidencia de un elemento externo de *vis maior* como causa de una serie de daños que repercutieron en la esfera patrimonial del socio (*quam pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit*). El caso debió haber sido planteado por Juliano, quien habría calificado como *damnum commune* el perjuicio sufrido por el socio en su patrimonio, lo que refiere al dinero y a las pertenencias. En el mismo texto, Ulpiano asume el criterio de Juliano en cuanto a la asimilación extensiva al *damnum commune* también lo que in *médicos impensum est*; el carácter genérico de esa expresión la dota de una cierta indeterminación, al poder ser referidos los citados gastos estrictamente a la curación de las heridas sufridas por los esclavos del socio que fue atracado y que le acompañaban en su desplazamiento mencionados expresamente en el precepto: *servi eius vulnerati sunt*-, o bien, de modo más amplio, a las heridas que tanto los esclavos como el propio socio gestor hubiesen podido haber sufrido como consecuencia del asalto de los ladrones y la eventual tentativa de resistencia a su agresión.

La interpretación que un sector de la doctrina romanística ha realizado respecto al criterio de resolución presuntamente seguido en el fragmento en cuanto a la cuestión relativa al posible reintegro proporcional de los daños sufridos por el socio, referidos a la pérdida de su dinero y de sus propias cosas, nos parece correcta. En efecto, al poderse verificar una conexión entre el daño producido a consecuencia de un evento imprevisible-

⁵⁰⁵ :”Si quis ex sociis propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendas, eos dumtaxat sumptum societati imputabit qui in eam rem impensi suntviatica igitur et meritoriorum et stabulorum iumentorum carrulorum vecturas vel sui vel sarcinarum suarum gratia vel mercium recte imputabit”.

asalto de atracadores (*vis maior*)⁵⁰⁶-, en este caso no ya en el patrimonio social sino en el particular del socio-en sus propias cosas y dinero-, y el hecho de que los bienes privativos lesionados de ese socio, al que se encomienda la gestión y que actúa en nombre de la sociedad (*comune nomine*), estuviesen destinados o afectados a la consecución de la finalidad social, se produciría una situación de comunidad en el daño (*damnum esse commune*), disponiendo de la *actio pro socio* con la finalidad de lograr el resarcimiento proporcional de los mencionados daños.

A la mencionada conexión entre el daño producido y la gestión del interés social aludiría el jurista cuando señala en D.17.2.52.4 que el otro socio debe sufrir mediante la *actio pro socio* la mitad del daño, tanto del dinero como de las demás cosas, *quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas profisceretur*.

De esto se deduce también que no todo el daño sufrido por el socio en sus bienes privativos sea comunicable, sino sólo el que se padece en aquellas cosas propias afectadas o conectadas directamente al cumplimiento de la gestión social que le ha sido encomendada, razonamiento éste que, por lo demás, aparece en clara sintonía con lo que indica el propio Ulpiano en (lib. 31 ad ed.) D. 17.2.52.15, donde, como ya se señaló supra, se está planteando un supuesto parecido referido a la determinación del posible reintegro de los gastos efectuados por uno de los socios que parte *propter societatem* para comprar mercancías, resolviendo el jurista-a partir del mismo criterio mercantil establecido por Labeón-la reintegrabilidad con carácter exclusivo de aquellos gastos qui *in eam (societatem) pensi sunt*⁵⁰⁷.

Al hilo del razonamiento expuesto para el dinero, las cosas propias perdidas y los gastos médicos invertidos en la curación de las heridas causadas, Ulpiano aplica al final de D.17.2.52.4 la misma solución (*damnum ambo sentient*) para aquellos supuestos en los que la pérdida de los objetos o mercancías se produjese a consecuencia de otro de los

⁵⁰⁶ D'Ors: op. Cit.: "Una tendencia extraña a la Jurisprudencia lleva a entender por *vis* aquella violencia irresistible o "*vis maior*" (Sén., de benef. 2,18,7, e itp. D.4,2,1 *vis atrox*.)

⁵⁰⁷ El criterio conforme al cual se orientan las argumentaciones de Ulpiano en D.17.2.52.15 para justificar los gastos comunicables a la sociedad parece encontrarse en la línea que probablemente Labeón había establecido para resolver la cuestión concreta planteada en D. 17.2.60.1; en este caso el jurista, constatando en un primer análisis el carácter *propter societatem* de la actividad del socio *vulneratus*, excluye, sin embargo, la posibilidad de reintegro de los gastos de curación mediante la *actio pro socio* tras considerar en un segundo análisis que tales impensas, a pesar de haberse originado a consecuencia de la sociedad no son *in societatem*, por lo que el gasto pertenece a la esfera patrimonial privada del socio.

eventos que tradicionalmente se vienen encuadrando dentro del concepto de vis maior: el naufragio⁵⁰⁸. En este caso, el jurista subordina la posibilidad de solicitar el reintegro proporcional de las pérdidas sufridas por el socio al hecho de que la nave fuese el medio habitual de transporte de las mercancías perdidas.

Como se ha indicado anteriormente, mientras que la referencia en D. 17.2.52.4 al posible reintegro proporcional del dinero y de las otras cosas propias del socio no parece plantear ninguna duda desde el punto de vista interpretativo, no ocurre lo mismo con la cuestión relativa a los gastos médicos, para los que asimismo se ofrece la misma solución, pero a los que significativamente se alude de forma separada, independientemente de los demás elementos patrimoniales citados: los gastos médicos contemplados en el fragmento, ¿se encuentran referidos exclusivamente a la curación de las heridas sufridas por los esclavos propios del socio que le acompañaron en su desplazamiento, a los que se hace referencia expresa en el texto, o bien, más ampliamente, además de las citadas, también la curación de las heridas que a consecuencia del atraco pudiera sufrir el socio en su propia persona, de lo que, por el contrario, no existe constancia expresa en el fragmento?

Si se toma en consideración el caso del que parte del análisis jurisprudencial, es claro que entre sus elementos se contempla sólo la lesión de los esclavos, por lo que habría que concluir que los gastos de curación se refieren exclusivamente a ellos. El tratamiento separado de la reintegrabilidad del dinero y de los otros bienes propios del socio, y de los gastos médicos derivados de la curación de las heridas de sus esclavos no puede dejar de obedecer, sin duda, a una cierta lógica en el pensamiento problemático propio de la Jurisprudencia, teniendo en cuenta que se llega a la misma calificación del perjuicio patrimonial como *damnum commune*. La explicación debe encontrarse en el proceso expansivo del concepto aquiliano de *damnum*, al que habrían contribuido tanto Juliano como Ulpiano⁵⁰⁹. En efecto, razones lógicas inducen a pensar que Juliano⁵¹⁰

⁵⁰⁸ Véase De Domicis: "La clausola edittale *salvum fore recipere* esclude in età classica la responsabilità per custodia nel nauta nel caso di forza maggiore? Studi vari di storia del diritto romano (1950), p.51 y ss.

⁵⁰⁹ Arangio-Ruiz: "La società, op. cit. P.193, entiende que aun cuando en D. 17.2.60.1 se contuvies la exposición objetiva del pensamiento de Labeón, en el texto siguiente del Digesto, también perteneciente a Ulpiano (lib. 31 ad ed.), se reafirma la tesis contraria, adoptada por Juliano y expuesta en D.17.2.52.4. Sobre la discrepancia jurisprudencial en esta materia, véase Del Chiaro: "Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps de jurisconsultes classiques (Paris, 1928), p. 171 y ss; Arno: "Il contratto di società" (Torino, 1938), p. 275 y ss.

habría contemplado en el caso propuesto tan sólo las lesiones de los esclavos del socio: Hay que tener en cuenta que el momento jurisprudencial de desarrollo del derecho, cuando escribe Juliano, ha asimilado ya en el concepto de daño aquiliano, no sólo la muerte del esclavo, sino también las lesiones de carácter permanente, y ese jurista habría contribuido a equiparar al *damnum* el *impensum*, es decir, los gastos derivados de la curación de lesiones menos graves en los *servi*.

El carácter genérico y abierto (*si quid in médicos impensus est*)⁵¹¹ del texto de Ulpiano permite pensar en una interpretación expansiva de la reintegrabilidad de ese concepto patrimonial también al propio *socius vulneratus* con ocasión de una actividad comercial realizada *propter societatem*. De este modo, la expresión *rectissime Iulianus probat* del texto de Ulpiano implicaría no sólo la equiparación de la noción *damnum* a la de *impensum*⁵¹² producido por gastos de curación de lesiones causadas a los *servi*, sino también de ampliación extensiva a ese mismo concepto económico cuando el sujeto pasivo fuese un *socius vulneratus*. Se explicaría, así, el interés de Ulpiano en resaltar la reintegrabilidad de los gastos médicos derivados de la curación de las lesiones, que seguramente constituirían en la doctrina jurisprudencial clásica una cuestión polémica, debido a que su imputación a la esfera del patrimonio social o al privativo del socio resultaba discutible, dentro de un pensamiento jurídico que operaba con el criterio labeoniano *in societatem-propter societatem* (D.17.2.60.1) para establecer si determinados

⁵¹⁰ Gandolfi, "Damnum Commune", en *Studi in onore di Volterra III* (Milano, 1971), p. 541 y ss, interpreta el principio seguido por Juliano de la siguiente forma: "el socio tiene derecho al resarcimiento proporcional de las pérdidas sufridas por la gestión social que realiza, en cuanto no dependientes de su esfera particular de intereses; es decir, que los daños que él no habría encontrado en cuanto socio, pero que cualquier otro socio habría sufrido en su lugar".

⁵¹¹ En el terreno de las hipótesis cabe preguntarse, siguiendo a Gandolfi, "Damnum commune?", op. cit. P. 540 y ss, cuál hubiera sido la posible respuesta ofrecida por Labeón en el supuesto de que el socio solicitase el reintegro en la medida que procediese de los gastos efectuados no ya por la curación de las heridas sufridas, sino por la adquisición de armas con las que prevenir la eventual represión de la fuga de aquéllos, o para reclutar personas preparadas que le ayudasen en el control de los *servi*. En estos casos, la respuesta tendría que ser afirmativa, otorgando a tales gastos la consideración de *impensas in societatem*, por tratarse de aportaciones efectuadas por el socio para llevar a cabo el desarrollo de la normal y necesaria actividad cautelar de prevención, tendente a evitar las posibles fugas de los esclavos objeto de comercio, asegurando de esta manera la consecución de la finalidad social que se perseguía.

⁵¹² Véase al respecto: González-Palezuela Gallego, MT: "Las impensas en el derecho romano clásico" Cáceres, 1998

valores económicos, positivos o negativos, debían calificarse como *lucrum* o *damnum commune*.

No puede excluirse otra posible lectura, según la cual Ulpiano⁵¹³ (lib. 31 ad ed.), habría pretendido formular un criterio normativo genérico con la expresión *si quid in medicos impensus est*, atribuyendo al gasto la calificación de *impensum in societatem*, por haber sido causado con ocasión de una actividad desarrollada por el socio *communi nomine* y que constituye un *opus social* valorable y, por ello, confiere carácter de reintegrable al daño sufrido a consecuencia de la misma. El carácter general enunciativo del texto de Ulpiano converge con un momento histórico cultural en el que el ámbito conceptual del daño aquiliano se había extendido a las lesiones causadas a las personas libres.

La referencia final del fragmento al principio de comunidad tanto en el lucro como en el daño (*sicuti lucrum, tiam damnum quoque commune esse oportet*) viene a enunciar un criterio general normativo que tiene plena operatividad en el caso analizado, resultando potencialmente extensible por vía de interpretación a los gastos de curación del *socius vulneratus*.

Como parámetros, compatibles entre sí, determinantes de la procedencia o no del resarcimiento de los gastos ocasionados realizados por un socio- en defecto de pacto⁵¹⁴-, pueden servir, por un lado, la expresión *propter societatem*, que hace alusión al origen o causa del gasto, y por otro, el complemento circunstancial *in societate*, que se alude al destino.

A pesar de ello, en el supuesto referido por Pomponio, cabe destacar cómo interpreta Labeón que los gastos efectuados se originaron no precisamente *in societatem*, sino *propter societatem*. En tal sentido, apoya su argumentación aduciendo adicionalmente una retahíla de casos en los que algún socio, también *propter societatem*, sufre un quebranto u obtiene un beneficio en su patrimonio particular que tampoco se consideran comunicables.

En cualquier caso, entendemos que para poder concretar acertadamente por qué Labeón, como criterio de evaluación, parte de la base de separar el concepto de *impensas*

⁵¹³ Ulpiano lib. 31 ad ed. D. 17.2.54

⁵¹⁴ Lo que, por ejemplo sucede en D. 17.2.69 (Ulp. Lib. 32 ad ed), donde se recoge el caso de un socio que conviene con los demás el pago de las ‘ferias’, es decir, la comidas del mercado, dispensándose de tal gasto: “Cum societas ad emendum coiretur et conveniret, ut unus reliquis nundinas <id est epulas> praestaret eosque a negotio dimitteret, si eas eis non solverit, et pro socio et ex venditio cum eo agendum est”.

in societatem y propter societatem, viene a ser imprescindible incidir en el análisis de las específicas circunstancias fácticas que aparecen recogidas en el texto, dado que las mismas condicionan e hipotéticamente permiten explicar la solución negativa por la que se inclina Labeón en su respuesta. Tomando así tales premisas, bien puede suponerse que en D.17.2.60, con toda probabilidad, se estuviera contemplando el caso de un socio perteneciente a una sociedad venaliciaria⁵¹⁵. Así, las particularidades con que se venían desarrollando las actividades comerciales que constituían el objeto social de las mismas, compraventa de esclavos⁵¹⁶, pudieron haber condicionado-al igual que en el caso de otras sociedades, como las societates publicanorum y argentariorum, relevantes en la dinámica económica del momento-la adopción de formas especiales de organización para las mismas, así como la formulación, en atención a intereses sociales y económicos de diversa naturaleza, de reglas o principios jurídicos también especiales⁵¹⁷.

Por ejemplo, a partir de lo señalado por Paulo lib. 2 ad ed. Aedo CUr⁵¹⁸, se ha subrayado, dentro del ámbito de las relaciones de la sociedad venaliciaria con terceros, la circunstancia de que, por una parte, se reconocía a los terceros que contratasen con los mangones (como posible medida tomada en interés de aquéllos) la opción de intentar por la totalidad, la acción edilicia correspondiente contra el socio que tuviere una cuota de participación social igual o mayor, es decir, no inferior a la de los demás socios; por otra parte, se establecía una responsabilidad de los socios en proporción directa a sus cuotas de participación en la sociedad cuando la acción ejercitada contra aquéllos fuese la actio empti, quizás en atención, en este caso, al presunto interés de los propios venaliciarii de no soportar los riesgos solidariamente ni a partes iguales.

⁵¹⁵ En cambio, en D.17.2.52.4 se alude a una “societas coita sagariam negotiationem” en relación a este tipo societario, véase Bianchini, “Studi sulla societas” (Milano, 1967)

⁵¹⁶ Poggi, “Il contratto di società. Op. cit.” P. 165. Este autor sostiene que estas sociedades de comerciantes de esclavos estarían probablemente muy extendidas en la vida económica romana del momento, desarrollando un papel muy activo en el tráfico comercial. Véase también Serrao, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, pp. 3 y ss.

⁵¹⁷ Serrao: “Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano, en *Studi in o. di E. Volterra V* (Milano, 1971), p. 764 y ss. Mantiene este autor, que el derecho romano clásico, al igual que el derecho moderno, conoce una noción unitaria de sociedad, pero, frente a éste, establece respecto a los tipos particulares de sociedad unos principios específicos no ya en base al diferente perfil organizativo, como se hace en los ordenamientos jurídicos modernos, sino en función de la diversa naturaleza del objeto de tales tipos sociales.

⁵¹⁸ D.21.1.44.1

Probablemente, en otros supuestos en los que las cuestiones planteadas apareciesen referidas a problemas surgidos en el ámbito interno de las sociedades *venaliciae*, los juristas también podrían haber aplicado determinadas reglas o principios particulares atendiendo a las específicas características que, tanto desde el punto de vista organizativo como de funcionamiento, presentaban dichos tipos sociales. Esto, precisamente es lo que podría haber ocurrido en D.17.2.60.1, donde no es descartable que la aludida especificidad del tipo social que se contempla hubiese condicionado de alguna forma el *responsum labeoniano*, en la vida económica del momento, desarrollando un papel muy activo en el tráfico comercial. Gayo, por ejemplo, toma como referencia a esta clase de sociedades en Inst. III.148⁵¹⁹.

Ante todo, es lógico suponer que, con respecto a tan particular mercancía (esclavos), se adoptasen en estas sociedades especiales medidas de vigilancia y custodia, pues debe preverse el intento de fuga como un riesgo esperable del comportamiento de los *servi*. No se precisa en el texto de Pomponio si al socio le había sido encomendada de forma expresa la función de vigilancia y control de los esclavos comunes, en cuyo caso asumiría una responsabilidad por custodia y la lesión sufrida se encontraría dentro de los riesgos⁵²⁰ derivados de una conducta propia exigible para preservar la integridad de la mercancía. Pero aunque no hubiese existido aquel encargo y el socio actuara espontáneamente, habría de considerarse su actividad encuadrable entre las tareas de cooperación normalmente exigibles y esperables de cualquier socio en el específico tipo de sociedades dedicadas al tráfico de esclavos.

Al producirse la lesión a consecuencia de un evento calificable como ocasional, no asimilable a los supuestos de *vis maior* por las características de la situación en que dicho acontecimiento tuvo lugar, y por tratarse de una persona libre, Labeón no enfoca el problema desde el punto de vista del “daño” sufrido por el socio, sino desde el del gasto realizado por el mismo, en atención al aludido carácter cooperativo de la sociedad. Desde este planteamiento, el jurista deniega al socio *vulneratus* la posibilidad de ejercitar la *actio pro socio* para lograr el reintegro de los gastos de curación, aduciendo que los mismos no tienen la consideración de *impensas in societatem*, a pesar de ser *propter societatem*. Es muy probable que Labeón hubiese considerado la fuga *servorum* como un acontecimiento

⁵¹⁹ Vid. Arangio-Ruiz, *La società*, cit. P.141.

⁵²⁰ Véase, CARDILLI R. (2004). *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*. In *AUTORI VARI. Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. (pp. 1-37).

en cierta medida previsible y por ello abstractamente evitable, atribuyendo a los esclavos comunes con que comerciaban los venaliciarios la condición de *servi qui custodiri solent*⁵²¹.

Podría pretenderse ver en este fragmento la formulación de un criterio normativo de carácter general en la contraposición entre los dos tipos de gastos aludidos, que se proyectaría de forma práctica en el hecho de que, mientras en las *impensas in societatem* serían reintegrables, por el contrario, no ocurriría lo mismo con las *impensas propter societatem*.

Tal afirmación requiere, a nuestro juicio, una matización: no se puede hablar propiamente de la existencia de una contraposición en el mismo plano entre *impensas in* y *propter societatem*, y menos todavía pretender que la misma problemática adquiriera un carácter general. En efecto, del análisis de otra serie de textos, en los que también se hace referencia al posible reintegro de los gastos efectuados por los socios, se puede apreciar que, si bien los juristas aluden en unas ocasiones a *propter societatem* y en otras *in societatem* no presentando tales términos como opuestos, sino como distintos y complementarios entre sí. Mientras que con la expresión *propter societatem* hacen referencia al origen o motivo del gasto, con la dicción *in societatem* aluden al destino o dirección del mismo. Se trata, por consiguiente, de dos planos diferentes, referidos al porqué y al para qué del gasto, en los que la sociedad actúa como referente, y que serían valorables de forma independiente y sucesiva a efectos de la determinación de la procedencia o improcedencia del reintegro del gasto realizado por el socio, lógicamente, cuando nada se hubiera concretado al respecto.

Primero analizarían la causa o motivo del gasto, exigiéndose la conexión del mismo con la sociedad (*propter societatem*); seguidamente, su destino o repercusión, que también debería estar conectado con la sociedad (*in societatem*).

El *modus operandi* señalado en materia de reintegro de gastos, se aprecia claramente en *Ulp.lib.31 ad ed.*⁵²²: *Si quis socius propter societatem profectus sit, vec uti ad merces emendas, eos dumtaxat sumptum societatii imputabit qui in eam rem impensi sunt: viatica igitur et meritoriorum et stabulorum iumentorum carrulorum vecturas vel sui vel sarcinarum suarum gratia vel mercium recte imputabit.*

⁵²¹ *Praestare custodiam* y *susplicere custodiam* implica la asunción de este tipo de riesgos, como la fuga, sin pensar quizá en la responsabilidad objetiva. Fuenteseca, P.: "Derecho Privado Romano" (1978), p. 220.

⁵²² D.17.2.52.15

En este texto se parte de la consideración de una actividad realizada *propter societatem* que genera al socio una serie de gastos, precisándose que únicamente tendrán la consideración de imputables a la sociedad *qui in eam rem pensi sunt*, es decir, los realizados *in societatem*, citándose con carácter ejemplificativo algunos de los que entrarían en tal concepto.

El criterio con el que opera Ulpiano en D. 17.2.52.15 para determinar los gastos comunicables a la sociedad parece encontrarse en la línea que probablemente Labeón habría establecido y utilizado para resolver la cuestión concreta planteada en materia de responsabilidad contractual.

En D.17.2.60.1: En este caso el jurista, constatando en un primer análisis el carácter *propter societatem* de la actividad del *socius vulneratus*, excluye, sin embargo, la posibilidad de reintegro de los gastos de curación mediante la *actio pro socio* tras considerar en un segundo análisis que tales impensas, a pesar de haberse originado a consecuencia de la sociedad, no son *in societatem*, por lo que el gasto pertenece a la esfera patrimonial privada del socio.

A modo de explicación justificativa de su respuesta en sentido negativo a la cuestión planteada, en la medida que supone una quiebra del principio de comunicabilidad de pérdidas y ganancias entre los socios, Labeón aduce una serie de supuestos en los que también pueden sufrirse pérdidas u obtenerse beneficios por los socios, que se originan por la razón de la sociedad (*propter societatem*), es decir, por el hecho de encontrarse el socio en una relación societaria, pero que son ajenos a una actividad económica del socio como tal.

La relación entre adquisiciones comunicables y la actividad económica del socio en interés de la sociedad aparece claramente en el texto de Paulo lib.6 ad Sab.⁵²³: *Quaestus enim intelligentur, qui ex opera cuius descendit*.

En consecuencia, incluso en una sociedad *questuaria* Ulp. Lib.30 ad Sab.⁵²⁴ se imputa a la esfera patrimonial privativa del socio lo que éste obtenga como consecuencia de una herencia, legado o donación, y lo mismo sucede, naturalmente, con las deudas. Esta doctrina común jurisprudencial, se encuentra, desde luego, en una línea de coherencia con el pensamiento de Labeón en D. 17.2.60.1, pero en los ejemplos que

⁵²³ D.17.2.8

⁵²⁴ D.17.2.7.

aduce para explicar la atribución de los gastos médicos⁵²⁵ del *socius vulneratus* a su propia esfera patrimonial se contiene un elemento valorativo adicional consistente en considerar referible a este ámbito tanto los perjuicios como las ventajas de carácter indirecto que pudieran derivarse para un socio por el hecho de ser parte en la relación societaria(*propter societatem*). La comunicabilidad de daños y perjuicios, así como las ventajas patrimoniales, se circunscribe, pues, a las actividades con relevancia económica realizadas *propter societatem* por un socio; tan sólo de ellas pueden derivarse efectos patrimoniales imputables a las cuentas de la sociedad (*in rationem societatis*).

Labeón, al establecer un paralelismo en D.17.2.60.1 entre las situaciones ocasionales que cita con carácter ejemplificativo y la que se produce a consecuencia del motín de los esclavos comunes, parece estar dando a entender que no considera esa actividad de contención desarrollada por el *socius vulneratus* como valorable a efectos de imputar a la sociedad el gasto de ella derivado, por tratarse de un hecho ocasional previsible, siendo su conducta algo esperable de su propia responsabilidad como socio, hasta el punto que una inhibición habría de considerarse como culposa si la fuga⁵²⁶ de los servi se hubiese producido.

El criterio introducido por Labeón—no considerando reintegrables todas las adquisiciones y gastos producidos *propter societatem*, sino sólo los que dentro de ellos fuesen *in societatem*—se asienta en una concepción de la sociedad en la que, aun conservando su carácter cooperativo, prevalece el criterio y la finalidad mercantil de la misma, frente a la antigua concepción de la relación societaria apreciable en la *societas ómnium bonorum*-conectada con el primitivo *consortium erto non cito*, en el que encuentra su antecedente más inmediato-, donde la comunicabilidad, tanto de todos los bienes presentes como de todas las adquisiciones futuras lícitas, cualquiera que fuese su causa (herencia, legado, donación), así como de las pérdidas sufridas sería absoluta.

⁵²⁵ Velasco, en su artículo “la posición del obligado en la “*societas*” consensual, una aproximación a la *actio pro socio*” (Sevilla, 1986), no encuentra justificación suficiente para que el socio herido en D.17.2.60.1 no pudiese exigir de los demás el montante necesario para su curación, argumentando al respecto que, en el caso propuesto, si el socio hubiese impedido el motín y llevado a cabo con normalidad la venta de los esclavos, la ventaja obtenida, sí que hubiera repercutido en la caja social.

⁵²⁶ Combinada con la responsabilidad contractual por culpa, evidentemente pesa sobre el socio que tenía a su cargo los esclavos y las mercaderías relativas a la actividad social. Dicha custodia, generalmente referida a bienes muebles, comprende a los esclavos que no pueden valerse por sí mismos: a esta idea parece aludir

En todo caso, es preciso tener en cuenta que la postura Labeón necesario no perder de vista que la decisión negativa labeoniana, respecto a la contraria a la repetibilidad de los gastos médicos del socio perjudicado a todos los demás miembros de la sociedad, se encuentran forzosamente condicionadas por el tipo de sociedad y la naturaleza de la actividad del socio que concretamente concurren en el caso sometido a su juicio y resolución en D.17.2.60.1; de suerte que la extensión de la opinión sostenida por dicho jurisconsulto a otros supuesto de hecho debería estar matizada por la necesaria valoración de todos los elementos fácticos concurrentes en el eventual supuesto sujeto a su dictamen.

Inciendiando más aún en esta temática referente al análisis jurisprudencial de la extensión de la responsabilidad societaria, cabe dar un paso más allá y hacer un esfuerzo para intentar buscar una respuesta explicativa del curioso contraste de criterios doctrinales existentes entre D. 17.2.60.1 y D.17.2.61. En este último texto, Ulpiano recoge y aprueba la opinión de Juliano favorable a la reintegrabilidad de los gastos médicos que tuvo que afrontar el *socius vulneratus*, en contraposición al criterio de Labeón en D. 17.2.60.1⁵²⁷.

El hecho de que D.17.2.61 se encuadren en el lib. 31 ad ed. De Ulpiano, al igual que D. 17.2.52.47, donde como ya hemos visto se contemplaba el caso del socio que sufría unos daños a consecuencia del atraco de unos ladrones y se cuestionaba el reintegro de los gastos médicos efectuados por aquél, dota de verosimilitud a la hipótesis formulada por la doctrina, considerándolo un añadido justiniano.

En efecto, es posible que los compiladores, con la intención de rectificar la solución negativa labeoniana en cuanto al reintegro de tales gastos en el caso planteado en D.17.2.60.1, por entender que la actividad desarrollada por el socio debía ser también valorable, por tratarse en el fondo de una actuación útil para la sociedad y en atención a la manifiesta diligencia por él desplegada, hubiesen introducido el brevísimo D. 17.2.61, atribuyendo este texto a Ulpiano, dotándolo del contenido de la doctrina de Juliano favorable a la asimilación al *damnum commune* de lo que in médicos *impensum* est en el

D. 13, 6, 5, 6 itp., que nada tiene que ver con el caso de fuga servi; cfr. itp. h.t. 18pr.: "fugas servorum qui custodiri non solent".

⁵²⁷ Poggi: "Il contratto di società, op. cit." p. 26. Según este autor, Labeón todavía seguiría en D. 17.2.60.1 una concepción más restringida y material respecto a la conexión requerida de entre los gastos causados y el objeto de la sociedad, para admitir que aquéllos fueran resarcidos por los consocios, mientras que Juliano (D. 17.2.52.4 y D.17.2.61), probablemente introduciría una noción más amplia, admitiendo también el resarcimiento por los daños indirectamente sufrido por el socio o sus esclavos con ocasión de la ejecución del contrato de sociedad.

caso planteado en D.17.2.52.4. Como resultado de esta intervención compilatoria, motivada por una clara intención unificadora de la doctrina jurisprudencial, se produciría la errónea impresión de que en la época clásica habría existido una contraposición de criterios entre Labeón-Pomponio, por una parte, y Juliano-Ulpiano, por otra, en materia de reintegro de gastos médicos.

La explicación ahora expuesta induce, sin embargo, a preguntarse por qué motivo los bizantinos prefirieron introducir un texto (D.17.2.61) con la finalidad de señalar una solución distinta a la aportada por Labeón, en lugar de haber procedido a realizar, como quizás parecería más lógico, las modificaciones oportunas o los retoques necesarios en D. 17.2.60.1. En lugar de seguir este camino, los compiladores parecen haber preferido mantener en sus términos el texto de Pomponio y, con ello, el criterio negativo de Labeón, redactando para rectificarla un texto adicional en el que habrían dado una lectura extensiva al criterio de Juliano en D. 17.2.52.4⁵²⁸, en virtud de la declaración genérica efectuada por Ulpiano respecto a la reintegrabilidad de lo que in médicos impensum est con ocasión de una actividad del socio valorable como propter societatem.

La respuesta a esta cuestión tal vez podría hallarse en la circunstancia de que los compiladores habrían sido conscientes de la validez del criterio-guía establecido por Labeón en relación a la cuestión relativa a la determinación del posible reintegro de los gastos realizados por un socio, distinguiendo entre impensas propter societatem e in societatem. Este criterio subyace en la solución de Juliano al caso planteado en D.17.2.52.4 y en el pensamiento de Ulpiano; pero se trata de un criterio normativo que opera en el marco de una metodología jurisprudencial casuística y, por tanto, susceptible de conducir a resultados no siempre coincidentes, si se producen variaciones en alguno de los elementos fácticos del caso o en virtud de diferencias valorativas de los componentes jurídicos que configuran también la estructura del caso. La exclusión de la comunicabilidad del impensum in médicos por parte del socius vulneratus obedece en D.17.2.60.1 a los elementos que concurren en el caso analizado y a la estimación de la actividad del socio como no valorable a efectos de considerar la existencia de un damnum

⁵²⁸ Stein:” Julian and liability for loss suffered in the execution of a contract in Roman law” en Butterworths South African Law Review, 3 (1956) p. 65. Este autor sostiene que Juliano adopta la denominada doctrina de la “equivalencia de las condiciones” en materia de responsabilidad contractual, según la cual se establece una conexión causal entre A y B, si, de no haber sido por A, a B no le hubiera sucedido.

commune⁵²⁹; no se trata, pues, de que, con carácter general los gastos médicos de un socius vulneratus no puedan ser tomados en consideración como repercutibles in societatem, por lo que el mismo Labeón habría podido llegar a una conclusión afirmativa en otros casos, por ejemplo, en el analizado por Juliano. Ulpiano en D.17.2.52.4. Aunque no conste en este texto de modo expreso la consideración del impensum como referido a la curación de las heridas del socio, todo parece indicar la subyacencia de esa idea, y así fue entendido por los compiladores.

Al no alterar el contenido del texto recogido en D.17.2.60.1 fue necesario añadir un fragmento que venía a rectificar la solución de Labeón en el caso planteado, pero ello ocurre en el marco de un cuerpo legal que pretende sustituir un derecho jurisprudencial casuístico por un conjunto normativo de carácter unitario. En consecuencia, y a partir de la diferenciación labeoniana entre impensas propter-in societatem, los compiladores rectifican la solución del caso analizado en D.17.2.60.1, al interpretar de forma diferente al jurista clásico las circunstancias de hecho que concurrían en el supuesto planteado, valorando en el caso propuesto la conducta diligente del socio como útil para la sociedad y atribuyendo por ello las impensas realizadas por el mismo para la curación de las heridas sufridas en su intento de contención de los esclavos comunes, el carácter de reintegrables, es decir, de impensas in societatem⁵³⁰.

15.3.- EXAMEN ESPECIAL DEL MODUS OPERANDI EN EL TRÁFICO DE LA SOCIETAS VENALICIARIA

Las fuentes jurídicas romanas carecen de definición alguna de societas venaliciaria y sobre todo no encontramos pasajes en los que sea utilizada la expresión taberna instructa⁵³¹ en referencia a las actividades comerciales realizadas por los venaliciarii. El

⁵²⁹ Pogii: "Il contratto di società..op. cit.p 82 y ss." Según este autor, de D. 17.2.52.4 se deduce explícitamente que, cuando se verifique la conexión señalada, el periculum, el daño derivado del perecimiento fortuito de la cosa o de los bienes de un socio, ha de ser soportado por todos los demás socios, con independencia de la existencia o no de una situación de copropiedad ente los mismos.

⁵³⁰ Hernando Lera: "El contrato de sociedad, cit." p. 104 y ss. En opinión de este autor, los textos indicados (D.17.2.60.1 y D.17.2.52.4) se presentan como un fiel reflejo de las controversias doctrinales que se dieron entre la escuela sabiniana y la proculeyana.

⁵³¹ Para una definición de la "taberna instructa", véase el pasaje de Ulpiano 28 ad ed en D. 50, 16, 185: "Instructam' autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus 'Instructam' autem tabernam sic

único texto en cual el término *taberna* viene referido a la actividad comercial consistente en el tráfico de esclavos, aparece recogido en un fragmento de Séneca: *De const. sap.* 2.13.4: “Num moleste feram, si mihi non reddiderit nomen aliquis ex his qui ad Castoris⁵³² negotiantur, nequam mancipia ementes vendentesque, quorum tabernae pessimorum servorum turba refertae sunt? Non, ut puto”. Este testimonio de Séneca es de gran interés. El filósofo se pregunta sobre aquél que ad Castorem negotiatur, para poder (nequam mancipia ementes vendentesque), para afirmar in fine que en las *tabernae* de este individuo se vendían esclavos de mala calidad. De la lectura del texto se desprende la falta de consideración y el desprecio que infunde el negocio de venta de esclavos. Si bien, tal rechazo de este tipo de comercio (el peor ramo de la actividad mercantil) no es plantea una polémica novedosa, desde luego⁵³³. El fondo societario de una *societas venaliciaria* solía estar integrado, no sólo por la mercancía humana sino por otros elementos de equipo

accipiemus, quae et rebus et hominibus”. Asimismo, acerca del desarrollo de las actividades de la *taberna* instructa, véase como referencia el trabajo de A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo “manager” in Roma antica. (II a.C.-II d.C.)*, Milano 1984; *Il diritto commerciale romano. Una “zona d’ombra” nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo*, III, Napoli 1997, pp. 413 ss y M.A. LIGIOS, “*Taberna*”, “*negotiatio*”, “*taberna cum instrumento*” e “*taberna instructa*” nella riflessione giurisprudenziale classica, in «*Antecessori oblata*». Cinque studi dedicati ad Aldo.

⁵³² En las fuentes literarias se indica el templo de Castor como uno de tantos sitios de Roma donde era posible hallar traficantes de esclavos, incluso con la intención de deshacerse de gran número de mancipia. Así, *Curcul.* 4.1.481. Cfr. E. DE RUGGIERO, v. “*Aedilis*”, in *DE 1*, (rist. anastatica) Roma 1961, p. 234; F. COARELLI, *Guida archeologica di Roma*, Milano 1974, pp. 82 s.; F. SERRAO, *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime*, in *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. Atti degli incontri capresi di storia dell’economia antica (Capri 13-15 ottobre 1997)*, a cura di E. Lo Cascio, Bari 2000, p. 35 n. 12, il quale rileva che: «proprio nel tempio di Castore, quindi vicino al mercato degli schiavi, oltre ad alcuni negozi di banchieri, vi fosse un ufficio certamente controllato dagli edili, quale L’ufficio dei pesi e misure”

⁵³³ En las fuentes es posible encontrar numerosas muestras que aluden a las maniobras fraudulentas de los vendedores de esclavos: Así, *D.* 21.1.1.2 (*Ulp.* 1 ad ed. aed. cur.): *Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur*; *D.* 21.1.37 (*Ulp.* 1 ad ed. aed. cur.): *Praecipunt aediles, ne veterator pro novicio veneat. et hoc edictum fallaciis venditorum occurrit: ubique enim curant aediles, ne emptores a venditoribus circumveniantur*; *D.* 21.1.44 pr.-1 (*Paul.* 2 ad ed. aed. cur.): *Iustissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere, ne qua fraus aut edicto aut iure civili fieret ... nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est*”, en tales textos se refleja expresamente el proceder fraudulento de los vendedores de esclavos para evitar la aplicación de la sanción prevista por el edicto de los ediles curules.

capital que Arangio-Ruiz califica como “attrezzature per l’infame commercio”⁵³⁴, así se incluirían iumenta et vehicula et naves et cuppae et culei”⁵³⁵.

Los negocios venaliciaria consistentes en la compraventa de esclavos, pueden ser llevados a cabo bajo un esquema individual o bien bajo un modelo de índole societaria⁵³⁶. Si se piensa en el modelo organizativo de la *societas venaliciaria*, y en los contratos de compraventa de esclavos a través de los cuales los *socii* despliegan su actividad, se deduce claramente que las acciones que podían esgrimir los terceros adquirentes, como mecanismos de tutela de sus derechos: la *actio empti*, la *actio institoria*, la *actio de peculio* y la *in rem verso*, éstas, obviamente, según el modelo por el que se hubiera optado. El cuadro de acciones puede considerarse completo, a más tardar, a mediados del siglo II a, JC⁵³⁷. A los instrumentos descritos, se sumaron las acciones introducidas por los ediles curules (*actio redhibitoria* y *actio quanti minoris* o *aestimatoria*) en el ejercicio de su propia *iurisdictio* en aquellos sectores atribuidos a su competencia.

Con estas premisas, veamos cómo se articula la responsabilidad recayente sobre las sociedades venaliciarias, en caso de incumplimiento o de cumplimiento irregular de las obligaciones asumidas por los miembros de las mismas.

La disciplina comprendida en el edicto “*adversus venaliciarios*” (contra los vendedores de esclavos) es atestiguada por un comentario de Paulo, 2 ad ed. Aed. cur⁵³⁸: “*Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esst, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potus vel turpiter faciendum pronius est*”. (Según este edicto, se ofrece la acción contra aquél que hubiese tenido la mayor parte en lo que se vendió, porque los vendedores de esclavos constituyen corrientemente una sociedad, de modo que

⁵³⁴ Arangio- Ruiz-G. Pugliese Caratelli: “*Tabulae Herculanae*.IV, en “*La Parola del Passato*” 9, 1954, p.6: “*Si pensi a catene o a strumenti aveti la funzione di impedirà la fuga degli schiavi*”

⁵³⁵ Ulpiano 20 d Sab. D. 33, 7, 12, 1.

⁵³⁶ Sobre la *Societas Venaliciadorum*, véase: Gayo 3, 148; Ulpiano 1 ad aed. Cur., en D. 21, 1, 37; Paulo 2 ad aed. Ur., en D. 21, 1, 44.

⁵³⁷ Petrucci: “*Diritto commerciale romano. profilo storico*” (2004), p 12.

⁵³⁸ D. 21, 1, 44, 1.

todo lo hacen en común; así pues, parece justo a los ediles que las acciones edilicias se dirigiesen contra uno de aquellos cuya parte fuese la mayor o no fuese menor que alguna otra, a fin de que el comprador no se viese obligado a litigar con muchos, aunque la acción de compra competía contra cada uno por la parte en la que fueron socios, pues esta clase de gente es bastante dada al lucro y a los negocios sucios).

En esta cláusula, se proponía la acción redhibitoria en contra de quien tuviere la mayor parte alícuota sobre el esclavo vendido, ya que normalmente los mercaderes de esclavos se unían en sociedad, de modo que la actividad desplegada por uno se consideraba concluida in commune. Por ello, los ediles habían considerado equitativo conceder las acciones redhibitoria y estimatoria⁵³⁹ (o quanti minoris), en contra del socio que tuviera mayor o igual cuota que los demás, con el propósito de evitar que el adquirente entablara procesos separados contra cada uno de ellos. Esto no tenía lugar en la hipótesis en la que fuera ejercitada la acción contractual (actio empti o ex empto), la cual procedía contra cada uno de los socios en proporción a su cuota social (pro portione, qua socii fuerunt).

A la luz de este pasaje se justifica la interpretación de quienes están a favor de la existencia de aspectos de relevancia frente a terceros de la *societas venaliciaria*, en la que el vínculo societario es perceptible de manera externa: por esta causa, se permitía al adquirente –con independencia de que hubiera contratado con uno, con varios o con todos- reclamar la totalidad, por medio de una de las acciones edilicias, en contra del titular de la cuota social mayor o por lo menos igual a la de los otros socios.

En contraste, en el supuesto caso de que el comprador demandara con la acción contractual, el socio llamado a juicio respondía únicamente en forma proporcional a su cuota, bastando para tal fin la inserción en el contrato de sociedad de una cláusula en virtud de la cual el socio gerente, al momento de la celebración de los negocios, estuviera obligado a declarar que su actuación era en nombre de todos (agere in commune), indicando los nombres de los socios y sus respectivas cuotas.

⁵³⁹ Tales acciones se integran dentro de un régimen especial de mayor responsabilidad de los socii venaliciarios, establecido por los ediles curules para las ventas de esclavos y animales mancipables, en relación a la jurisdicción que tenían aquellos magistrados en las controversias provenientes del comercio en el mercado. Así tenemos en D.21, 1: de aedilicio edicto de redhibiciones et the quanti minoris; CJ, 4, 58: de aediliciis actionibus.

Sobre los curules, véase: Jakob: "Praedicere und caver beim Marktkauf: Sachmängel in griechischen und römischen Recht (1997).

Atendiendo a los dos tipos de regímenes, pretorio y edilicio, es posible concluir que originariamente se había determinado una regla específica de representación recíproca entre los *socii venaliciarii*, de la que se desprendió el régimen de responsabilidad simplemente mancomunada, el mismo que se encontraba vinculado al ejercicio de la *actio ex empto*; y que en un momento posterior se presentó el régimen especial establecido por los ediles, introducido por las acciones previstas en su edicto.

En resumen, respecto de las disposiciones específicas de las cláusulas del edicto de *mancipiis (emundis) vendundis*, puede aportarse lo siguiente. En primer lugar se atribuía a los adquirentes la facultad de rescindir el contrato deduciendo en juicio la *actio redhibitoria*, a causa de la omisión del vendedor respecto de la indicación del origen étnico del *mancipium* vendido (edicto de *natione pronuntianda*)⁵⁴⁰, o bien, o bien cuando se hubiera vendido un *veterator pro novicio* (edicto *ne veterator pro novicio veneat*)⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ El contenido de la cláusula “*natione pronuntianda*” es referido por Ulpiano 1. ad ed. aed. cur, D. 21, 1, 14, 9:” *Qui mancipia vendunt, nationem cuiusque in venditione pronunciare debent:” plerumque enim natio aervi aut provocat aut deterret emptorem: idcirco interest nostra scire nationem: praesumptum etenim est quosdam servos bonos esse, quia natione sunt, quae magis infamis est. Quod si de natione ita pronuntiatum non erit”*(Los que venden esclavos deben declarar en el acto de venta el lugar de origen del esclavo, pues corrientemente la nacionalidad del esclavo atrae o no al comprador; por lo tanto es de nuestro interés que se haga saber la nacionalidad del esclavo. Porque se presume que ciertos esclavos son buenos porque pertenecen a una nación de buena fama y otros parecen malos por pertenecer a una nación algo malafamada. Si no se hubiera declarado de este modo la nacionalidad del esclavo se dará una acción al comprador y a todos aquellos a quienes la cosa perteneciese, por la cual el comprador hará la rehibición del esclavo).

⁵⁴¹ Recoge Ulpiano la prescripción normativa de la cláusula *ne veterator* en D. 21, 1, 37: “*Praecipunt aediles, ne veterator pro novicio veneat, et hoc edictum fallaciis venditorum occurrit: ubique enim curant aediles, ne emptores a venditoribus circumveniantur, ut ecce plerique solent mancipia, quae novicia non sunt, quasi novicia distrahere ad hoc, ut pluris vendant. Praesumptum est enim ea mancipia, quae rudia sunt, simpliciora esse et ad ministeria aptiora et dociliora et ad omne ministerium habilia: trita vero mancipia et veterana difficile est reformare et ad suos mores formare; quia igitur venaliciarii sciunt facile decurri ad noviciorum emptionem, idcirco interpolant veteratores et pro noviciis vendunt. Quod ne fiat, hoc edicto aediles denuntiant: et ideo si quid ignorante emptore ita venierit, redhibebitur”*. (Mandan los ediles que nadie venda un esclavo veterano por uno novicio, y este edicto previene las falacias de los vendedores, pues siempre cuidan los ediles que los compradores no sean engañados por los vendedores, puesto que muchos suelen vender esclavos que no son novicios como si lo fuesen, para poder venderlos más caros. Porque se presume que los esclavos con menos malicia, siendo más sencillos, son más aptos y dóciles para servir y más útiles para cualquier servicio; ciertamente los esclavos experimentados y veteranos son difíciles de reformar, y de acomodarlos a las costumbres propias; como los vendedores de esclavos saben que

Tomando como referencia la información con la que se cuenta hoy en día, se deduce que dicha facultad era ejercitada por el comprador con independencia de los criterios subjetivos de responsabilidad a cargo del vendedor, estando presente, por ende, a fortiori, ante declaraciones falsas o comportamientos fraudulentos.

La ampliación de la rehibitoria a estos dos casos estaba basada en la necesidad de que el *mancipium* vendido cubriera las expectativas del comprador; en el primer caso, dicha correspondencia se resolvía en la información acerca de su origen, y en el segundo, en la falta de un adiestramiento específico para una labor manual. La *ratio* común de los dos edictos era precisamente la de reprimir los engaños (*fallaciae*) de los *venaliciarii*, evitando así la *circumventio* de los adquirentes. Aun cuando esto se encuentra expresado únicamente en la cláusula *ne veterator*, debe considerarse comprendido también para la cláusula *de natione*.

Finalmente el adquirente se podía ver beneficiado, al ejercitar las acciones *edilicias*, del particular régimen de solidaridad pasiva existente entre los *socii venaliciarii*, introducido por el edicto “*adversus venaliciarios*”, que le permitía responsabilizar in *solidum* a aquél *cuius maior pars aut nulla parte minor esset* en la sociedad, salvando de esta manera el inconveniente de tener que demandar individualmente a cada uno de ellos. Este régimen se sumaba a los consabidos remedios pretorios previstos para las *societates*, basada en la puesta al frente del establecimiento a un administrador o factor, o en su gestión como parte de un *peculio*.

15.4.- CAPITAL SOCIAL EN LAS SOCIEDADES “*QUOAD SORTEM*”.

Junto a las sociedades en las que el socio trabajador únicamente participa en los beneficios y no en la propiedad en sí del capital social, existían otras a cuyo favor las aportaciones de los socios capitalistas se efectuaban en propiedad⁵⁴². Esta última práctica

fácilmente se compran novicios, por ello intercalan veteranos y los venden por novicios. Para que esto no ocurra, lo advierten los ediles en este edicto; por ello si alguno se vendiese así, ignorándolo el comprador, será objeto de redhibición).

⁵⁴² Según Pernice, Parerga, en *Z.S.St.* 3, p. 96, en todas las sociedades donde uno de los socios ha efectuado su aportación en efectivo o en bienes y el otro en industria, éste último participaba en el valor de la aportación en efectivo. Por lo tanto, en el caso de disolución de la sociedad, el socio trabajador participaba en el capital social. Tal opinión era también compartida por M. Boyer, en *Cours de doctorat*, 1940-41. Trumpler, p. 10, limita dicha regla a la época en la cual el contrato de sociedad era un contrato real, der

tuvo sus precedentes en el derecho babilónico y en el derecho griego. Bajo estos dos regímenes, el socio trabajador o de industria participaba en el capital social. Es más, sobre todo en el Derecho babilónico, era elemento esencial del contrato, la puesta en comunidad de dinero procedente de los socios capitalistas, “kassap tappûtin”. Dicha doctrina responde a la concepción de la sociedad como sinónimo de “comunidad”.

Cicerón recoge ejemplos de sociedades donde la aportación de uno de los socios consistía en capital y la de otro en trabajo o industria: Se trata de sociedades constituídas por Rocius y Fannius y entre C. Quinctus y Sex. Naevius.

Fannius, propietario de un joven esclavo, Panurgius, lo había confiado a Roscius, famoso comediante, con el propósito de convertirlo en actor. Para tal fin, ambos constituyeron una sociedad. Fannius aportaba el esclavo y Roscius sus enseñanzas. Panurgius instruido conformaba el capital societario. El beneficio debía repartirse a partes iguales entre Fannius y Roscius. Un tal Flavius mató a Panurgius, cuando su instrucción había sido terminada. Fannius intentó una acción de indemnización contra Flavius en nombre de la sociedad, en virtud de un mandato otorgado por Roscius para poder actuar en su nombre, *in hanc rem, inquit (Fannius) me cognitorem dedisti* (cap. XI §32). Roscius, por su parte, transigió con Flavius, recibiendo como indemnización un inmueble. Fannius esgrimió la *actio pro socio* para reclamar la mitad de la propiedad que había adquirido, aduciendo que él había transigido completamente en nombre de la sociedad y no en su propio nombre y derecho. Fannius continuó el proceso contra Flavius y obtuvo de éste último 100.000 sextercios. Adicionalmente, Fannius interpone una acción exigiendo 50.000 sextercios, representando la mitad del valor de la propiedad de Roscius. Esta nueva acción es una *condictio certae creditae pecuniae*.

C. Quinctius, terrateniente en la Galia Narbonense, formó una sociedad con Naevius, antiguo pregonero en Roma, para explotar esta propiedad. Quinctius hizo como aportación la propiedad de sus bienes sitos en la Galia y Naevius, su industria,

Arbeitsgesellschafter erhielt auf dieser Weise bei der Auseinandersetzung die ja mit der *actio communi dividundo* erfolgte, den entsprechenden Anteil der Kapitaleinlage; de la misma manera, Karlowa, Röm. Rechtsg. II p. 657 precisa... auch als Societäten mit beschränkten Zwecken aufgekommen waren, wurden die Kapitalanlagen mit welchen die *communia negotia* betrieben werden sollten, zu “gemeinsamen Eigentum gemacht”. Dennächst wurden aber auch Societäten eingegangen bei welchen nicht das Kapital des Eingeschossenen sondern nur der Genuss desselben oder der damit zu erzielende Gewinn sowie der sich etwa ergebende Schaden gemeinschaftlich sein sollte.

particularmente, debía dirigir la explotación agrícola allí existente. La acción judicial de que se trata es la ejercida por el hermano heredero de Quinctius contra Naevius.

En ambos casos, Cicerón sostenía que el capital era común, si bien en el supuesto de Quinctius, dicha concepción le resultaba desventajosa. Hemos de tener en cuenta que el abogado de Fannius, Saturius apoya la opinión de Cicerón y trató de someter esta sociedad a un régimen diferente, alegando que el socio capitalista conservaba la propiedad de su aportación⁵⁴³. Cicerón subrayaba en diversas ocasiones que se puso a Panurgius en comunidad en la sociedad misma constituída entre Fannius y Roscius, is (Panurgius) fuit (fit) ei (Fanni) cum Roscio communis (cap. 9 § 27); más adelante en (cap. XI § 32) dice, Panurgium, inquit, hunc servum communem, Cicerón va aún más adelante en sus súplicas cuando dice, Panurgium tu, Saturi proprium Fanni dicis fuisse et ego totum Roscii fuisse contendo (cap. X §28). Esta concepción de Cicerón resulta inexacta, porque el socio capitalista no se desprende enteramente de la propiedad del objeto aportado. En efecto, allí donde el propietario no se desprendía enteramente de la titularidad del bien aportado al fondo común y, por ende, comunicado a la sociedad en sí, no se está en presencia de un contrato de sociedad—quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit⁵⁴⁴. En dicha hipótesis, estaríamos en presencia de una operación sui generis, revestida de una actio in factum.

Cicerón trataba de disminuir el valor de la aportación de Fannius respecto de la de Roscius⁵⁴⁵. Señala que, entre Fannius y Roscius existía algo más que una sociedad, en el sentido de “comunidad”, pero que ésta resultaba desventajosa para su cliente —o

⁵⁴³ Trumpler, op cit., p. 12-13 detecta en este ejemplo la aplicación del principio que había enunciado, para la época del contrato consensual, según el cual la aportación del socio capitalista sólo comprende el valor de la utilización del capital; pero no la propiedad. Cicerón, al emplear la expresión communis para designar la puesta en comunidad, nunca quiso expresar la idea de la entrega de la propiedad; según él se trata de la misma concepción que más tarde será retomada por Celso, cuando menciona pecus in commune o bien agrum politori damus in commune. Si bien, en outre se refiere a otro pasaje de Saturius que decía Panurgium proprium Fanni. En contra de este parecer se muestra Ruhstrat en Der Process gegen den Schanspieler Roscius, en Z.S.St., 1882, p. 3y ss... und schloss deshalb...einen Socieätsvertrag in folge dessen der genannte Slave gemeinschaftliches Eigenthum wurde.

⁵⁴⁴ Ulpiano, lib. 30 ad Sab. Juliano [lib. 11 Dig.] Dig. 19.5.13 § 1.

⁵⁴⁵ Cap. X § 28 quid erat enim Fanni? Corpus, Quid Rosci. Disciplina Facies non erat, art erat pretiosa. Ex qua parte H S IIII ∞; ex qua parte erat Rosci, amplius erat alter H S cccccc 1ccc.

societatem captiorem et indignam ubi alter H S IIII ∞ alter H S cccccc cccc quod sit, in societatem adfert (cap. X §29).

La opinión de Cicerón, aun cuando pueda suscitar dudas por razón de su falta de imparcialidad en este asunto; no obstante ello, me inclino a reconocer su exactitud. En principio, su parecer guarda total coherencia con el concepto mismo de sociedad, el cual conservaba en aquella época el carácter de una comunidad de bienes. Además, en el caso de Quinctius, en el cual ésta misma doctrina resultaría desventajosa para Cicerón, admite esta misma solución. Cicerón relata, que, en efecto, Naevius fue admitido en sociedad con Quinctius para la explotación de bienes que éste último poseía en La Galia —*tamen inductus consuetudine ac familiaritate Quinctius fecit, ut dixi, societatem earum verum, quae in Galli comparabantur* (cap. III §12). Naevius, por su parte, no aporta capital sino su industria; al menos no se conoce nada, dice Cicerón, de lo que hubiera aportado. Además, reprocha a Naevius de haber desviado para su beneficio particular el “fondo común”, de *communi quodcumque poterat ad se in privatam domum revocabat*. C. Quinctius, al morir, dejó deudas, que su sucesor P. Quinctus, como tal, tenía obligación de pagar. Y así, en aras de conseguir el dinero necesario para satisfacer tales deudas adquiridas por herencia, no tenía legitimación suficiente para vender los bienes sociales que tenía en copropiedad con Naevius; con lo cual, se vio obligado a vender sus propios bienes que tenía en La Galia, *cum aeris alieni aliquantum esse relictum, quibus nominibus pecuniam Romae curari oporteret, auctionem in Gallia. P. hic Quinctus Narbone se facturum esse proscibit earum rerum quae ipsius erant privatae*. Relata Cicerón más adelante, en el capítulo VI § 28, *haec dum Romae geruntur, Quinctius interea contra ius, consuetudinem, edicta praetorum de saltu agroque communi a servis communibus vi detruditur*.

15.5.- PACTOS ADJUNTOS AL CONTRATO DE SOCIEDAD: CRITERIOS DE GRADUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA IMPUESTOS POR LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

El contrato de sociedad podría englobar todo pacto formulado en el momento de su formación, lo que resulta de su carácter de buena fe⁵⁴⁶. Sin bien, el estudio de los

⁵⁴⁶ Son posibles las más diversas combinaciones: Véase, por ejemplo, D. 17.2.71. Pro socio. Acerca de la posibilidad de prohibir la venta de su parte, véase Paulo, lib. 6 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro socio, 17, pr: Sed

pactos adyacentes al contrato de sociedad resulta especialmente curioso enfocado desde una perspectiva negativa; en sede de contratos de venta y de arrendamiento, son extraños los casos los pactos adjuntos anulados por pugnar, por ser contrarios a la naturaleza y características de estos contratos; por el contrario, en el caso de la sociedad, muchas cláusulas resultan declaradas nulas por no ser acordes a la naturaleza de la sociedad⁵⁴⁷. Los orígenes de índole familiar que presenta la sociedad⁵⁴⁸, las estrechas relaciones entre los socios que aquélla presupone infundiendo un carácter particularmente personal a las relaciones societarias llegan a imponer de forma natural ciertas reglas, tanto desde el punto de vista de la distribución y reparto de cuotas, como de la duración y cesación del contrato, las cuales- por ser inherentes a la esencia del contrato de sociedad mismo-no podían ser desvirtuadas o alteradas por pactos accidentales específicos añadidos por un pretendido ejercicio de la autonomía de la voluntad fuera de los límites que le corresponde. Sin embargo, nada impedía la configuración reforzada de la responsabilidad societaria tanto en amplitud de supuestos de terminantes de la misma como en el incremento de su rigor. La razón de ello estribaba en que a fuerza de vigorizar la responsabilidad societaria por vía de pactos accidentales añadidos al contrato principal por la fuerza de la autonomía de la voluntad, se incrementaba el nivel de protección de los intereses de los terceros acreedores en contacto con los socios con ocasión del desarrollo del objeto social.

Los jurisprudencia clásicos afirman que las partes o cuotas societarias son iguales; si bien se reconoce que dicha regla sólo se aplica en defecto de ninguna otra convención especial destinada a modificarla en el momento mismo de la formación del contrato⁵⁴⁹,

et socius qui alienaverit contra pactionem committit et tenetur societatis aut communi dividundo iudicio. Cf. Scaevola, lib. 28 digestorum, D. 45, 1, De verbor. Obligat., 122, 3. Véase sobre la relación entre el pacto de no proceder a la partición y la facultad de vender: Paulo, lib. 3 ad Plautium, D. 10, 3, Comm. Divid. 14, 3; Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, Di. 17, 2, Pro socio 16, 1. Ver aún las diferentes cláusulas posibles: Paulo, lib. 32 ad edictum, D. 17, 2, Pro socio, 1.

⁵⁴⁷ Girard, FP:Manuel: élémentaire de Droit Romain, réédition préparée par Jean Philippe Lévy, 2003 . p. 205.

⁵⁴⁸ Ulpiano, lib. 31 1d edictum, D., 17, 2, Pro socio 63, pr., expone ciertos rasgos característicos de la sociedad del modo siguiente: “hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat”.

⁵⁴⁹Gayo, Instituciones, 3, 150:”Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus lucri et damni nihil inter eos commune esse”. Cf. Instituciones de Justiniano, 3, 25 De societate, 1.- Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro socio, 29, pr.:”Si non fuerit partes societati

pues, tal como más tarde lo explica Justiniano en sus Instituciones, siempre se ha admitido que los pactos deban ser respetados⁵⁵⁰. En tales hipótesis, la explicación que da Justiniano pone de manifiesto que el socio que tenía dos partes o cuotas en vez de una, tenía *duae partes et damni et lucri*. Era más difícil admitir un régimen que diferenciara la participación en las ganancias respecto de la participación en las pérdidas de un determinado socio. Un párrafo de las Instituciones de Gayo, asimismo completado con el correspondiente texto de las Instituciones de Justiniano, y un texto de Paulo, explican que Quinto Mucio Scaevola se oponía a ello; únicamente se admite un pacto convencional de tales características con Servio Sulpicio, una generación más joven que aquél⁵⁵¹. Por otra parte, nunca llegó a admitirse el pacto en virtud del cual uno de los socios soportaba todo el daño y el otro se beneficiaba de todo el lucro; tales son los rasgos característicos de la sociedad leonina que todos los juristas han declarado absolutamente nula: Cassio, Ariston, de cuya opinión informa Ulpiano⁵⁵²; Quinto Mucio Scaevola, Servio Sulpicio, cuyas líneas de pensamiento explica Paulo⁵⁵³.

adiectae, aequas eas esse constat si vero placuerit ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa”.

⁵⁵⁰ Inst. de Justiniano, 3, 25, De societate, 1: *Quod si expresase fuerint partes, hae servari debent: nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineat, ad alium tertia.*

Y en relación al pacto por el que uno de los socios fija las cuotas o partes sociales, ver Pomponio, lib. 9 ad Sabinum, D.17, 2 Pro socio, 6.

⁵⁵¹ Gayo, Inst., 3, 149: *“Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius contra naturam societatis esse existimavit. Sed Ser. Sulpicius cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse, societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, tu aequum sit eum cum hac pactione in societate admitti”.* Cf. Inst de Justiniano, 3, 25, 2.- Cf. también Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro socio, 29,1.

⁵⁵² Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D. 17, 2, Pro socio, 29, 2: *Aristo refert Cassius respondisse societatem talem coiri non posse ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.*

⁵⁵³ Cf. Paulo, lib. 6 ad Sabinum, D., 17, 2, Pro socio, 30, en relación a la postura mantenida por Servio, dice: *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri,*

Por otra parte, el carácter personal de las relaciones societarias prohíbe todo pacto en virtud del cual se convenga que el socio difunto sea sucedido por su heredero en su posición societaria, en sus derechos como socio y en sus obligaciones y consiguientes responsabilidades sociales⁵⁵⁴.

La confianza y la extrema buena fe que debe existir entre los socios, harían inútiles los pactos relativos a la separación de los socios; es decir, a la cesación en su posición societaria. Indudablemente, se prevé habitualmente una cierta duración de la sociedad antes de la partición entre los socios; mas, en cualquier caso, no se puede pactar que aquélla no tenga lugar⁵⁵⁵; no obstante, Pomponio, con una elegancia de razonamiento y una precisión de análisis que subraya Ulpiano, pone de manifiesto la vanidad de la cláusula “ne societate abeatu”, pues incluso si no fuese formulada, no se puede renunciar a la sociedad *intempestive*; y si se ha llegado al acuerdo de que no abandonar la sociedad antes de determinada fecha, no se pueden tener razones válidas para hacerlo⁵⁵⁶. Por lo tanto, el incumplimiento de tal plazo convenido no sólo desencadenaría las

quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.- Y para evitar que esta regla no se tuerza, Paulo precisa en otro texto, lib. 3 ad Plautium, D. 10, 2, Communi dividundo 14, 4: Si paciscatur socius, ne partem suam petat, effectum tollitur societas.

⁵⁵⁴ Pomponio, lib. 12 ad Sabinum, D. 17, 2, Pro socio, 59, pr.: Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatis ait.-

Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D. 17, 2, h.t., 35: Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit.- Ulpiano, lib. 31 ad Sabinum, d. 17, 2, h. t., 52, 9: Idem respondit societatem non posse ultra mortem porrigi.- Paulo, de otra parte, lib. 33 ad edictum, declara: D., 17, 2, h.t., 70: Nulla societatis in aeternum coitio est.

⁵⁵⁵ Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D. 17, 2, Pro Socio, 16, 1.- Paulo, lib. 3 ad Plautium, D. 10, 3, Communi dividundo, 14, 2 y 3. Girard, Textes, p. 862.

⁵⁵⁶ Ulpiano, lib. 30 ad Sabinum, D. 17, 2, Pro Socio, 14: Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis re dividatur, non videtur convensi isse, ne societate abetur. Quid tamen si hoc convenit, ne abeatu, an valeat? eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. Sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatu, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. Nec tenebitur pro socio, qui ideo renuntiavit, quia condijio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati?- Cf. Paulo, lib. 6 ad Sabinum, D. 17, 2, h. t., 17, 2: In societate autem coeunda nihil attinet de renuntiatione cavere, quia ipso iure societatis intempestiva renuntiatio in aestimationem venit.

responsabilidades ordinarias por el intento de ruptura contractual intempestiva, sino que en la práctica no se lograría la extinción ex nunc de la sociedad convenida.

Los diversos textos donde se presentan pactos adjuntos con finalidad de garantía, nos permiten proyectar al contrato de sociedad, las reglas generales admitidas para los contratos de buena fe. Así pues, se admiten pactos de lo más diversos en aras de responder a una necesidad de aseguramiento de la efectividad de una relación jurídica principal⁵⁵⁷: así, cabe considerar el pacto anticrético⁵⁵⁸; también, la cláusula en virtud de la cual todos los objetos que sean introducidos en el fondo social, constituirán el objeto de la garantía que asegura la efectividad de las eventuales responsabilidades societarias⁵⁵⁹; la cláusula por la que se establece que los frutos formen parte de la garantía⁵⁶⁰; la cláusula de convertir las perlas donadas en objeto de garantía⁵⁶¹; el pacto por el que los impuestos serán de cargo del deudor⁵⁶².

⁵⁵⁷ Papiniano, lib. 44 *responsorum*, D., 20. 1. De *pignoratione et hypotheca*, 1, 3.- Marciano, lib. *sing. ad formulam hypothecariam*, D., h., t., 11.1.

20, 5. De *distratione pignorum*, 7, 2: *Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. Et certum et nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.*

¿Quid iuris si se ha pactado con el acreedor que no se permitiría al deudor vender la garantía o el bien hipotecado? Tal pacto sería nulo por ser contrario a derecho; siendo así, ¿podría el deudor vender el bien en cuestión? La venta sería nula, dado que ha de mantenerse el pacto, sin perjuicio ello de las responsabilidades causadas por la ruptura o intento de ruptura de dicho pacto.

Sin embargo, véase en el texto de Lusignani, *Interpretazione del fr. 7§ 2, D. de distr. Pign. 20, 5*, en B.I.D.R., 1898, IX, p.26 y siguientes y los autores allí citados.

⁵⁵⁸ Dicho pacto adjunto, adquiere carta de naturaleza como forma de garantía strictu sensu y no como mero pacto en el Código Civil español de 1889 artículos 1881 a 1887.

⁵⁵⁹ Acerca de dicha cláusula y de su interpretación, véase Scaevola, lib. 5 *responsorum*, D. 20, 1, h., t., 32.

⁵⁶⁰ Papiniano, lib. 11 *responsorum*, D., 20, 1, h., t., 1, 2, texto éste que estudia las consecuencias de dicha cláusula en lo que concierne al comprador (puede también extrapolarse al socio) que habría consumido los frutos de buena fe ignorando lo pactado. Véase sobre esta cuestión, la posible interpolación de dicho texto, Pernice, *Labeo*, 2, 1, 360, 1. Véase también la cláusula por la que se estipula que la parte del todo también formará parte íntegramente de la garantía en Paulo, *Sentencias*, II, V, 2.

⁵⁶¹ Ulpiano, lib. 76 *ad edictum*, 76, D. 44., 4, De *doli mali et metus exceptione*, 4, 8.

⁵⁶² Ulpiano, lib. 1 *opinionum*, D. 2, 14, De *pactis*, 52, 2. Sin embargo, tal pacto no puede ser opuesta al fisco: Papiniano, lib. 17 *responsorum*, D. 2, 14, h. t., 42. Véase, asimismo, el pacto por el cual la pérdida de la garantía liberará al deudor: C. 4, 24, De *act. Pign.* 6.

Por otra parte, para la efectividad de la garantía adjunta al obligación principal, cabe preguntarse: ¿Puede el acreedor, en el momento de la constitución de la garantía, prohibir al deudor la venta del objeto afecto a la misma? Marciano parece admitirlo⁵⁶³.

Entre los pactos adjuntos con finalidad de garantía que especialmente merece la pena enfatizar, tenemos el pacto de *lex commissoria*, que en nuestro caso lo proyectaremos sobre el contexto jurídico nacido al amparo de un contrato de sociedad. En virtud de dicho pacto, se establece entre el deudor y el acreedor que éste último no podrá adjudicarse bienes de su deudor, sin más en pago de las deudas entre ambos existentes, sin sujetar dicha adjudicación a regla ni límite alguno.

Asimismo, el jurisconsulto Paulo (3 ep. Alf. Dig.)⁵⁶⁴, nos presenta un curioso ejemplo que muestra el impacto de las estipulaciones como elementos de refuerzo de la responsabilidad garantizando su eficacia en casos de incumplimiento o cumplimiento irregular: En dicho supuesto, dos maestros pactaron la constitución de una sociedad para enseñar gramática con el trabajo de ambos, conviniéndose que las ganancias se repartirían entre ellos. Una vez convenida la sociedad, hicieron una estipulación en los siguientes términos: (“¿Prometes) que se dará como queda escrito y que nada se hará en contra, y si no se da y hace así, que se darán 20.000 sestercio?” (“Prometo”). Se preguntó si habiéndose realizado algo en contra, él podía demandar por la acción de sociedad.

⁵⁶³ Marciano, libro singulari ad formulam hypothecariam, 20, 5. De distratione pygnorum, 7, 2 : Quæritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. Et certum et nullam esse venditionem, ut pactioni stetetur.

¿Quid iuris si se ha pactado con el acreedor que no se permitiría al deudor vender la garantía o el bien hipotecado? Tal pacto sería nulo por ser contrario a derecho; siendo así, ¿podría el deudor vender el bien en cuestión? La venta sería nula, dado que ha de mantenerse el pacto, sin perjuicio ello de las responsabilidades causadas por la ruptura o intento de ruptura de dicho pacto.

Sin embargo, véase en el texto de Lusignani, Interpretazione del fr. 7§ 2, D. de distr. Fig. 20, 5, en B.I.D.R., 1898, IX, p.26 y siguientes y los autores allí citados.

⁵⁶⁴ Paulo, 3 ep. Alf. dig. D.17.2.71 pr.

16.- RESPONSABILIDAD EN EL SENO DE LA SOCIETAS PUBLICANORUM

16.-1.CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA

Los textos emplean los términos publicus, publicanus y vectigal para designar a la sociedad que ha contratado con el Estado para conseguir la adjudicación de un mercado público.

A decir verdad, tales calificativos no tienen exactamente la misma significación. La expresión publicus tiene un sentido más amplio⁵⁶⁵ que vectigal⁵⁶⁶, in publico quod vectigalium causa locatum est⁵⁶⁷. Gayo, por su parte, precisa la noción de publicum diciendo. “Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus, [nam] publica appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit⁵⁶⁸. Ulpiano le atribuye a la expresión de publicum un sentido más amplio aún, diciendo “Bona civitatis publica dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt⁵⁶⁹”.

Podemos concluir que la expresión societas publicanorum se emplea para designar todos los géneros de sociedades que han contratado con el Estado, o bien con una ciudad, y sin consideración a la naturaleza y objeto del contrato⁵⁷⁰.

Como premisa, podemos hacer mención al claro testimonio recogido en en D. 3, 4, 1, pr. que evidencia cómo societates publicanorum y ciudades se inspiran en un común modelo societario, en el que coexisten tanto una dimensión pública como privada.

Da la sensación de que, en efecto, la práctica romana no ha reservado denominación especial a las sociedades que habían contratado con el Estado y aquellas que habían concluido un contrato de concesión pública con una determinada ciudad; por el contrario, se solía reservar una denominación especial para referirse a una sociedad de

⁵⁶⁵ Kniep.- publicum ist Staatliches, ein weiterer Begriff, dem sich das vectigal unterordnet; Mommsen, Le droit public Romain, 4, p. 126.Jav

⁵⁶⁶ Las vectigalia (en griego έσοδα), son los ingresos generados regularmente y establecidos por el Estado. En primer lugar, se encuentran comprendidos la renta de las tierras pagada al Estado como propietario. Cf. Festus, vº vectigal: vectigal, aes appellatur, quod ob tributum et stipendium et equestre et ordinarium populo debetur. Parece que esta expresión no podría aplicarse a las sociedades encargadas de trabajos públicos, dep. 118 las vectigalia sólo se referían a los impuestos indirectos.

⁵⁶⁷ Javoleno, lib. 15 ex Cassio, Dig. 4, 6.34 §1.

⁵⁶⁸ Gayo, lib. 3 ad ed. Dig. 50, 16, 16.

⁵⁶⁹ Lib. 10 ad ed. Dig. 50, 16, 15.

⁵⁷⁰ Heimbach:” Die Lehre von der Frucht Rechten (Leipzig, Köhler, 1843), Trumpler:”Die Geschichte der Römischen Gesellschaftsreformen”(1906)

recaudación de impuestos, como *societas vectigalis*⁵⁷¹; por su parte, aquéllas cuyo objeto consistía en la construcción de obras públicas o en el avituallamiento y aprovisionamiento militar o bien aquéllas consagradas a la explotación de recursos mineros, recibían la denominación de *societas publicanorum* Lib. 3 ad ed. prov. Dig. 3.4.1.m^{572, 573}.

De tales sociedades se nos ha dejado huella en fuentes literarias, jurídicas y epigráficas; pero, sobre todo gracias a nuevos hallazgos de ediciones e inscripciones, disponemos de una gran cantidad de datos que pueden revitalizar debate científico sobre diversas cuestiones relacionadas con la contratación pública y la participación de la *societas publicanorum* en la misma. Me refiero al Monumentum Ephesenum (o *lex portus Asiae*)⁵⁷⁴ sobre la adquisición de portoria y, asimismo, suscita interesantes interrogantes y referencia en torno a los *publicani* presentes en la *Lex rivi Hiberiensis* en la época Adriana.⁵⁷⁵ En cuanto a las referencias a la problemática de las *societates publicanorum* en fuentes literarias, podemos destacar una gran variedad de referencias.

Recordemos que ya Catón en el año 184 a. JC.⁵⁷⁶ Se refiere a las sociedades de publicanos, Plinio el Viejo (23-79 d.JC.), por su parte, indicaba que los recaudadores públicos ejercían su actividad en diferentes campos, así recaudadores de rentas, *publicani*, *qui pasqua conducunt*⁵⁷⁷, las minas de hierro⁵⁷⁸. Bajo el mandato del Emperador Claudio (41-54 d. JC.), el derecho de entrada al Mar Rojo fue objeto de concesión administrativa, Claudio *principi... anni Plocami qui maris Rubri vectigal a fisco redemerat, libertus...*

⁵⁷¹ A ellas se refiere Ulpiano en lib. 31 ad ed. Dig. 17.2.63 § 8. Y Paulo, 32 ad ed. Dig. 17.2.65 § 15; lib. 52 ad ed. Dig. 39.4.4 § 2; lib 5 Sent. Dig. 39.4.9 § 4.

⁵⁷² Tal denominación la recoge Ulpiano en lib. 55 ad ed. 39.4.1, pr; § 1; § 2; § 4; § 5, ídem, lib. 38 ad ed. Dig. 39.4.12 § 1; § 3. Paulo, lib. 52 ad ed. Dig. 39.4.4 pr.; § 1; asimismo Modestino, Lib. 2, de poenis, Dig. 39.46.

⁵⁷³ Gayo, si bien, emplea la expresión de *societas vectigalium publicanorum* en Lib. 3 ad ed, prov. Dig. 39.4.1.

⁵⁷⁴ Véase al respecto: Nicolet, C. "Le Monumentum Ephesenum et les dîmes d'Asie" en Bulletin de correspondance hellénique. Anée 1991, vol 115, p. 465-480.

⁵⁷⁵ Véase Torrent,: "Los *publicani* en la *lex rivi Hiberiensis*", en RDR 13 (2013).

⁵⁷⁶ Hist. Rom. 39, 44.

⁵⁷⁷ Nat. Hist. 19.3 § 39.

⁵⁷⁸ Ibid. 34, 17 §165, *Nuper id conpertum in Baetica Samairensi metallo, quod locari solitum, X. CCM annuis postquam oblitteratum erat CCLV. M. locatum est. Simili modo Antonianum in eadem provincia pari locatione pervenit ad pondo CCCCMM vectigalis. Otros casos son citados en los pasajes 12, 14 §65, ut sumptus in singulas camelos DCLXXXVIII ad nostrum litus colligat, iterumque imperii nostri publicanus penditur.*

Tácito (54-119 d. JC.) se refiere al importante papel desempeñado por las sociedades de publicanos⁵⁷⁹ y a la influencia que tuvieron los magistrados en su formación⁵⁸⁰, *plerasque vectigalium societates consulibus et tribunis plebis constitutas*. Plinio el Joven (61-112 d.JC.) revelaba que en su época la recaudación de impuesto sobre sucesiones se desarrollaba *quanti a publicanus partem vicesimam emisit*⁵⁸¹.

De otra parte, Philostrate⁵⁸² indica que el tránsito sobre el río Eufrates estaba sometido a la recaudación de derechos de aduanas. Pomponio asimismo contempla la importancia de las *societas vectigalium*, como especial modalidad societaria⁵⁸³.

16.2.- LAS SOCIEDADES DE PUBLICANOS COMO SOCIEDADES ORDINARIAS “ALICUIUS NEGOTIATIONIS”.

Las sociedades de publicanos han atravesado dos períodos bien diferenciados en su evolución. La primera etapa data del momento en el que comienza su formación y se termina en el momento en el que han podido adquirir capacidad jurídica. Desde el punto de vista de su calificación, están integradas en el grupo de las sociedades *alicuius negotiationis*. Conservaban todas las ventajas e inconvenientes propios de las sociedades privadas. Su aparición se remonta a la segunda mitad del siglo III a. JC., época en la que el contrato de sociedad estaba revestido de carácter real; el cual también compartían las sociedades de publicanos. Por lo tanto, se formaban con la efectiva puesta en común de las aportaciones por los miembros que formaban parte de la misma. Sin embargo, su organización interna era, desde el momento mismo de su creación, distinta de la de las sociedades ordinarias, por razón del género de asuntos por los cuales se agrupaban los socios y por el modo de su ejecución.

Tal organización particular no llegó a experimentar ningún cambio profundo en el momento en que tal sociedad adquirió personalidad moral; pero es entonces cuando comienza a legalizarse y a organizarse jurídicamente.

⁵⁷⁹ *Annal.*, IV, 6, *at frumenta et pecuniae vectigales, cetera publicorum fructuum societatibus equitum Romanorum agitabantur*. Cf. Quintiliano (finales del siglo I) *Declamationes*, 340, 341, 359.

⁵⁸⁰ *Annal.*, XIII, 50.

⁵⁸¹ *Epist.* 7, 14.

⁵⁸² Cf. Mommsen, *Eph. Épigr.* I, p. 57, n°1330.

⁵⁸³ *Lib. 12 ad Sab. Dig.* 17.2.59 – *in societate vectigalium nihilo minus manet societas, et post mortem alicuius*.

A través de la costumbre y de los usos de comercio, reflejo de la marcha de las necesidades impuestas por el tráfico mercantil, se fue exigiendo paulatinamente reglas particulares para este género de sociedades. L'octroi de la capacidad jurídica de las sociedades de publicanos ha influido en su forma sin afectar a la naturaleza jurídica del contrato en sí. De esta manera, estas sociedades han seguido la evolución general del contrato de sociedad. Éste era, en principio, un contrato real, transformado en consensual ulteriormente desde el momento mismo en el que el consentimiento por sí sólo adquiere carta de naturaleza *per se* para constituir la sociedad⁵⁸⁴.

La diferencia de régimen jurídico de las sociedades de publicanos respecto del de las jurídicas, no se debe sólo a la adquisición por aquéllas de personalidad jurídica; no obstante, sus características se aproximaban a las personas morales de derecho público. Si bien, siempre las reglas especiales no excluía la aplicación de las reglas generales, éstas últimas regían plenamente en las relaciones de los socios⁵⁸⁵; tenían plena validez en las sociedades de publicanos que no habían adquirido personalidad moral, a excepción de las reglas que eran incompatibles con el objeto y la forma de la sociedad en cuestión⁵⁸⁶. Hay que remarcar que en los tiempos en los que las sociedades de recaudación habían adquirido capacidad jurídica, dicha aptitud no se había obtenido de pleno derecho. No todas las sociedades de publicanos adquirirían ni podían adquirir personalidad jurídica⁵⁸⁷, sólo tal cualidad era adquirida por sociedades importantes.

⁵⁸⁴ Esta transformación, como en el capítulo primero indicamos, se produjo hacia finales del siglo II de nuestra era.

⁵⁸⁵ Cf. Pernice, *Labeo I römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, p. 295; Eliachevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, p.310: "la *societas publicanorum* est, tout d'abord une *societas*".

⁵⁸⁶ Cf. Kniep, *op. cit.*, p. 243 y ss., p. 297 y ss.; Pernice, *Parerga*, IV *Zum römische Gesellschaftsverträge*, p. 230; Mitteis, *Römische Privatrecht*, p. 404.

⁵⁸⁷ Las sociedades a las que se adjudicaba la explotación comercial de pequeñas propiedades demaniales o que han tomado a su cargo la ejecución de trabajos menores, no tienen capacidad jurídica; incluso la sociedad encargada de la recaudación de un impuesto, no adquiere necesariamente personalidad jurídica, cf. Pernice, *Parerga*, en *Z.S.St.*, 1888, p. 237-1 *auch eine gewöhnliche Gesellschaft zur Steuerpacht eingegangen werden kann...*

16.3.- RECORRIDO EN TORNO A LAS SOCIEDADES DE PUBLICANOS MINERAS EN HISPANIA

A través de las próximas líneas se pretende poner de manifiesto muestras existentes de *societates publicanorum* asentadas en la provincia de Hispania, todas ellas sujetas al régimen de responsabilidad característico de dicha tipología de sociedades.

Se ha supuesto por los investigadores que, en Hispania desde la administración del cónsul Catón que desembarcó en Ampurias, en el año 195 a. C., los explotadores mineros se encontraban en manos de las *societates publicanorum*⁵⁸⁸, como se deduce de las contribuciones impuestas a las minas de hierro y plata por el cónsul⁵⁸⁹ que tenía a estas minas y a una tercera de sal pura por muy productivas⁵⁹⁰ minas de plata de *Carthago Nova*, en la época en que Polibio las visitó, se hallaban en manos de los publicanos.

De las minas de El Centenillo (Jaén) se conservan 60 lingotes; la mayoría llevan el nombre del *negotiator Publius Turullius Labeo*. Se conoce la existencia de varias *societates*, que trabajaban en Hispania a finales de la República, como la *societas argentariarum fodinarum Montis Ilucronensis*, Mazarrón, cuyo *negotiator* se llamaba *P. Turullius Arco*, y es el único hispano que aparece con tal cargo en las explotaciones mineras. Se trataba probablemente de una *societas* privada, cuyos lingotes se han hallado en Cabo Fortuna, y que exportaba a Roma sus productos. (*CIL XV*, 7.915), al igual que las formadas por la *societas M.C. Pontilienorum M.F.* de finales del s. II o de comienzos del siglo I a. C., *societas* integrada por dos hermanos o por un padre y un hijo; la *soc. L. Gargili Tf et M. Laetili Mf*; la de *C. Fiduius y S. Lucretius*, la de los *Planii*, de las minas de *Carthago Nova*, y, la supuesta *societas castulonensis*, de Cástulo (Jaén) o la formada por *T. Iuventi-M. Lu* (*CIL II*, 3280, 6297,2), de la misma ciudad oretana, que controlaba todas las minas de plata de Sierra Morena; todas eran compañías privadas, ya que según el citado texto de Estrabón las minas de plata de Hispania, se encontraban en manos de particulares. Una *societas publicanorum*, en cambio, explotaba el cinabrio de *Sisapo*, Almadén, en Sierra Morena⁵⁹¹ al que se refieren Plinio (33.118.121), Trogo

⁵⁸⁸ Las minas de plata de Cartago Nova, en la época en que Polibio las visitó, se hallaban en manos de los publicanos.

Catón debió ser, pues, el verdadero reorganizador de tal actividad minera.

⁵⁸⁹ (Liv. 39-21).

⁵⁹⁰ (A. Gell. NA 3.22.28);

⁵⁹¹ (Cic. Ph. 2.19).

Pompeyo (*Inst.* 44.1.8) y Vitrubio (*Arq.* 7.9.4). Las explotaciones de las minas de Sierra Morena debieron sufrir una interrupción con la guerra civil entre César y Pompeyo⁵⁹².

Se ha supuesto que los *negotiatores*, de origen itálico la mayoría, invirtieron sus ganancias en las explotaciones agrícolas, y originaron la riqueza agrícola de la que habla Estrabón (3.2.3-4).

16.4.- ADMISIBILIDAD DE LA REPRESENTACIÓN EN SEDE DE SOCIETAS PUBLICANORUM

Para concluir contratos de aprovisionamiento, de trabajos públicos o de recaudación, el Estado era representado por los censores⁵⁹³. Con harta frecuencia se podían hacer reemplazar por otros funcionarios⁵⁹⁴. En ciertos casos, se preveía de modo expreso que se acordara la adjudicación por un magistrado especialmente designado⁵⁹⁵. En materia de obras públicas, por ejemplo en la época imperial, los *curatores operum publicorum* reemplazaban a los censores. Del mismo modo, ciertas leyes contemplaban la existencia de procuradores especialmente autorizados a concluir contratos en nombre del Estado. Al respecto, se puede citar la *Lex metalli Vipascensis* que designaba un procurador a tal efecto, un *procurador metallorum*, como principal autoridad rectora de cada distrito minero⁵⁹⁶. Los *procuratores metallorum* podían pertenecer al orden ecuestre, pero generalmente eran libertos imperiales, como el citado *T. Flavius Polychrysus, procurator massae marianae*, de la inscripción de Ostia, al que le dedican una lápida los *conectores aeris*. Las inscripciones conservan las menciones de otros *procuratores metallorum* de las minas de Río Tinto, como el que dedicó a Nerva unas tablas de bronce (*CIL* II, 956); el *procurator metallorum albocolensium* de un lugar desconocido de Galicia (*CIL* II, 2598) de nombre *M. Ulpus. Aug. lib. Eutyches*, o el *Ulpus Aelianus* de

⁵⁹² En la citada mina de El Centenillo no se volvió a trabajar hasta la segunda mitad del siglo I.

⁵⁹³ Cicerón, *de legibus*, 3, 3 §7. *Urbis templa, vias, aquas, aerarium, vectigalia tuento*; de *Lege agraria*, 1, 3 §7. *Censoribus vectigalia locare nisi in conspectu populi Romani non licet*. El censor ejercía su función durante dieciocho meses según la ley Aemilia, Tito Livio, 4, 25; 9, 33; Mommsen, *Le dr. P. r.*, t. 4, p. 23.

⁵⁹⁴ *Lex Iulia municipalis*, 1. 73 y 74, *ex lege locationis quam censor aliusue, quis magistratus publicis vectigalibus ultroue tributeis, fruendis tuendisue, dixit dixent*.

⁵⁹⁵ Lay orgánica de la provincia de Sicilia disponía expresamente que los *dîmes* devaient être affermées par le *quaestor*, cf. Mommsen, *Le droit publique romain*, 4, p. 116-117. Le sol sicilien devenu romain a été affermé à Rome par les censeurs. Cicéron in *Verrem* (*Discursos judiciales de acusación*). 3, 6, 15; 5.21.53.

Vipasca citado en las tablas varias veces. Otras varias inscripciones indican los nombres de los *procuratores* imperiales de las minas del NO, que son *D. Iulius Capito* entre los años 113-115; *C. Iunius Flavianus*, entre 117-161; *M. Basaeus Rufus*, entre los años 138 y 161; y *Sex. Trutedus Clemens* (*CIL*, II 2643), siglo II 21. Una inscripción encontrada en Aljustrel, datada en el año 173 o en 235, está dedicada por los colonos de las minas en honor de un *procurator metallorum*, que además era *vicarius rationalium*; se le llama *restitutor metallorum*, lo que indica que las minas dejaron de explotarse algún tiempo. Asimismo, el edicto de Tiberius designaba el praefectus Aegypti para representar el fisco en Egipto, para concertar contratos en nombre del Estado⁵⁹⁷.

Por su parte, la sociedad de publicanos era representada por el *manceps*, *manceps dicitur qui quid a populo emit conducitue, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse*⁵⁹⁸. La expresión que llega a ser bastante corriente más tarde es la de *conductor*⁵⁹⁹. Papiniano⁶⁰⁰ retoma la vieja denominación de *manceps*. También se denomina a aquél que contrata una concesión pública en nombre de una sociedad *redemptor*, - *redemptores proprie atque antiqua consuetudine dicebantur, qui cum quid publice faciendum, ut (aut) praebentum conduxerunt effecerantque, tum demum pecunias accipiebant; nam antiquus emere pro accipere ponebatur...; at hi nunc dicuntur, redemptores quicquid (qui quid) conduxerunt praebendum utendumque*⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ D'Ors, Epigrafía jurídica de la España Romana, Madrid, 1953, p. 72 y s.

⁵⁹⁷ Corpus Inscript. Graecarum, III, n° 4957, líneas 10-15.

⁵⁹⁸ Festus, m. 151, Th. 139; Pseudo-Asconius, in divinationen, §33 (Bruns, II p. 73), *mancipes sunt publicanorum principes. Ulpiano lib. ad ed. 17.2.33-ut in conductionibus publicorum, ítem in emptionibus nam ni nolunt inter se contenderé, solent per nuntium (mancipem) rem emere in commune... C.J.L., VI, 8468, 8469, 8455; XIV, 2863.*

⁵⁹⁹ *Lex metalli Vipacensis*, (línea 1) *conductor*; (línea 10) *qui... conduxent*; (línea 60) *apud conductorem socium actoremus huius vectigalis profiteatur. Ulpiano, lib. 68 ad ed Dig. 43.9.1... qui conduxit...; C.J.L., V.810, conductoris ferrarium...; C.I.L V.820.*

⁶⁰⁰ Lib. 11 Respon. Dig. 19.2.53.

⁶⁰¹ Festus, ver *redemptor*; l'altération supposée par le sens textuel du mot *redimere* consiste selon Mommsen (Le dr. P. r. IV, p. 136-2) en ce que les louages et les adjudications de l'Etat étaient en général renouvelées à l'expiration du terme, avec la société; cette expression était en principe, comme il résulte d'ailleurs de la définition de Festus, employée pour désigner celui qui au nom d'une société de publicains se charge de l'exécution des travaux publics; elle n'était qu'exceptionnellement employée pour désigner celui le fermier de choses publiques. Alfenus Varus, lib. 7 digestorum, Dig. 39, 4, 15, *ne que praeter redemptorem post idus Martias...; Lex agraria* (línea 38) *redemptum habeant*, C.J.L. I n° 577.

La adjudicación de un mercado se pronunciaba en favor de una sociedad representada por una sola persona. La diferente organización de estas sociedades respecto de las sociedades ordinarias, se inspiraba precisamente en la forma en que aquéllas entraban en relación con el Estado.

Así, el manceps que obtenía por licitación la adjudicación pertinente, comprometía frente al Estado su propia persona, al mismo tiempo que la de todos sus asociados, qui didem praes dicitur, quia tam debet praestare populo, quod promisit, qua mis pro eo praes factus est⁶⁰²; los socios no eran ajenos al contrato concluido entre el censor y el manceps; por el contrario, quedaban obligados directamente, como otra parte, además adquirirían ciertos derechos directamente de la adjudicación que se hacía a toda la sociedad, representada por el manceps. La *lex metalli Vispacensis* confirma enteramente esta opinión. Se considera al conductor o al manceps, como uno de los socios representantes de la sociedad⁶⁰³. Todos los socios entran en relación directa con el Estado. Así pues, en materia de recaudación de impuestos, todos los socios tenían el derecho de percibir el impuesto en nombre de la sociedad. El manceps, desde el momento en que obtenía la adjudicación en nombre de la sociedad presentaba al censor los nombres de sus consocios y los de aquéllos que sin ser socios participaban con su capital en la sociedad. Si ulteriormente, surgían cambios en el contexto de la sociedad y si otras personas entraban en la misma, entonces el manceps estaba obligado a señalárselo al censor. Las modificaciones ocurridas y los nombres de los nuevos socios o partícipes de la sociedad se registraban en las *tabulae publicae*⁶⁰⁴.

⁶⁰² Festus, ver manceps; Pseudo Asconius, in div., 113, hic enim exigenda a sociis suo periculo exigunt et rei publicae repraesentant.

⁶⁰³ *Lex metalli Vipascensis*, I, 16 conductori socio actoriue eius pignus capere liceto, Paulo, lib. 5 Sent. Dig. 39.4.9 §4 – socii vectigalium separatim partes administrent..., Modestino, lib. 2 de poenis, Dig. 39.4.6, si multi publicani sint. Ulpiano, lib. 68 ad ed. Dig. 43.9.1 quo minus..., ei qui conduxit sociou eisu e lege locationis frui liceat; ídem. Lib. 68 ad ed. Dig. 43.14.1 §7. Pernice, *Labeo I* p. 296; Taubenschlag, *Die Societas die Rechte der Papyri*, en *Z.S.St.*, 52 p.69; der Steuerpachter var verpflichtet der Regierung den Gesellschaftsvertrag mitzuteilen. Auf diesen Vertrag hin konnte der Staat in direkten geschäftlichen Verkehre mit den Gesellschaftern seines Pächters treten.

⁶⁰⁴ Cf. Taubenschlag, *Die Societas im Rehti der Papyre*, en *Z.S..St.*,53, p.69 – die Namen der Gesellschaftern mussten bei der Steuerpacht in einer der Behörde eingereicht werden; wer nicht in der stand, durfte sich nicht an derselben beteiligen. Por su parte, según San Nicolo, *Vereinswesen I*, p. 153... auch bei Domianialpacht muss der Staat in ähnlicher Weise Kenntniss von den Gesellschaftern erhalten

16.5-. RESTRICCIONES A LA PARTICIPACIÓN EN LAS SOCIETAS PUBLICANORUM

En principio, toda persona podía formar parte de una sociedad de publicanos y se presentaban a los concursos y licitaciones para conseguir la adjudicación de un mercado o actividad económica de índole pública⁶⁰⁵. Las restricciones de índole personal se referían a la capacidad; así, no se podía obtener la adjudicación por un menor de 25 años, *minoribus viginti quinque annis neque fundus, neque vectigalia locanda sunt*⁶⁰⁶. A título de sanción, muchas personas se ven privadas de derecho de contratar con el sector público, *sunt autem et aliae poenae, si negotiatione quis abstinere iubeatur, vel ad conductionem eorum, quae publice locantur, accederé, ut ad vectigalia publica*⁶⁰⁷. Análogamente, los tutores y curadores que no habían rendido cuenta de su gestión, no podían negociar con el Estado, como pena, *ex illa quoque causa falsi poenae quis subicitur, ut divi quoque Severus et Antonius constituerunt, ut tutores et curatores, et qui officio deposito non restituerunt tutelam vel curationem, cum fisco contrahere non possint*.⁶⁰⁸

Las adjudicaciones de las recaudaciones de impuestos o de las riquezas nacionales, principalmente de terrenos demaniales y de minas, se concertaban por un período de 4 ó 5 años^{609, 610}, siempre con la facultad de prolongarlos con la misma

habían. Por otra parte, bien puede verse en las *tabulae publicae* un genuino antecedente de los actuales libros registros de socios de las sociedades mercantiles

⁶⁰⁵ Cf. Cicerón en *Verr.* II 3, 33; 34; 37: Carecemos de conocimientos suficientes para constatar si los extranjeros podían contratar una hipotética recaudación de impuestos con el Estado. No obstante, nos parece que los que habían adquirido el *ius commercii* podían contratar con el Estado. En Egipto, los extranjeros, no sólo estaban autorizados para conseguir un contrato de explotación económica con el Estado, sino que, como estaba probado por las fuentes, estaban en mayoría.

⁶⁰⁶ Paulo, lib. *Sententiarum*, Dig. 49.14.45 §14.

⁶⁰⁷ Ulpiano, lib. 10 de *officio proconsulis*, Dig. 48, 19, 9 §9.

⁶⁰⁸ Marciano, lib. 14 *Institutionum*, Dig. 48, 10, 1 §9.

⁶⁰⁹ La duración de la concesión era de cuatro años, más tarde generalmente es de cinco años. Cf. Mommsen, *Röm. Staatsr.*, t.2, p. 349 y ss. *Le dr. P.r.*, t. 4, p. 16.

⁶¹⁰ El Emperador Constantino ordenó no otorgar ninguna concesión pública por una duración inferior a tres años – *ita ut non minus quam trienni fine locatio concludatur, nec modo interrumpatur tempus exigendis vectalibus praestitutum*... *Codex* 4.61.4 10 kalend. Iul. Crispo Caes.

El comienzo del contrato de concesión pública se fijaba generalmente en los Idos de marzo – *ne quis praeter redemptorem post Idus Martias*... Dig. 39.4.15.

duración⁶¹¹ virtud de un *lustrum* del censor. Quien no hubiera ejecutado las obligaciones derivadas del contrato de recaudación en favor del fisco, no podía solicitar la prolongación por un nuevo período⁶¹², *reliquatores vectigalium ad iterandum conductionem, antequam superiori conductioni satisfaciant, admittendi non sunt*⁶¹³. De forma más general, los deudores del fisco no podían contratar una actividad o mercado público, *debitoris fisci itemque rei publicae, vectigalia conducere prohibentur*⁶¹⁴.

Las mujeres no podían presentarse a las licitaciones y hacerse adjudicar una actividad pública sin restricción alguna, *Monchis quaedam, fisci, debatrix ex conductione vectigalis, heredes habuerat, a quibus post aditam hereditatem Faria Senilla, et alii praedia emerat*⁶¹⁵...

Por otra parte, constituye un lugar común afirmar que, en principio, los senadores estaban privados de ejercer el comercio, considerado como indigno de la nobleza⁶¹⁶. Efectivamente, una ley prohibía a los senadores contratar ejercicio de una actividad mercantil con el Estado⁶¹⁷. En virtud de tal ley se votó el plebiscito de Claudio, el año 218 a.JC., que prohibía a los senadores y a sus padres arrendar o ceder la explotación de sus barcos⁶¹⁸. Dicha prohibición se ha interpretado de manera muy amplia con alcance extensivo; así pues, los senadores no sólo no podían atribuirse adjudicaciones públicas directamente, sino que tampoco celebrar un contrato de concesión pública a través de un

En Egipto, en la época Tolomeica y en Sicilia (*Lex Hieronica*, Cicerón, en *Verr.* III 51, 120) la duración del contrato público era de un año.

⁶¹¹ Teóricamente, el contrato público se celebraba (*vectigalia populi romani*) “sub nutu atque arbitrio” de los censores. Cf. Tito Livio 4.8.

⁶¹² En Egipto, se procedía en un caso similar a la anulación del antiguo contrato y a la celebración de un nuevo contrato de concesión pública. Si el precio de contrato público era menor que el del primero, se generaba una responsabilidad a cargo de los antiguos recaudadores quedando obligados a indemnizar al fisco del lucro cesante.

⁶¹³ Paulo, lib. 5, *Sententiarum*, Dig. 39.4.9 §2.

⁶¹⁴ *Idem* Dig. 39.4.9 §3.

⁶¹⁵ Paulo, lib. 1 *decretorum*, Dig. 49.14.47; así también, ver la inscripción *Memania Sosandris*.

⁶¹⁶ Cf. *Lex Iulia rep.*, Tácito, *Anales* IV, 6. Denys de Halicarnaso, II, 28, recoge una ley de Romulo, prohibido a los ciudadanos romanos dedicarse a oficios manuales, salvo la agricultura y la ganadería; si bien la autenticidad del texto se ha puesto en duda. Cf. Carcopino, en *Mem. De l’Ecole de Rome*, 1937.

⁶¹⁷ Cf. Mommsen, *Röm. Staatst.* III, p. 504.

⁶¹⁸ Tito Livio 21, 63; *Lex Flamina* de 217 a.JC. Cf. Cicerón, en *Verr.* V, 18.55.

intermediario con otras personas. Una sola excepción existía en el caso del abastecimiento de caballos para los juegos de circo.

Paralelamente a la prohibición a los senadores de concederles la explotación de actividades mercantiles públicas procedentes del Estado, los miembros de las corporaciones municipales quedaban excluidos del derecho de celebrar contratos públicos relativos al ejercicio o explotación de actividades económicas con los municipios, *decurio etiam suae civitatis vectigalia exercere prohibetur*⁶¹⁹. Los decuriones no podían ni celebrar en nombre propio un contrato público de explotación de actividad mercantil ni tampoco participar en sociedades dedicadas al arrendamiento o aparcería de bienes públicos por medio de un tercero, *quod quis quo nomine exercere prohibetur, id nec per subiectam personam agere debet; et ideo si decurio subiectis aliorum nominibus praedia publica locat, quae decurionibus conducere non licet, secundum legem usurpata revocentur*⁶²⁰. Sin embargo, si un miembro de la corporación municipal había heredado a un socio publicano, podía continuar la explotación de su contrato de explotación, *decurio, qui prohibetur conducere quaedam, si iure successerit in conductione, remanet in ea*⁶²¹. En cualquier caso, hay que señalar que el fin de la prohibición impuesta a los decuriones de contratar con la corporación municipal, consistía en suprimir todo abuso que pudiera resultar de la ausencia de neutralidad en el supuesto de contrato de aquéllos con dicha organización urbana. De ello resultaba, por tanto, que un decurio podía hacerse conceder válidamente la explotación de una actividad mercantil por una corporación municipal distinta de aquella a la que pertenecía. La prohibición que originariamente se refería sólo a su propia corporación municipal y no a otras, luego se extiende a todas las ciudades, sobre todo en materia de arrendamientos y concesiones de tierras, *curialibus ómnibus conducendorum rei publicae praediorum ac saltuum inhihaetur facultas; illo etiam observando, n equis curialium vel de extraneis civitatibus fundos aut loca huiusmodi conductione suscipiat*⁶²².

Las personas que cumplían todos los requisitos legales para obtener la explotación de arbitraria del censor. El censor podía rechazar la adjudicación, considerando que las

⁶¹⁹ Papiniano, Lib. 1 responsorum, Dig. 50.2.6 § 2; cf. Lex Iulia munic. 1. 108; Lex Salp. C. 93.

⁶²⁰ Ulpiano li. 3, opinionum. Dig. 50.8.2 § 1.

⁶²¹ Marciano, lib. 1 de iudiciis publicis. Dig. 50.2.4.

⁶²² Código Teodosiano, 1. 2 de loc. fund. iur. emph. 10.3 (año 372) esta prohibición no alcanzaba al territorio egipcio: *scias excepta diocesi Aegyptia e a ubique servandum esse, ne usquam penitus in susceptionem vel minimi vectigalis decurio conductor accebat.*

cauciones ofrecidas por el interesado no representaban garantía suficiente, o que el candidato no se daba suficiente cuenta de la envergadura de la actividad mercantil de que se tratase⁶²³. La oposición del censor podía referirse bien a la persona del adjudicatario o manceps, bien a otros socios o "affines" o partícipes⁶²⁴. De esta forma, los censores podían excluir a las personas que no les convenían, lo cual hacían con harta frecuencia exclusivamente por razones políticas.

16.6.- RELACIONES DE LOS SOCIOS CON EL ESTADO

A cambio de tener encomendada esta gestión de los tributos debían de prestar una garantía, lógica exigencia frente a las posibilidades de abuso por parte de los publicani⁵⁷. Esto nos sitúa sobre el texto de Paulo de D.46.1.68.1: *pro Aurelio Romulo, conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant, bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussores tam in sortem, quam in usuras, qui deprecabantur; lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem decrevit fideiussores in usuras non teneri, sed quidquid ex bonis fuisset redactum prius in usuras cedere reliquum in sortem; et ita in id quod defuisset, fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum*⁵⁸.

En favor de Aurelio Romulo habían salido como fiadores al ciento por año, Petronio Talo y otros. El Fisco ocupa los bienes de Romulo y demanda a los fiadores tanto por el capital como por los intereses. Al leer la escritura de afianzamiento resulta que tales fiadores se habían obligado por los intereses, no por todo el arrendamiento. Según Paulo, si de la escritura resulta que no se había obligado por el total de lo recaudado, los fiadores no podían estar obligados por el total, sino que del producto de los bienes se imputaría primero a los intereses debidos y después al capital. Y en lo que faltara se exigiría a los fiadores..

Si prescindimos del problema de si los fiadores debían de ser demandados o no, o si la sujeción de las rentas obtenidas se aplicaría primero al capital o a los intereses, lo interesante para nuestro estudio son las primeras palabras: *pro Aurelio Romulo,*

⁶²³ ...saepe id quaerendo veteres publicani quum impetrare nequissent ab senatu, ut modum potestati censoriae imponerent, Tito Livio, 43, 16; - Cicerón, en Verr. II 1.54.

conductore vectigalis. Estamos pues ante un arrendatario de tributos o un concesionario de un servicio de recaudación. Sobre los bienes de Romulo recae un derecho de especial afección. No se trata pues de una prenda general y tácita aún, puesto que el texto claramente alude a la ocupación de los bienes de Romulo por el Fisco (*bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat...*) y esto sería impensable en una sujeción *ius generaliter pignoris* o simplemente en el uso de un *privilegium fisci*.

En cualquier caso, la responsabilidad frente al *Populus Romanus* recaía exclusivamente sobre los *praedes*, (reemplazados en el siglo II d. JC por los *fideiussores*), llamados a constituir un tipo de hipoteca de derecho público (*subsignatio praediorum*)⁶²⁵. Por supuesto, también los sujetos al frente de la *societas publicanorum* (llamados *manceps*) eran responsables, si hubieran constituido garantía (*praes*) en favor del *Populus Romanus*. Los *praedes* podían ser al mismo tiempo socios⁶²⁶ y participar en los beneficios de los negocios societarios (Pol. 6.17.3-4); véase, aunque teniendo en cuenta las presiones sobre *προέγγυος* que resultan de *Monumentum Ephesenum*, §§ 45, 62)⁶²⁷. Sobre ello podemos decir que frente al *populus* no operaba una responsabilidad de la *societas publicanorum* o de los socios en cuanto tales (siempre que no fueran también *praedes*); esto al menos se

⁶²⁴ Cf. Tito Livio, 39, 44; 43, 16, *n equis eorum qui Q. Fulvio A. Postumio censoribus publica vectigalia aut ultro tributa conduxissent, ad hastam suam accederet sociusue aut affinis eius conductionis esset.*

⁶²⁵ Bob. In or. Pro Flacco 32.4: "Et subsignandi haec solebat esse causa, ut aut qui vectigalia redimeret *aut qui pro mancipe vectigalium fidem suam interponeret loco pigneris praedia sua rei publicae obligarent, quoad omnem pecuniam redemptores vectigalium repensarent*»; otras fuentes, v. G.L. GREGORI, *Nomina transcripticia e praedia subsignata: debiti, ipoteche e finanze locali a Trebula Suffenativm*, in *Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in Occidente ed in Oriente*. Actes de la Xe Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie du monde romain, Rome, 27-29 mai 1996, Rome 1999, 36 nt. 36. GESSEL, *Praedes, praedia, cognitores. Les sûretés réelles et personnelles de l'adjudicataire du contrat public en droit romain (textes et réflexions)*, in *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, Geneve 2003, 116; F. CUENA BOY, *Subsignatio y praediatura. Las garantías, especialmente reales, en los contratos con las administraciones públicas*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano 20-21 (2007- 2008)*, 162.

⁶²⁶ La acumulación de las dos condiciones, *socius* y *praes*, debía representar la situación normal, aunque no era obligatorio para un *praes* presentarse como *socius*. Sobre esto ver y, Cimma: "Ricerca sulle società di publicani". Milano 1981, p. 164. Y Merola: "Il Monumentum Ephesenum e la struttura delle societates publicanorum", in *Athenaeum* 94 (2006), 129 nt. 39.

⁶²⁷ Malmendier, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftstätigkeiten in den Händen privater Unternehmer*, Koln - Weimar - Wien 2002, 90.

mantiene hasta finales del siglo I d JC⁶²⁸. El procedimiento de ejecución sobre el patrimonio del praedes y sobre la *subsignatio praediorum*, no resulta fácilmente reconstruible a partir de la *Lex venditio ex lege praediatrica e in vacuum*⁶²⁹.

El *ius praediatricum* estaba integrado por un conjunto de complejas reglas, casi desconocidas para el jurista tardorrepublicano en general, lo cual reconoce humildemente Quinto Mucio Escévola El Augur. Aludimos a la costumbre de éste último de dar opiniones de *iure praeditorio* y de remitirse a que lo consultaren otros expertos Furio e Cascellio:

Cic. *Pro Balb.* 20.45: Etenim si Q. Scaevola ille augur, cum de *iure praeditorio* consuleretur, homo iuris peritissimus, consultores suos non numquam ad Furium et Cascellium praediatricos reiciebat...

Val. Max., *Fact. et dict. memor.* 8.12.1: Q. Scaeuola legum clarissimus et certissimus uates, quotienscumque de *iure praeditorio* consulebatur, ad Furium et Cascellium, quia huic scientiae dediti erant, consultores reiciebat. quo quidem facto moderationem magis suam commendabat quam auctoritatem minuebat, ab iis id negotium aptius explicari posse confitendo, qui cotidiano usu eius callebant. sapientissimi igitur artis suae professores sunt a quibus et propria studia uerecunde et aliena callide aestimantur.

En cualquier caso, los socios intervenían en los contratos de concesión pública como praedes, garantizando la ejecución de las obligaciones contraídas por el manceps en favor del fisco. Si bien, estos praedes no eran fiadores en el sentido propio de la palabra, en el sentido de que el manceps fuera deudor principal y los otros socios fueran responsables subsidiarios de aquél⁶³⁰.

Ciertas fuentes romanas parecen sugerir dicha idea, entendiendo que la situación de praedes tenía carácter subsidiario respecto a la obligación principal del manceps, dotada de carácter accesorio, al igual que la de los aportantes de prenda, ut aut qui

⁶²⁸ Cimma, op. cit, p.69. Erami: *Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero*, in AUPA. 52 (2007-2008), 111 s.

⁶²⁹ Trisciunglio: "osservazioni in Sulle sanzioni per l'inadempimento dell'appaltatore di ultrotributa nella tarda repubblica e nel primo principato, in I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica". Atti Congresso della Soc. It. St. Dir., Torino 17-19 ottobre 1994, Napoli 1997, 215 ss.

⁶³⁰ En contra Knip, op.cit. p. 250; Mitteis op cit. , p.40; Trumpler op cit. p. 78 y s.

vectigalia redimeret aut qui pro mancipe vectigalium fidem suam interponeret, loco pignoris praedia sua rei publicae obligarent⁶³¹. Del mismo modo Varrón precisa, praedia dicta, ítem ut praedes, a praestando, quod ea pignore data publice mancupis fidem praestent⁶³², lo que viene a decir que los praedes sólo eran garantes en el sentido general de la palabra respecto del deudor principal, manceps.

La inexactitud de tal interpretación resalta, si se tiene en cuenta el régimen de la sociedad de concesión pública en Grecia, que en gran medida llegó a inspirar a la equivalente figura romana, en el sentido de que los socios mantenían una relación jurídica directa con el Estado, de la misma manera que el manceps. Así pues, en Roma los publicanos se mantenían en relación directa con el fiscus e incluso la misma expresión praes designaba a la persona que había contraído una obligación directamente con el Estado, praes est is, qui populo se obligat⁶³³. En consecuencia, el Estado no tenía necesidad de accionar primero contra el manceps, si había faltado a sus obligaciones, antes de dirigirse contra el praedes; sino que podía esgrimir acciones directamente contra ellos. La confirmación de dicha conclusión se encuentra en la Lex Acilia repetundarum (122 a. JC.), que dispone, quod eius is reus non solverit, ab eis praedibus primo quoque di pecunia exigatur⁶³⁴. Asimismo, Festus expresa, manceps dicitur quidquid a populo emit conducitue...; qui ídem praes dicitur quia tam debet praestare populo, quod promisit quam is, qui pro eo praes factus est. Por lo tanto, el praes quedaba directamente obligado en favor del Estado; el manceps mismo, en el caso de que poseyera los bienes y les pusiera a disposición del fiscus, desempeñaba un papel semejante al del praedes, en cuanto concierne a la efectividad de la responsabilidad generada por el incumplimiento de las

⁶³¹ Scolie Bob. sobre Cicerón. En or. Pro Flacco 32.

⁶³² Varron, *Lingua lat.* V, 40.

⁶³³ Cf. Festus, ver Praes, M. 223. Th. 279; lex agraria (línea 47)... quod praes factus est populo obligatus est. Lex Malacitana § 64, de obligatione praedium predorum cognitorumque; Mommsen, *Die Stadrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca*, p. 46; Corp. Inscr. Lat. I 103-105; Kniep op cit., p. 205; Girard, *Les tablettes de Malaca et de Salpensa*, 1856; Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, II, p.47 y ss.; Girard, *Textes* (6), p. 108 y ss.: les praedes sont les socii du manceps. Lex Malacitana § 65... Duumiri.. ad quem de ea re in ius aditum erit, ita ius dicito... ut ei qui eos praedes ... mercati erunt, praedes socii heredesque eorum ... de his rebus agere... recte possit. Praes y socio forman una única locución, según Cicerón: *De domo*, 18, 48 – postremo ne in praede quidem societate mancipem aut praedem socium extra tuorum gladiatorum numerum... reperire potuisti.

⁶³⁴ Girard, *Textes* (6), p. 32 y ss. Cap. 67, de pecunia a praedibus exigenda.

obligaciones derivadas del contrato público⁶³⁵. El Estado hacía valer sus derechos contra los praedes por medio de la venta de sus bienes y valores⁶³⁶.

Los praedes se comprometían primitivamente de un modo verbal y solemne frente al Estado. El magistrado interrogaba al praes y este comprometía su respuesta afirmativa, *interrogatus a magistratu si praes sit, ille respondet, praes*⁶³⁷. Por su parte, Paulo⁶³⁸ subraya esta forma de compromiso diciendo, *subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est, nam veteres subsignationis verbo pro adscriptione uti solebant*. El obligarse por escrito fue, consecuentemente, sustituido por la antigua forma verbal.

La obligación frente al Estado se ejecutaba por la puesta a disposición de los bienes muebles e inmuebles del deudor *dandam ex aerario pecuniam mutuum praedisbusque ac pr aediis cauendum populo censerent*⁶³⁹. En época de Cicerón, la obligación de un deudor frente al fisco comportaba la llamada *transcriptio* de tierras en provecho del Estado, supervisada por el *quaestor* o por el *censor*⁶⁴⁰. Los socios mismos ejecutaban dicha *transcriptio* en beneficio del fisco o incluso se podía encargar al *manceps*, si bien en virtud de un poder especial de los socios en su propio nombre, *et subsignandi haec solebat causa: aut qui vectigalia redimeret aut qui pro mancipe vectigalium fidem suam interponeret, loco pignoris praedia sua rei praedes obligarent, quoad omnem pecuniam redemptores vectigalium repensarent*⁶⁴¹. En consecuencia, tal

⁶³⁵ Cicerón, in *Verr.* 1. 54. 142; 1. 55. 143; *pro Flacco*, 32, 80; *ad familiares*, 5, 20, 3; Monier t. II, § 19, l'usage de se porter "praes" pour soi-même paraît avoir été si répandu que "manceps" et "idem praes" était devenus synonyme et que l'acquéreur ou adjudicataire (manceps) avait fini pour assumer directement les mêmes obligations que le praes. Cf *Lex parieti faciendo Puteolana* de 105 a JC. C.I.L. I, 577. Girard, *Textes*, p. 860-862; le titre détermine les sûretés à fournir par l'adjudicataire – qui redemerit, praedes dato praediaque subsignato duumvirum arbitrato. Le manceps aussi bien que les autres associés se porte lui-même praes – *pars dimidia dabitur ubi praedia salis subsignata erunt* (nom de l'adjudicataire, la Somme pour laquelle el a soumissionné et des praedes fournis, en tête desquels l'adjudicataire lui-même, idem praes).

⁶³⁶ *Lex Malacitana*, R. 64... *rebus vendundis; praedibus praedisque, vendundis*.

⁶³⁷ Varron, *Lingua latina*, 6, 74, compara al praes con el *responsor*, considerándole como garante, cuya responsabilidad era solidaria.

⁶³⁸ *Lib.* 53 ad ed. *Dig.* 50.16.39

⁶³⁹ Tito Livio; 22, 60, *praedia súbdita* o *subsignata* designaba los inmuebles dados en garantía de un crédito el Estado o de un municipio frente a los *publicanos*.

⁶⁴⁰ Cicerón, *Pro Flacco*, 32, 80; *sintne isla praedia censui censendo, habeant ius civile, sint necne sint Mancipi, subsignari apud aerarium aut apud censorem possint*.

⁶⁴¹ *Scol. Bob.* in or. *pro Flacco*, 32, cf. *ley agraria*, I 29. Pernice, *Labeo*, I, p. 296.

afectación surtía efectos en provecho del fisco, el cual podía, en su caso, disponer de las tierras, ítem si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possiderit, concessa est usus receptio..., et hoc est quod vulgo dicitur ex praediatura possessionem usu recipiam qui revocatur a populo praediator appellatur.

Se aplicaba un procedimiento análogo, cuando el contrato público se había concertado con una corporación municipal. Los praedes se obligaban directamente frente al municipio. Éste llevaba un registro especial en el que se inscribían los nombres de todos los socios, qui in eo municipio duouiratum quaesturamue petent, quisque eorum... praedes in commune municipium dato (cap. 60)⁶⁴²;...et qui praedes accepti sint... in tabulas communes municipium eius municipi referantur (cap. 63).⁶⁴³

Hay que subrayar que los socios de una sociedad de publicanos podían crear nuevas sociedades o bien formar parte de otras sociedades preexistentes, Bithynicae societatis quae societas ordine, ipso hominum genere, pars est máxima civitatis; constat enim ex ceteris societatibus⁶⁴⁴.

Recapitulando, echemos un vistazo a la posición del Estado como acreedor frente a la societas publicanorum. Parece bastante bien tutelada su posición de acreedor, máxime teniendo en cuenta el número de personas que respondían en caso de incumplimiento frente al mismo. Podría iniciar un procedimiento de ejecución contra el manceps praes, contra el socius praes, y contra el mero praes. Pero el elenco no parece acabar aquí, pues ha de valorarse también el papel desempeñado por el cognitor praediorum que recientemente ha llamado la atención de la doctrina, en particular de la española⁶⁴⁵, en el sentido de que tal sujeto fuera un tasador que estime el valor de los praedia dados en garantía (subsignata) a beneficio de la colectividad⁶⁴⁶.

⁶⁴² Lex Malacitana, capítulo 60, Ut de pecunia communi municipium eaueatur ab is, qui duouiratum quaesturamue petet.

⁶⁴³ Idem R. 63, De locationibus legibusque locationum proponendis et in tabulas municipi referendis.

⁶⁴⁴ Cicerón ad familiares, 13.9 § 2.

⁶⁴⁵ F. RODRIGUEZ NEILA, "Tabulae Publicae". Archivos municipales y documentación financiera en las ciudades de la Bética, Madrid 2005, 108 nt. 53; F. CUENA BOY, op. cit., 167 s.; A. TORRENT, Cognitores en lex Iritana caps. 63-65, in Iura 59 (2011), 15 ss. Financiación externa de los «municipia». Lex Iritana cap. 80, in RDR. 10 (2010), 3 nt. 12. . MENTXAKA, Algunas consideraciones en torno a las concesiones administrativas y sus garantías: capítulos 63-65 de la lex Malacitana, in Mainake 23 (2001), 82.

⁶⁴⁶ MALMENDIER, Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftaktivitäten in den Händen privater Unternehmer, Köln - Weimar - Wien 2002, 90.

Por otra parte, para encontrar fuentes que atestigüen que estos peritos eran responsables no sólo frente al municipio sino frente al pueblo romano debemos remontarnos al último cuarto del siglo I d.JC. (v. *Leges Malac. e Irnit*⁶⁴⁷, capp. 63-65). Podrían ser considerados garantes de segundo grado en la llamada “cuarta categoría polibiana”.

Pol. 6.17.4: οἱ μὲν γὰρ ἀγοράζουσι παρὰ τῶν τιμητῶν αὐτοὶ τὰς ἐκδόσεις, οἱ δὲ κοινωνοῦσι τούτοις, οἱ δ' ἐγγυῶνται τοὺς ἡγορακότας, οἱ δὲ τὰς οὐσίας διδῶσιν περὶ τούτων εἰς τὸ δημόσιον.

EXAMEN ESPECIAL DE LA POSICIÓN DEL MANCEPS EN LA SOCIETAS PUBLICANORUM

Viene considerado por la doctrina como el socio intermediario entre el estado y la sociedad, y es la persona encargada de concluir el contrato público. El manceps⁶⁴⁸ no es solamente un gerente sino que constituye un miembro jerárquicamente superior y por lo que puede considerarse como presidente de una sociedad, en la cual según Belot eran los encargados de concluir la subasta pública con el magistrado. Paralelo a los manceps se encontraba el redemptor.

Para otro autor, Szlechter⁶⁴⁹, el manceps podía representar la sociedad, cerrar contratos en su nombre, e incluso representarla en juicio.

⁶⁴⁷ Cfr. *le leges Malacitana e Irnitana*, capp. 64; riporto qui di seguito il testo dello statuto di Irni: «Qui(s)cumque in municipio Flavio Irnitano in commun(e) municipum eius municipi praedes facti sunt erunt, quaeque praedia accepta sunt erunt, quicumque eorum praediorum cognitores facti sunt erunt, ii omnes et quae cuiusque eorum tum <fuerunt> erunt...in commune municipum eius municipi item obligati obligataque sunt, ut ii eave populo Romano obligati obligata<v>e essent, si apud eos, qui Romae aerario praessent, ii praedes iique cognitores facti eaque praedia subdita subsignata obligatae essent».

L'inclusione dei cognitores fra i soggetti obligati in relazione a locaciones pubbliche si ricava in particolare dai capp. 63 dei due statuti. Sulla *lex Irnitana* cfr. recentemente A. TORRENT, *Municipium latinum Flavium Irnitatum. Reflexiones sobre la ocupación militar de Hispania y subsiguiente romanización hasta la Lex Irnitana*, Madrid 2010

⁶⁴⁸ Badian afirma que el contrato se formalizaba entre el manceps y el magistrado, el manceps era, según el autor, un miembro de la sociedad. Asimismo, Badian, afirma que tras la muerte del manceps la compañía legalmente habría de cesar y por lo cual dejaba de existir. Pero señala que esta idea no está confirmada. Véase pues, Badian, “Publicans and sinners”, Oxford, 1972. En análogo sentido, Mandendier, U: *Societas publicanorum: staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*. Köhl, Weimar, Wien, 2002.

⁶⁴⁹ Szlechter, *op. cit.* p. 344 y ss.

El *manceps*⁶⁵⁰ era elegido en acto previo a la adjudicación por el conjunto de los socios, pero su función es la de un representante, y era elegido en el acto de constitución de la sociedad. Esta adjudicación formal era la persona que realizaba la última puja, la más alta en la subasta, por lo que Festo utilizaba los términos *sublata manu* al referirse al *manceps*, esta expresión significa lo mismo que la utilizada por Cicerón cuando escribe *digitum tollere*, tanto la expresión de Festo como la de Cicerón se refieren al hecho de tomar para sí el arrendamiento de un servicio público. Hasta aquí, la mayoría de la doctrina parece mostrarse de acuerdo. Si bien la pregunta clave para determina la posición del *manceps*, y definir así su responsabilidad frente a la sociedad y frente a terceros, si posee potestad para representar a todo el conjunto de la sociedad o bien actúa en nombre propio.

Puede pensarse que constituida la sociedad, una vez concedida la adjudicación, el *manceps* actuase en las subastas en nombre propio, ya que es la persona que acude a la subasta pública y obtiene la concesión. Solamente después de haber obtenido el derecho al ejercicio del servicio público, y conociendo los límites económicos y organizativos de dicha concepción, se dirigirá hacia determinados particulares para lograr la creación de una *Societas Publicanorum*, que son un tipo de agrupación, cuyas funciones tienen por objeto actividades de interés público, y cuyo funcionamiento se regiría por leyes públicas, que puedan asumir el gasto económico y la gestión de la actividad pública que se ha de desempeñar⁶⁵¹.

Esta más acertada la posición contraria que defiende Arias Bonet⁶⁵², quien pone de manifiesto la relevancia de la influencia griega en el ámbito de los arrendamientos públicos. En el mundo helenístico, el *manceps* debía presentar ante el órgano adjudicador una lista con las personas que en un futuro integrarían la sociedad y que se harían cargo de la concesión. Para este autor, Arias Bonet, dicha relación sumada a una inscripción posterior en los registros abiertos a tal efecto, debía otorgar a la lista de los socios un efecto consecutivo. Este efecto, en opinión de

⁶⁵⁰ Su posición superior se manifiesta a través de algunas fuentes, ya que a este miembro de la sociedad se le designa en ocasiones como *princeps publicanorum* o bien se utilizaba *manceps divinitatis* cuando Tertuliano pretendía referirse al dios supremo.

⁶⁵¹ Se justifica esta postura atendiendo a la regla expresada en D. 17,2,20 y D. 50,17,47 y también en algunas frases ciceronianas. Asimismo Mitteis, op. cit., Mitteis se expresa en este sentido cuando señala que el origen más probable de la toma de alquiler por parte de *manceps* obedece a un motivo histórico, dado que en una etapa temprana las adjudicaciones públicas podían ser concedidas a una sola persona, ya que ni el sistema de recaudación de impuestos indirectos se encontraba en un nivel de desarrollo muy avanzado, ni la adjudicación de actividades públicas en manos de particulares que requería unas sumas económicas excesivamente elevadas, así que con lo que inicialmente es práctica habitual, por no tener necesidad de recurrir la cooperación de toda una sociedad, continúa siendo por tradición, si ya no es solamente el *manceps* el que asume aisladamente la adjudicación de la actividad pública.

⁶⁵² Arias Bonet, *Societas publicanorum*, op. cit.

Arias Bonet, el Derecho Romano no se producía con regularidad, pero la inscripción si suponía una serie de consecuencias y efectos jurídicos determinantes, por ejemplo que el magistrado pudiese ejercer un poder de vigilancia y de control sobre los miembros presentados en la lista, de modo que existiese la posibilidad de excluir a cualquiera de ellos, y denegar su entrada a formar parte de la futura sociedad. Con el paso del tiempo, el término *manceps*⁶⁵³ fue derivando en su significado, de modo que en la época imperial avanzada, el vocablo inicial nada tiene ya que ver con su significación más tardía. El significado de *manceps* adquiere un sentido diverso. A partir del siglo IV la palabra se refiere expresamente al encargado de *munus público*. Este hecho hace suponer a Arias Bonet que la sociedad debía estar formada antes de la adjudicación, con el objeto de que pudiera presentarse dicha lista ante el órgano adjudicador, y éste la admitiese a la subasta, si lo creía oportuno. La opinión de Arias Bonet es lógica si se piensa en las afirmaciones que realiza desde un primer momento sin referirse al momento de conclusión del contrato. El autor empieza definiendo la figura del *manceps*, en el momento que indica su elección, que no es otro que antes de la adjudicación. Parece claro que la sociedad estaba ya perfectamente conformada para que se reuniesen todos los socios, votasen al *manceps*, y lo nombrasen representante⁶⁵⁴. En este sentido, se muestra de acuerdo Cimma⁶⁵⁵, para quien la sociedad debe estar constituida en un momento anterior al de la adjudicación pública. Cimma, manifiesta su conformidad con la tesis de Mitteis, la cual aludía al hecho de que el *manceps* actúa en nombre propio y adquiere el arrendamiento y presenta garantía suficiente. Pero sólo la acepta en un período histórico inicial. El hecho de que formalmente el momento de constitución de la sociedad fuese posterior a la adjudicación, es indiferente, dado que si los futuros socios asumieron el compromiso y realizaron las aportaciones, de forma que solamente estuviesen pendientes de que el *manceps* accediese la concesión pública, el *manceps* ya no actuaba en nombre propio, sino con el respaldo de la sociedad entre otros motivos porque la formación de una sociedad podía estar sometida a condición de que si sobreviniera imposible haría que el nacimiento de la sociedad no tuviese lugar⁶⁵⁶. Asimismo, cabe matizar que podría hablarse de toma de adjudicaciones por una sola persona, cuando las concesiones eran más reducidas y no abarcaban un riesgo de gran magnitud. En tercer lugar se refiere al argumento conforme al cual se señala que el magistrado en la adjudicación del arriendo de servicios públicos tenía la posibilidad de aprobar o no la lista presentada por el *manceps*, en la que se incluían a los *praedes* (que eran garantes frente al

⁶⁵³ En el Código Theodosiano, que es una fuente tardía, el *manceps* no es más que el encargado de una liturgia procedente de gremios forzosos.

⁶⁵⁴ Tales conclusiones pueden extraerse también del contenido de D, 39, 4, 9.

⁶⁵⁵ Cimma, op. cit.

⁶⁵⁶ Así lo indica el D. 17, 2,1

Estado de la buena gestión y organización de la concesión) y a los socii, y presupondría la existencia de una sociedad organizada, dado que ello significa que existía una relación interna entre el manceps y el praedes.

Szlechter sostenía una tesis favorable a la formación de la sociedad en un momento previo a la conclusión del contrato por parte del manceps, basándose en el edicto de Claudio y

Sempronio afirma que la exigencia de que debiesen presentarse ante el poder público adjudicador constituye una prueba de que el manceps disponía en ese momento de la subasta la lista de nombres que formaban la sociedad junto a él. Por tanto, el manceps, adquiriría la contrata pública en nombre de la sociedad, y una vez concluido el contrato la totalidad de los socios accedían de pleno derecho al arriendo del servicio en cuestión.

Visto que no siempre el manceps podía adquirir para la sociedad a la que él pertenecía dicha concesión, habría de esperar a la siguiente subasta para pujar de nuevo, y adquirir la que más se ajustara a los intereses. La sociedad se encontraba conformada como tal en el momento de las subastas, dado que en la hipótesis de no conseguir aquella que pretendía en primer lugar enviarían de nuevo, al manceps, a pujar en una nueva adjudicación, con su lista de socii, y las garantías que ya se presentaron en otra ocasión, dado que la mayor parte de esta nueva clase invertía sus capitales en la gestión y administración de actividades públicas.

Podemos cuestionarnos si el gerente principal de la Sociedad de Publicanos adquiriría la concesión para sí, o para la totalidad de los socios, ¿cual sería entonces el alcance de su poder de representación? Al respecto, Kniep⁶⁵⁷ manifiesta que el manceps adquiere la adjudicación en nombre y representación de toda la sociedad, lo cual parece continuar con su planteamiento previo, dado que, el jurista afirma en primer lugar que la sociedad se conformaba con anterioridad a la adjudicación, y del mismo modo que el manceps era enviado por parte de la totalidad de la Societas (sociedades) a formalizar el contrato, el Estado hacía representar sus intereses por el magistrado encargado de la subasta⁶⁵⁸, de modo que la concesión se concluía, por medio de dos representantes uno estatal y otro social.

Cimma señala que en el proceso de adjudicación, el manceps debía presentar la ya referida cuatro praedibus praedisque. La prestación de esta garantía, hace suponer el establecimiento de una obligación directa con el Estado. En el caso de que no se cumpliesen los pagos pendiente, los órganos estatales podrían dirigirse contra los garantes, para cobrar los créditos.

En ocasiones se trataba de que el manceps fuese a un mismo tiempo praes, de modo que la obligación con el manceps se encontrase al mismo nivel que la del praes. En caso de no ser así, y si el praes no hubiese presentado seguridad suficiente, el magistrado podría exigir sobre los bienes del manceps una missio in bona. Por lo cual, no existe una exclusión total de la responsabilidad

⁶⁵⁷ Véase, Kniep, Societas Publicanorum. Jena, 1896

⁶⁵⁸ Véase también, Kniep, Zum römische Konkurverfahren, Mélanges Girard, 1912, p. 637.

del *manceps*. Pero según Cimma, la responsabilidad principal viene de manos del *praes*, que constituye el primer sujeto contra el que el Estado habrá de dirigirse. El órgano que concedía la adjudicación contrataba con el *manceps*. No parece que exista una representación de la sociedad en la persona del *manceps* en sentido estricto, dado que será en último término el garante, y no los socios, quien responda ante los órganos de poder. Respecto del Estado, el *manceps* actuaba en nombre propio si bien la ejecución del trabajo dependía del trabajo de todos los socios.

16.8.- LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ADFINES EN LA SOCIETAS PUBLICANORUM

Las fuentes constatan que la existencia, junto a los socios propiamente dichos, de las personas que albergaban intereses financieros dentro de las sociedades de publicanos. Dichas personas participaban de los beneficios de la sociedad, sin asumir, en cambio, ninguna función en la administración de los asuntos sociales. Con frecuencia se trataba de gente que por razones personales no podían participar de la sociedad como socios. Cicerón, por ejemplo, cuenta que César y el tribuno Vatinius, sin ser socios participaban en las sociedades, dado que por razón de su situación (eran de rango senatorial) no podían ser socios⁶⁵⁹.

En principio, la incapacidad de ser socios se extendía también a la participación en la sociedad, y los textos solían contemplarlo expresamente. Así, en el edicto de Claudius Pulcher y de Sempronius Gracchus del 169 a. JC., se preveía expresamente que la prohibición alcanzaba no sólo a la adquisición de la cualidad de socio, sino también a cualquier status que entrañara participación en el seno de la sociedad⁶⁶⁰. Asimismo, Cicerón pone de manifiesto la prohibición impuesta por Verres de admitir como socio, o incluso participe en la sociedad, a un antiguo publicano, qui de L. Marcio, M. Perpenna censoribus [L. Sulla Q. Metello consulibus] eadem Castoris tuendam redemerit, socium ne admitto neque "partem dato, neque redimito"⁶⁶¹; se prohibía al *manceps* de obligarse, de cualquier forma que fuera, con los antiguos publicanos.

⁶⁵⁹ In Vatinius, 12, §29... eripuerisne partes illo tempore carissimas partim a Caesare partim a publicanis...

⁶⁶⁰ Ne quis eorum qui Q. Fulvio, A. Postimio publica vectigalia aut ultra tributa conduxissent, ad hastam suam accederet, sociusue aut affinis eius conductionis esset.

⁶⁶¹ Cicerón, en Verr. II, 1.55 § 143.

Podemos preguntarnos de qué medios jurídicos disponían los censores para hacer respetar sus edictos. En efecto, para impedir a los antiguos publicanos tomar parte de nuevo en una empresa encargada de la explotación de un mercado o actividad pública, no bastaba ninguna *lex contractus*. Lo único que podía hacer el censor era negarse a la conclusión de un contrato público, potestad ésta de decisión que sí que le era conferida.

La naturaleza jurídica del *partícipe* nunca fue suficientemente aclarada. Según Kniep⁶⁶² los *partícipes* eran miembros de la sociedad, pero que no disponían, según él, de *actio pro socio*; tampoco estaban legitimados para el ejercicio de la *actio communi dividendo*. Salkowski⁶⁶³ considera que el *partícipe* ha comprado en virtud de una *emptio spei* una parte del beneficio futuro de la sociedad. Si bien posee, como cesionario del socio y *creditor quoad lucrum*, l'*actio empti* como acción contra la sociedad para reclamar dicho beneficio⁶⁶⁴.

La situación del *partícipe* podría compararse a la persona a quien un socio publicano asocia a su parte⁶⁶⁵. Desde tal perspectiva, se deduce que el *partícipe* por su sola adquisición entraba en relación real con la sociedad. Poseía una parte en el capital social, participaba en los beneficios y en las pérdidas, si bien fuera de eso, no disfrutaba de los demás derechos de los socios. No podía, en consecuencia, ejercitar la *actio pro socio*, pero, en contra, podía ejercer la *actio communi dividendo*.

En realidad, los *adfinēs*⁶⁶⁶ se mantenían en relación directa con la sociedad⁶⁶⁷; eran miembros de la sociedad sin ser socios⁶⁶⁸.

⁶⁶² Op cit. p. 235-241.

⁶⁶³ Quaestiones de iure societatis, p. 60-66.

⁶⁶⁴ Esta concepción nos parece errónea; en dicha relación faltaría el objeto (incluso futuro), como elemento esencial del contrato de compraventa.

⁶⁶⁵ Como en una sociedad ordinaria, allí el socio publicano podía asociarse otra persona en la participación social que le correspondiera.

⁶⁶⁶ Las expresiones *afines* o *adfinēs* se derivan del hecho de que los nombres de los *partícipes* se inscribían al margen o al final de las *tabulae censoriae*. Cf Kniep, op. cit. p. 112.

⁶⁶⁷ Según Pernice, op. cit., mantiene que se pueden comparar los *partícipes* o *afines conductionis* a los accionistas en cuanto tienen partes sociales enajenables *inter vivos*, de variable valor según las fluctuaciones del mercado, mencionadas en el libro registro de la sociedad, transmisibles por medio de transferencia, reuniendo, en suma, las principales características de la acción en las sociedades modernas por acciones. Los *partícipes* se presentaban como comanditarios; son socios de segundo rango vinculados más a la empresa que a los demás empresario- *afines conductionis*- el *particeps est affinis conductionis non socius socii*.

16.9.- OTRAS MODALIDADES DE SOCIETAS PUBLICANORUM:

16.9.1.- SOCIETAS VECTIGALIUM

Es indudable que por los actos ilícitos extracontractuales cometidos por uno de los socios frente a terceros, éste responde personalmente y puede haber también lugar a la responsabilidad de la sociedad y de los socios no agentes⁶⁶⁹ el haber social o corpus habere concedido a societates publicanorum podría implicar generalmente una responsabilidad adicional de la Societas, o más bien, los otros socios, por los actos cometidos por un compañero en el interés de la societatas .

Por ello, es que vale la pena volver a leer el famoso pasaje de Gayo, comentario al edicto, donde se señala que todo el haber corpus concedido a societates publicanorum, guarda similitudes en cuanto a estructura y a disciplina con el haber corpues de ciudades (res publicae)⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ El status jurídico de affines nos parece que estaba influenciado por el de los partícipes e incluso disfrutando de todos los derechos reconocidos a los socios, así sucedía en época Tpolomeáica; y más tarde se convierten en “simples accionistas”, inscritas en el registro y respondiendo de las obligaciones surgidas con ocasión de la actividad societaria misma.

⁶⁶⁹ Una responsabilidad no estrictamente personal del socius puede derivarse – pero en una hipótesis del todo diferente- en los ilícitos cometidos por le propio socio, o incluso por medio de esclavos pertenecientes a la familia publicanorum. A propósito de ello, véase el comentario ulpiano a la cláusula edictal “Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur” en la parte que se refiere a lo estipulado (sine noxa deditio) en cuanto al dominus-publicanus en el caso de furti padecidos por los contribuyentes, no seguidos de la exhibición in iure del servo agente – en D. 39, 4, 3, 1 (Ulp. 55 ad ed.):”Quod ait ‘in dominos’ sic accipiendum est ‘in socios vectigalis’, licet domini non sint”. Véase también López Pedreira:”Quantae auudaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones”. Reflexiones acerca del edictum de publicanis. (D. 39.4) en AFDUC 12 (2008), p. 590 y ss.

⁶⁷⁰ En el mismo comentario gayano ad edictum provinciales encontramos el sintagma res publica referido expresamente al municipio, D.39.4.13.1, *infra*, nt. 60. Sobre el valor institucional de *res publica*’ (en el específico sentido citado) cfr. Tricuioglio:” *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, , Padova 2003, 317 nt. 11. Ndi A.M. Fleckner (*Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Koln-Weimar-Wien 2010, 387 s.

Sobre la tendencia de los juristas clásicos de aplicar la analogía a las agrupaciones de base personal, sin prever, a diferencia de los compiladores justinianos, la construcción de la categoría jurídica unitaria, véase, Orestano:” , *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano I*, Torino 1968, 176 s.

D.3.4.1.pr.-1 (Gai. 3 ad ed. prov.): Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Quibus autem permissum est corpus habere...societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat⁶⁷¹

El haber de la *societas vectigalium* está integrado por bienes comunes (res comunes), una caja común (arca communis) y la posibilidad de valerse de un representante procesal (syndicus o actor), cuya actividad produce efectos directamente respecto a los socios (en vez de respecto de la sociedad, como entidad jurídica unitaria). Por otra parte, nada se dice en cuanto al aspecto del funcionamiento de las negociaciones, por lo que al la luz del pasaje, debe excluirse el mecanismo de la representación directa e incluso de la representación orgánica⁶⁷²

En cuanto a las situaciones pasivas creadas por un miembro en interés de la sociedad, se consideran deudas individuales hasta que entra en juego el arca communis y se produce la transformación de individual en societaria. Fácilmente puede comprenderse todo esto observando la disciplina de origen jurisprudencial del contrato de mutuo del socius que resulta totalmente similar al contrato de préstamo concluido por el magistrado municipal. El análisis conjunto de ambos tipos puede aportar significado al texto gayano, en concreto, D.3.4.1.1, en particular donde se observa "*habere arcam communem*" della *societas vectigalium* è "*ad exemplum rei publicae*. Veámoslo

⁶⁷¹ Sobre el texto, véase CRACCO RUGGINI, Collegium e corpus: la politica economica nella legislazione e nella prassi, in Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.), Atti Incontro Firenze 2-4 maggio 1974, a cura di G.G. Archi, Milano 1976, 90 ss.; M.R. CIMMA, op. cit., 178 ss.; 215; 219 s; N. TRAN, Les membres des associations romaines. Le rang social des collegiati en Italie et en Gaules sous le haut-Empire, Rome 2006, 347 ss.; P. CERAMI, Impresa cit., 107 ss.

⁶⁷² La teoría de la representación orgánica, como es sabido, se elabora durante el siglo XIX. Sobre estas cuestiones, véase GALGANO, F Trattato di diritto civile 2 II. Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale I singoli contratti, Padova 2010, 440; penetranti osservazioni sul punto in Y. THOMAS, Les juristes de l'empire et les cités, in Idéologies et valeurs civiques dans le Monde Romain. Hommage à C.Lepelletier, Paris, 2002, p. 207 y ss.

.17.2.82 (Pap. 3 *resp.*): Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt⁶⁷³

D.12.1.27 (Ulp. 10 *ad ed.*): Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur⁶⁷⁴

El pasaje de Papiniano podría referirse a una *societas publicanorum*, como puede deducirse de la *communis arca* referencia⁶⁷⁵, mientras que el término genérico "aere extranjero"⁶⁷⁶, se encuentra en la verdad, porque de un préstamo de acuerdo a la etapa correspondiente de Basilici⁶⁷⁷. Así que si un *socius* - prestatario asume la obligación de pagar una suma de dinero en favor de otro socio, pero a condición de que se produzca la versio de la suma en la *communis arca*; es decir, siempre que exista un enriquecimiento de la *Societas*.

Al mismo tiempo Ulpiano en D.12, 1, 27 considera que el contrato de préstamo concertado por el magistrado local obliga frente a la *civitas* sólo en el caso de que su importe se haya ingresado en las arcas municipales.

En ambos casos, entonces podemos decir que funciona el esquema de la representación directa, la deuda y la representación son transmitidos a los miembros de la corporación (*socii vectigales, municipes*), no ya por la simple actividad contractual, el *re contrahere*, sino por la presencia de un ulterior elemento consistente en la versio en la caja común, el procurar el común enriquecimiento. Tal elemento parece en algunos aspectos asimilable

⁶⁷³ CIMMA op. cit., 203 ss.; G. PUGLIESE, Istituzioni di diritto romano 3, Torino 1991, 901, G.

SANTUCCI, Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità, Padova 1997, 15 nt. 27; L. MAGANZANI, op. cit., 251 s.; P. CERAMI, *Impresa cit.*, 107 y ss.

⁶⁷⁴ BRICCHI Amministratori ed actores. La responsabilità nei confronti dei terzi per l'attività negoziale Amministratori ed actores. La responsabilità nei confronti dei terzi per l'attività negoziale degli agenti municipali, in *Gli Statuti Municipali* (a cura di L. Capogrossi Colognesi - E. Gabba), Pavia 2006, 354 ss.; A. TORRENT, *Financiación cit.*, 8; adde Th. HONSELL, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.* 95 (1978), 118 ss

⁶⁷⁵ Véase, Arangio-ruiz, *la società*, op. cit., p 89 y ss.

⁶⁷⁶ Cfr. D.50.16.213.1 (Ulp. 1 *reg.*): <<'Aes alienum' est, quod nos aliis debemus>>.

⁶⁷⁷ Cfr. Cfr. B.12.1.80 (= D.17.2.82), ed. Scheltema, BT 695, 5 ss.: <<Τῶ δικαίῳ τῆς κοινωνίας ὁ κοινωνὸς οὐκ ἐνέχεται ὑπὲρ ὧν ὁ κοινωνὸς αὐτοῦ ἔδανείσατο, εἰ μὴ εἰς τὸ κοινὸν ἦλθε τὰ χρήματα>>; trad. ed. Heimbach I, 787: *Iure societatis socius non obligatur pecuniae a socio eius mutuo sumtae nomine, nisi pecunia in rem communem versa sit. Pensa anche al mutuo, pur non richiamando il passo dei Basilici*, F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra V*, Milano 1971, 746 s. nt. 5

al supuesto de la *solutio indebiti* que Marciano toma en consideración en el siguiente pasaje: D.39.4.16.14 (Marc. *l. sing. de delat.*): Si quid autem indebitum per errorem solventis publicanus accepit, retro eum restituere oportere divi Severus et Antoninus rescripserunt. El rescripto imperial configura una obligación de restitución solamente para el publicano accipiente, pero la solución podría haber sido diferente si el publicano hubiera ingresado ese importe en las arcas comunes.

16.9.2.- SOCIEDADES DE SERVICIOS FUNERARIOS

La denominación del título, en gran medida reconstruido “De munere publico libitinario”, contiene un capítulo relativo al contrato público -probablemente de época tardo republicana o augusta-, de preparación de velatorios y funerales, en la colonia romana de Pozzuoli⁶⁷⁸. Ahora bien, aun cuando resulte muy arriesgado hablar de *societates publicanorum* en el ámbito colonial, a la luz de la noción gayana de *publicanus* conservada en el Digesto⁶⁷⁹; la propia estructura societaria del contratante particular que emerge de la *lex locationes puteolana*, como bien ha revelado Cimma⁶⁸⁰, se corresponde exactamente con la del publicano: encontramos las figuras fundamentales del *manceps*, del *socius* y del *praes*.

⁶⁷⁸ Cfr. l'ed di L. BOVE, Due iscrizioni da Pozzuoli e Cuma, en *Labeo* 13 (1967), 25 ss.; l'A. è ritornato più recentemente sul documento puteolano in *Le "leges Libitinae" e gli appalti pubblici*, in *Labeo* 50 (2004), en concreto, p. 55 ss.; véase también ID., *Le leges Libitinae e gli appalti pubblici*, in *Libitina e dintorni. Libitina e i luci sepolcrali. Le leges libitinae campane. Iura sepulcrorum: vecchie e nuovi iscrizioni. Atti dell'XI Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie*, Roma 2004, p110 ss.; adde F. HINARD - J.Ch. DUMONT(edd.) *Libitina. Pompes funèbres et supplices en Campanie à l'époque d'Auguste. Édition, traduction et commentaire de la Lex Libitinae Puteolana* Paris 2003 non vidi)

⁶⁷⁹ Cfr. d. 50, 16,16, (Gai. 3 ad ed. prov.): «Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, 'publicanum' appellamus. Nam 'publica' appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur», de lo cual se deduce que el publicano es solamente aquél que entabla relaciones contractuales en el campo de los vectigalia, con el *populus Romanus* (es decir, con l'aerarium populi romani) y no con la comunidad local; sobre dicha problemática, véase, S. LONGO, *Locare 'in perpetuum'. Le concessioni in godimento di ager municipalis*, Torino 2012, 26 ss. e ntt. 38-41, 81 nt. 55. Igualmente Gayo considera sin más aplicable l'editto de *publicanis* a los contratistas públicos locales, sin que pore sa razón deban de ser considerados publicanos : D.39.4.13.1 (Gai. 13 ad ed. prov.): «Praeterea et si quis vectigal conductum a re publica cuiusdam municipii habet, hoc edictum locum habet».

⁶⁸⁰ Cfr. M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981, 156, p 217-219.

Pues bien, en la medida en que guarda relación de responsabilidad, proyectada hacia el exterior de la sociedad en cuestión, merece la pena detenerse en algunas reflexiones del siguiente pasaje de del capítulo del contrato:

De mun. publ. libit. II, 24-30: Si per manc(ipem) sociumve eius eumve ad q(ue)m e(a) r(es) q(ua) d(e) a(gitur) p(ertinet) mora fuerit quomin(us) oper(as) aliasve res quas h(ac) l(ege) eum mittere utiq(ue) praeber(e) oporteb(it) mittat praebeatve, tum is qui funus faciet curabitve eas res praebend(as) sin(e) d(olo) m(alo) locato...quanto plur(is) locatum [con]ductumve fuerit manc(eps) sociusve eius isve ad q(ue)m e(a) r(es) q(ua) d(e) a(gitur) p(ertinet) ei alter(um) tantum [quanto is locaver(it)] conduxer(it) praestar(e) debeto damnasq(ue) e(sto) d(are) deq(ue) ea re magistrat(us) reci[peratorium iu]dicium e lege colon(iae) cogito⁶⁸¹.

Por tanto, el manceps, su socio u otro sujeto cualquiera no tan bien identificado (is ad quem ea res qua de agitur pertinet), pueden ser llamados a responder in duplum por los mayores gastos que le originaron a un cliente, a causa del retraso en el cumplimiento, de tal suerte que tuvo que contratar con otra empresa (y sin dolo malo), para obtener los servicios funerarios. La condena in duplum y la función afflictiva de la pena, son indicios relevantes que nos llevan a entender que probablemente en el caso en cuestión, sea llamado a responder un solo sujeto, ya sea el manceps o el socio o is ad quem ea res qua de agitur pertinet), que había concertado –presumiblemente dentro de un cuadro de división interna de competencias dentro de la sociedad-, una relación contractual (locatio-conductio) con el cliente insatisfecho, siéndole directamente imputable a aquél, el retraso en la ejecución de la prestación debida; y por lo tanto, no es concebible, a pesar de la equívoca formulación de la lex locationis, una situación de deuda y una legitimación pasiva en el proceso recuperatorio, extensible a otros miembros no culpables de la sociedad. Aunque a la luz de la particular disciplina prevista en *De mun, publ. Libit. II, 24-30*, respecto al incumplimiento del contrato público por la producción de un daño a tercero, entonces halla confirmación la tendencia a negar, bajo el perfil de la responsabilidad del socio, una relevancia externa a la sociedad.

⁶⁸¹ Tenemos ocasión de confirmarlo bajo el texto: *Sulle sanzioni cit., 222 s.*; asimismo, véase, L. BOVE, *Le "leges Libitinae" cit., in Labeo 50 (2004), 57 s.*

16.10.- GARANTÍAS DE LA EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE TERCEROS A FAVOR DE LA SOCIETAS PUBLICANORUM.

Partiendo de la premisa de que respecto de los arrendamientos y cobro de tributos a los contribuyentes, los poderes públicos reconocían a los publicanos una especie de delegación de competencias por parte de los órganos de poder, como consecuencia de la potestad de los miembros de las societates publicanorum de recaudar impuestos, les resulta posible el ejercicio de la *pignoris capio*⁶⁸² como mecanismo de salvaguardia de la responsabilidad de los terceros por incumplimiento de sus deberes frente a las societates publicanorum.

Algunas de las cláusulas de la *lex censoria*⁶⁸³ posibilitaban el ejercicio de la nombrada facultad⁶⁸⁴ que con frecuencia proponían los propios censores al ofrecer a las sociedades de publicanos la adquisición del arrendamiento para el cobro de algunas tasas. De esta manera, la *lex censoria* permitía al publicano ejercer contra los terceros contribuyentes la

⁶⁸² Schulz opina que es más antigua que la fiducia, *Derecho Clásico.. op. cit.* p. 389.

⁶⁸³ Véase, entre otros, Arias Bonet, *Societas publicanorum*”, p. 283 y ss. Nicolet, “Le class dirigente romaine dirigente romane sotto la Republica: Ordine Senatorio e Ordine Equetre”, en *Storia della Società Italiana*, Parte prima vol. II. La tarda Republica e il Principato, Milán, 1983, p. 83. Cuq, en *Daremborg-Saglio*, voz, “Les Locationis”. Las *leges censoriae* o *leges locationis*, constituyen el soporte principal de la adjudicación de una contrata pública. Esta especie de pliego de condiciones, contiene las bases específicas que se requieren para llevar a cabo la concesión de una actividad pública. Las innovaciones que eventualmente tuviesen lugar conservarían el nombre de su autor (realizadas por algunas magistraturas y en algunos casos por un consejo formado por miembros relevantes de la ciudad), si bien como norma general este pliego de condiciones debía ser reformado con el permiso del Senado, por hallarse consagrado por a la costumbre y la tradición.

Véase también, Mispoulet, *Les institutions politiques de romains, ou exposé Historique des règles de la Constitution et de l’administration romaines depuis la fondation de Rome jusqu’aux règuede Justinien*, p. 233. Son los censores, de forma habitual, quienes interpretan dichas bases en la *lex locationis*, y posteriormente proceden a la adjudicación. Sin embargo, pueden encargarse de este cometido otro tipo de magistraturas, normalmente aquellas que fueran a hacerse cargo de la adjudicación, por ejemplo los *cuestores*. Por tanto, en el seno de las *leges censoriae* pueden incluirse géneros de condiciones diversas, algunas cláusulas variables o no, que excluyan o incluyan en el ámbito de las adjudicaciones a específicas personas, o bien que varíen su contenido en función de las distintas actividades que hayan de realizarse. Sobre la *lex censoria* y sobre los sistemas de adjudicaciones, véase Castán Pérez-Gómez, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en Derecho Romano*, Madrid, 1996, p. 98 y ss.

⁶⁸⁴ Por tanto, una vez que se ejerciera la toma de prenda por parte de los publicanos, los particulares no podrían interponer la *actio de vi bonorum raptorum* (D. 47, 8, 2, 20) o la acción de bienes tomados por la fuerza. Véase al respecto, *Cic., Verres*, 2, 1, 3, 11, 27-28, 34.

pignoris capio, para obligar a los particulares a pagar los tributos pendientes, es por éste y otros motivos que afirma la doctrina: "...la pignoris capio... se manifiesta totalmente anómala y con un régimen jurídico próximo al ius publicum"⁶⁸⁵.

Aunque la pignoris capio consistía en una toma de prenda o apoderamiento material de un objeto mueble del deudor, no debe considerarse un medio de ejecución patrimonial general paralelo a la manus iniectio como medio de ejecución personal⁶⁸⁶.

La razón fundamental que justificaba la utilización de un régimen procesal como el de la legis actionem per pignoris capionem radicaba en la existencia, dentro del régimen jurídico de las sociedades de publicanos, del privilegio (no reconocido para las sociedades ordinarias), de la solidaridad activa⁶⁸⁷.

Explica Gayo⁶⁸⁸ el modo por el cual es posible rescatar la prenda, dado que en el sistema formulario existe una acción ficticia, para pedir la obtención de la suma requerida previamente⁶⁸⁹: G.4.32: "Contra in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, tu quanta pecunia olim, si pignus captum con la resset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur".

⁶⁸⁵ Murga, Derecho Romano Clásico, II El Proceso, Zaragoza, 1983, p.155.

⁶⁸⁶ Véase, entre otros, Fuenteseca, P., Derecho Privado Romano, Madrid, 1978, p. 53. Afirma que la pignoris capio se producía en supuestos muy determinados y en las ocasiones en las que se pretendía hacer efectivos algunos créditos. En la misma línea Iglesias, J., Derecho Romano. Historia e Instituciones, Madrid, 1994. Reconocen la dificultad de su inclusión en una clasificación concreta, D'Ors, A., Derecho Privado, op. cit., p. 113 y ss, y también Voci, Istituzioni di Diritto Romano, Milán, 1954, p. 616 y ss, así como Biondi, B., Istituzioni di Diritto Romano. Milán, 1972, p. 72.

⁶⁸⁷ Szlechte, Le contrat de société en Babylonie.. op. cit., p. 348. Quien afirma que no era concebible una situación jurídica que no permitiese a los socios percibir la totalidad del impuesto. De este modo, cada publicano podía exigir el impuesto por completo así como interponer las acciones que correspondiesen en su caso contra los contribuyentes por toda la cuantía para proceder en un momento posterior a su ejecución. Por su parte, Arias Bonet, "Societas Publicanorum", AHDE, Vol. XIX, 1948-1949, p. 262, pone de relieve que si bien el actor era el socio encargado de realizar la mayoría de las actividades procesales, incluidas las de representar a la sociedad en los procesos de la legis actio per pignorem capionem, no puede olvidarse que este sujeto desempeñaba otra serie de actividades procesales cuyo reflejo práctico podría verse en la Lex Vipascensis.

⁶⁸⁸ Si bien previamente establece de modo explícito las formas precisas que existían de acciones de ley. Así viene expresado por G. 4, 12: "Lege autem agebetur modis quinque: sacramento, peri iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniectioem, per pignoris capionem".

⁶⁸⁹ Véase Humbert y Lecrivain, en Daremberg-Saglio voz "Pignus". Según la opinión de los autores cuando se ejercía la acción ficticia podía exigirse una cantidad superior a la exigida previamente.

Así, la forma de la *pignoris capio* para el publicano es de naturaleza fingida, dado que permite condenar al deudor a la cantidad debida de haberse practicado la toma prenda, con el fin de que posteriormente se pueda rescatar dicha prenda.

En general, las medidas procesales ejercidas por los publicanos en materia de recaudación de impuestos que, en nuestra opinión, parecen estar más acordes con la realidad, se basaban en la obtención de enormes beneficios económicos, aún en el caso de que el contribuyente se hallase en situación de insolvencia. Así, en primer lugar, la *pignoris capio* permitía la apropiación de los frutos si la cosa poseía la condición de productiva, si bien no parece tan probable la enajenación del bien concreto previa autorización del magistrado y transcurrido un tiempo determinado⁶⁹⁰.

En segundo lugar, además, en época republicana, los recaudadores de impuesto no sólo disponían de la acción correspondiente a la *pignoris capio*, ya fuese ésta real o ficticia, sino que los *publicani* podían exigir sus derechos frente a los particulares a través de un *iudicium recuperatorium*, en el cual podían verse tutelados sus derechos por medio de la expresión “*deberi darive oportere*”. El título de esta última acción, aún incluyéndose en la categoría de instituciones de naturaleza privada⁶⁹¹, tenía lugar, en ocasiones, en supuestos de carácter público.⁶⁹²

En tercer lugar, en los casos en los que tuviese lugar la posesión prolongada de ciertos bienes, podía operar la usucapión a favor de los socios publicanos, si la cosa era poseída por los *pignorantes*, en concepto de miembros de la *societas publicanorum*, durante el

⁶⁹⁰ Instituciones como la *addictio* estaban destinadas a obtener ciertos beneficios económicos dado que ello permitía, a través de la ejecución personal, el cobro de la deuda por medio del trabajo, o bien posteriormente, ejecutar una *venditio* del prisionero-deudor.

⁶⁹¹ Mantiene Gayo en sus *Instituciones*, G., 28: “*Lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet... Item legem censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani aduersus eso, qui aliquia lege vectigalia deberent*”.

⁶⁹² En algunos supuestos, por tanto, no tenía lugar la *pignoris capio* quizás porque los censores en el contexto graco, no creían oportuno incluir este sistema en la *lex censoria*. Por tanto, según De Martino en “*La Storia dei publicani e gi scritti dei giuristi*”, en *Labeo* 39, 1993, p. 7. Las afirmaciones de Gayo que aluden a la *pignoris capio* y a la idea de que esta institución tiene lugar en cualquier caso no han de tomarse al pie de la letra, sino debe interpretarse que ello no sucedía siempre, al tiempo que tener presente que las influencias políticas se reflejan en todos los ámbitos.

plazo de un año o durante un período más largo⁶⁹³, dado que la captación de la prenda no otorgaba a los publicanos la propiedad del objeto pignorado, sino una simple posesión protegida por interdictos⁶⁹⁴.

La razón que justifica estas medidas de garantía de la responsabilidad de terceros, estriba a la postre en la tutela de los intereses públicos o estatales. Cuando el Estado adjudicaba el desenvolvimiento de una actividad pública a particulares vinculados por una sociedad, adquiría una gran suma pecuniaria desentendiéndose de la gestión del trabajo público. Por eso mismo, al Estado le convenía mucho que la actividad arrendada se llevase a cabo con fluidez y sin problemas y, como regla general, en el plazo de un lustro. Sin embargo, si los *socii publicanii* hallaban dificultades en la exacción de los impuestos, de tal suerte que se vieran incapaces de amortizar su inversión satisfactoriamente, y no disponían de medios coercitivos efectivos, estas circunstancias no sólo podían trascender y llegar a oídos de otras sociedades la pérdida económica que pudiera aparejar el arrendamiento de un impuesto, sino que, sobre todo, tendría como consecuencia el que los publicanos se dirigiesen contra los órganos públicos, requiriendo la organización de una nueva subasta, la ejecución de las garantías prestadas o una indemnización por daños y perjuicios, por lo tanto, la devolución y en su caso, la pérdida estrepitosa de una gran parte del capital invertido.⁶⁹⁵

La *pignoris capio*, sin embargo, constituyó una acción de ley con un período de vigencia más bien escaso. De Martino, propone algunos ejemplos extraídos de las fuentes donde se pone de manifiesto la desaparición paulatina de la misma; así lo intenta demostrar con la aplicación del *Senadoconsultum* de pago Montano⁶⁹⁶, de finales del período republicano o determinadas regulaciones en materia de minas de la *lex Vispascensis*⁶⁹⁷ que parecen constituir medidas que se utilizaban para el *damnum infectum*, si bien la *pignoris capio*

⁶⁹³ Pugliese, *Instituzioni di diritto romano*, Turín, 1990, pp, 78 y ss. Opina que menos probable resulta, sin embargo, la posibilidad de la adquisición de la propiedad después de un cierto tiempo por el ejercicio de la acción, dado que no existe reflejo alguno en las fuentes.

⁶⁹⁴ Véase Humbert y Lécrivain, voz “*pignus*”. Estos autores afirman que no se sabe realmente con exactitud qué sucedía si el deudor no pagaba la deuda pendiente (*reluctio pignoris*). En este caso se ignora si podía vender el objeto de la prenda o convertirse en propietario.

⁶⁹⁵ Ejemplo de la petición de la organización de nuevas subastas por parte de los publicanos, podemos hallarlo en algunos textos de Tito Livio, más exactamente en *Ab Urbe condita*, 23, 48, 10-49, 4; 25, 3, 12; 25,3,8,5,1.

⁶⁹⁶ Véase FIRA I,272,39.

⁶⁹⁷ FIRA I,502,102, lin.,16,41,46,55.

que se establece en el Digesto, no parece estar relacionada con la legis actio. De esta forma, que en el Edicto del Pretor existiese una acción ficticia con la cual se fingía la toma de una prenda, demuestra que en determinado período histórico no se utilizaba la pignoris capio estricta, y que fue abolida por las leyes Iuliae, y no por parte del pretor que no podía anular derechos civiles. Por ello, aun admitiendo como en ciertas afirmaciones realizadas por Cicerón en las Verrinas sobre dicho proceso, debe entenderse que en esta época existía una figura similar a la pignoris capio⁶⁹⁸.

Algunas normas establecidas en la Compilación justiniana recogen determinadas medidas jurídicas y judiciales que podían interponerse contra los socii publicanorum: D. 39, 4, 4, pr. Paulus libro quinquagesimo secundo ad edictum. "Si publicanus, qui vi ademit, decesserit, Labeo ait in heredem eius, quo locupleitor factus sit, dandam actionem. De rebus quas in usus advehendas sibi mandant praesides, divus Hadrianus praesidibus scripsit, ut, quotiens quis in usus aut eorum, qui provinciis exercitibusve praesunt, aut procuratorum suorum usus sui causa mittet quendam empturum, significet libello manu sua subscripto eumque ad publicanum mittat, ut, si quid amplius quam mandatum est transferet, id munificum sit"⁶⁹⁹. Por lo tanto, según Paulo, se debe dar la acción contra el heredero del publicano que hubiese cometido delito de robo. Se establece asimismo, la necesidad de que los gobernadores declaren, por una nota escrita, todo aquello que manden comprar en su nombre para su uso persona, al tiempo que se le remita al publicano para que lo que exceda de dicha declaración esté sujeto al pago de tributos⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ Vid. De Martino, oo. Cit., p. 8. Por el contrario, en la época en la que el pretor incluía la expresión "publicanis" antes de la época de Labeón, la situación era diferente.

⁶⁹⁹ En general, todo el título cuarto del libro treinta y nueve se refiere a los publicanos a los tributos vectigales y confiscaciones. He seleccionado uno de los ejemplos a los que alude la doctrina con regularidad. Vid. Index Interpolationum ad hunc locum, la doctrina considera que se halla interpolado el párrafo de la parte inicial del texto que se halla entre las partículas "quo" y "sit": Dicha interpolación, sin embargo, no altera significativamente el contenido del fragmento, y de modo aún menos relevante el ejemplo que propone dicho texto. Sobre las interpolaciones, vid., también el trabajo de Blanch Nougues J. M., La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano, Madrid, 1997, p. 178.

⁷⁰⁰ Vid. Blanch Nougues, J.M., op. cit, p. 179. El autor afirma que los publicanos eran concesionarios del cobro de los impuestos y que si cometían robo, este hecho podía afectar al interés público, por lo tanto, podía suceder que a través del ejercicio de la acción penal se recuperase del heredero el producto de lo extorsionado por el publicano, teniendo en cuenta el carácter más que penal reparatorio de esta acción. Sin embargo, advierte el propio autor que no se trata más que de una hipótesis.

Así, atendiendo al ejemplo propuesto y siguiendo a De Martino⁷⁰¹, puede deducirse que si bien la desaparición absoluta de la *pignoris capio* no se produce totalmente hasta la época de Verre, no parece que esta figura tuviera vigencia hasta la época de Labeón, ni tampoco hasta la época en que el pretor recoge en su edicto de modo específico las medidas jurídicas que habrán de adoptarse contra los abusos de los *socii publicanii*. En cualquier caso, como advierte la doctrina, las lagunas existentes en los textos de Gayi permiten extraer pocas conclusiones exactas de este proceso⁷⁰²

Sin perjuicio de lo anterior, y sin perjuicio de la posición dominante económicamente de las *societas publicanorum*, debió de considerarse tan habitual la sujeción de los bienes de los deudores contribuyentes por los créditos en favor del fisco por impuestos y contratas, por lo que ni siquiera llegó a ser necesario explicitar la sujeción ante el funcionario imperial. Con ello, la prenda en favor del fisco se torna en prenda general y tácita. Aunque, Schulz⁷⁰³ consideraba que ya en la época clásica por razón de ciertos créditos fiscales existía un *pignus* legal general, esta situación claramente se va a recoger en la constitución Antonina del año 213 d. C. (C.8.14(15).1), donde extiende a todos los bienes de los censados la posibilidad de estar obligados a los tributos por vía de prenda, lo que explica que Hermógenes mantenga que *Fiscus semper habet ius pignoris*.⁷⁰⁴

En conclusión, el privilegio⁷⁰⁵ actúa en favor del fisco, siempre y cuando sea el propio fisco quien reclame sus derechos directamente⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ De Martino, op. cit. p. 8 y ss.

⁷⁰² Vid. Hubert y Lécivain, en Daremberg-Saglio, voz “Pignus”

⁷⁰³ Schulz, Derecho Romano Clásico, op. cit. p. 391

⁷⁰⁴ D.49.14.46.3.

⁷⁰⁵ En el supuesto de concurrencia de hipotecas con distintos tipos de privilegio, los juristas romanos (léase justinianos) hubieron de establecer una serie de reglas, con una clara preferencia por la hipoteca del fisco por créditos de carácter público, algo que ya venía siendo anunciado en la época clásica (Paul. D. 42,5,38,1; Ulp. D. 49,14,28, Ant. CI. 7,73, 2), y confirmado en la postclásica (PS. 5,12,10).

⁷⁰⁶ Véase, Robles Velasco; “La pluralidad hipotecaria y las hipotecas privilegiadas en Derecho Romano”, Madrid, 2001, p. 9 yss. Plantea este autor que la posición privilegiada del Fisco no impide la posibilidad de que tales derechos en favor del mismo Fisco puedan ser cedidos a un particular. En tales casos, el particular cesionario de tales derechos obtendría preferencia frente a los demás acreedores. Sobre esta materia, véase también Bernard Segarra, L., La pluralidad hipotecaria, excepción al principio de prioridad en Derecho Romano y en el Derecho Civil español (Madrid, Dykinson, 2011), Fernández de Buján, A. Derecho privado romano (5ª edición, Madrid, 2012), p. 516 y ss.

16.11.- GARANTÍAS PARA TUTELA DE LOS CONTRIBUYENTES FRENTE A LA SOCIETAS PUBLICANORUM.

¿Qué tipo de defensa podían ejercer los terceros particulares frente a las actuaciones ejecutivas realizadas por los publicanos? Si tenemos en cuenta el formalismo de caracterizaba al proceso de *pignoris capio*, no parece que el particular dispusiese de muchos medios jurídicos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el hecho de que, por regla general, cuando se retenía un determinado bien en prenda, su valor económico sobrepasaba con creces el de la cuantía de la deuda que debía pagarse, por lo que esta desproporción posibilitaría que se articularsen medios para que el particular pudiese responder a la acción de los *socii publicanii*⁷⁰⁷.

Algunas de las normas establecidas en la compilación justiniana recogen determinadas medidas jurídicas y judiciales que podían interponerse contra los publicanos⁷⁰⁸:

D. 39, 4, 4, pr.:” Paulus libro quinquagesimo secundo ad edictum. ‘Si publicanus, qui vi ademit, decesserit, Labeo ait in heredem eius, quo locupletior factus sit, dandam actionem. De rebus quas in usus advehendas sibi mandant praesides, divus Hadrianus praesidibus scripsit, ut, quotiens quis in usus aut eorum, qui provinciis exercitibusve praesunt, aut procuratorum suorum usus sui causa mittet quendam empturum, significet libello manu sua suscripto eumque ad publicanum mittat, ut, si quid amplius quam mandatum est transferet, id munificum sit’⁷⁰⁹.

Por otra parte, si bien es cierto que los terceros contaban con algunos medios de protección a su favor, no lo es menos que, tal como queda reflejado en las instituciones

⁷⁰⁷ De Martino, “Storia dei publicani...op. cit.. pp. 11 y ss.

⁷⁰⁸ Podemos encontrar criterios orientadores que no ayudarían a perfilar la responsabilidad del publicano, al menos partiendo de unos presupuestos de analogía, la obra de Mentxaka, R., .50,1,36,1 (MOD.,RESp.1) y la responsabilidad de los magistrados municipales en los préstamos de dinero público. Seminarios complutenses de derecho romano. Revista de derecho romano y tradición romanística, nº 28, Madrid, 2015. P 689-711.

⁷⁰⁹ Todo el título IV del libro XXXIX, se refiere a los publicanos a los tributos vectigales y confiscaciones. Véase, además, Index Interpolationum ad hunc locum, la doctrina considera que se halla interpolado el párrafo inicial del texto que se encuentra entre las partículas “quo” y “sit”. Dicha interpolación, sin embargo, no altera significativamente el contenido del fragmento, y de modo aún menos relevante el ejemplo que propone con dicho texto. Sobre las interpelaciones, véase también el interesante análisis realizado por Blanch Nougés, J.M., La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano. Madrid, 1997, p. 178.

gayanas y en el Digesto⁷¹⁰, el publicano hallaba la legitimación de su poder coercitivo de modo habitual en la *lex censoria*⁷¹¹.

Al contribuyente, en ocasiones, se le exigía injustamente el pago de determinados tributos para, en un momento posterior, proceder al embargo de algunos de sus bienes. En estos casos, para De Martino, cabía la posibilidad de que el ciudadano exigiera ante el censor o bien ante un magistrado *cum imperium*, la reparación de los daños producidos por los actos irregulares de los *socii publicanii*. Que existiese una cierta *cognitio* del censor, o una determinada actuación por parte del magistrado de naturaleza administrativa, parece asimismo posible, pero debe tenerse en cuenta que en una época temprana las actuaciones de los publicanos en este sentido no eran excesivas y, por tanto, la realización de embargos ilegítimos se hubiera difundido con rapidez.⁷¹²

La hipótesis que se acaba de proponer dejaría de tener vigencia desde el momento en que el proceso de la *pignoris capio* se sustituyese por el ejercicio de una *actio* con fórmula ficticia, dado que el contribuyente tendría en esos momentos la posibilidad de ejercer una *exceptio* que permitiese su defensa de modo que podría recuperar el dinero que previamente hubiese pagado⁷¹³

De modo muy distinto, se desarrolla la experiencia jurídica en época de Cicerón en Sicilia, con los denominados *decumani*⁷¹⁴, los cuales cometían numerosos abusos sin que el contribuyente pudiese reaccionar en la mayor parte de las ocasiones⁷¹⁵.

⁷¹⁰ D. 39,4,1-16. A través del título cuarto, se explican quienes eran los sujetos que podían denominarse publicanos, sus funciones específicas, así como las medidas legales que los contribuyentes podían emprender contra las *societates publicanorum*. Véase también, el estudio de Halgan, *Essai sur l'Administration des provinces senatoriales sous l'Empire Romain*. París, 1988, p. 328 y ss.

⁷¹¹ Más exactamente en G.4,28.

⁷¹² De Martino, “*Storia dei publicani*, op. cit., p. 11 y ss. Por estos motivos, afirma el autor, que para los publicanos era conveniente realizar todas y cada una de las formalidades de cualquier tipo de prenda o embargo. Aún en ausencia del contribuyente interesaba a los recaudadores pronunciar las palabras solemnes, así como interesaba también la presencia de testigos en el momento en el que se pretendía tomar un bien por la deuda debida.

⁷¹³ Si se pretende sostener que una vez que desaparece la *pignoris capio*, en realidad existe un proceso formulario, habría que afirmar también, que no era necesaria la presencia del deudor contribuyente, ni tampoco sería necesaria la *litis contestatio* lo que no parece posible dado que Gayo habla de una *condemnatio*. El juez debía aceptar la *pignoris capio* y el contribuyente debía pagar el precio de la prenda, y ello no parece que deba darse en un proceso formulario.

⁷¹⁴ Véase Nicolet, *L'ordre équestre a L'Époque républicaine* (312 av. JC), vol.I, p. 22 y ss; Belot, *Histoire de Chevaliers romains. Considérée des rapports avec cell des différents constitutions de Rome*. París, 1973,

En los regímenes habituales, el publicano se mostraba como un *petitor ac pignerator*. En Sicilia, sin embargo, nos hallamos ante un *ereptor ac possessor*. Entendemos que Cicerón no hubiera reflejado dicha diversidad en sus discursos siendo ésta incierta o no produciéndose con cierta regularidad. Por ello cabe cuestionarse el motivo de la existencia de aquella disparidad en diferentes territorios del Imperio Romano. Para De Martino, la expresión *petitor ac pignerator* ha de significar forzosamente que en primer lugar existía una *petitio* y con posterioridad una *pigneratio*. Por tanto, en realidad existía un procedimiento declarativo, que se realizaba después de una toma de prenda. Para el autor, las expresiones que siguen en el texto a dichos vocablos confirman esta idea⁷¹⁶.

p. 164. Conviene referirse, siquiera brevemente a la existencia en el ámbito de algunas *Societates Publicanorum* de una categoría de socios cuyas actuaciones eran jurídicamente singulares. De modo general, el término “*decumane*” se refiere al impuesto en especie que debe ser pagado por determinados poseedores del *Ager Publicus*, o bien por los detentadores de ciertos bienes de carácter privado, pero ubicados en las provincias. En ocasiones, la recaudación de dichos impuestos fue cedida a las *societates publicanorum*, que recibían el diezmo a través de las condiciones establecidas en la *lex censoria*. Los publicanos adelantaban grandes sumas de dinero a los órganos estatales, aprovechando, en ocasiones, las circunstancias políticas y la lejanía de estas ciudades para cometer abusos y para especular (...) con los intercambios monetarios enriqueciéndose de modo excesivo en un tiempo relativamente corto (Varro, *Lingua Latina*, 6, 11). Véase también, Ledru, *Des publicains et des sociétés vectigalium*, París, 1876, p. 46 y ss. En otras ocasiones, sin embargo, la percepción de los diezmos se cedía a *decumani*; y de ahí su designación. Por lo tanto, y en un sentido general, hemos de considerar a los *decumani* como los recaudadores de estos dos tipos específicos de impuestos (véase, Cic. *Verr.* 2,3,64,144; 2,3,61,144). Véase Badián, *Publicans and sinners. Private Enterprise in the service of the Roman Republic*, Londres, 1983. En nuestro caso, sin embargo, el significado de “*decumani*” varía de modo sustancial, ya que eran dentro de la compleja estructura de las *Societates Publicanorum*, personajes influyentes a los que se les reservaba la toma de acuerdos y decisiones de mayor trascendencia y relevancia. Eran los *decumani*, miembros específicos y socios publicanos escogidos de lo más alto del orden equestre. Así lo informa Cicerón, (véase, entre otros, Cic. *Verr.* 2,2,72,176; 2,2,71,173-174; 2, 3, 71,166) del modo en que el *magister* reunía a los *decumani* para adoptar acuerdos secretos que influirían de modo decisivo en el funcionamiento interno y externo de la sociedad y cuyas pautas habrían de ser obedecidas por el *magister*. Los decretos emanados de las reuniones y asambleas en las que intervenían los *decumani* obligaban al conjunto de los socios que no participaban en la adopción de dichas decisiones. El número de *decumani* resultaba variable en relación con el tamaño y la complejidad de la sociedad en concreto. (Véase Chiaro, *Le contrat de société en Droit Romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*. París, 1928, p. 80.

⁷¹⁵ Cic, *Verr.*, 3,27

⁷¹⁶ De Martino, op. cit. pp. 14 y ss. La parte del texto que continúa dice así: ... *utrum est aequius decumanum petere an oratorem repetere? Iudicium integra re an perdita fieri? Eum qui manuquaesierit an eum qui digito sit licitus possidere?*

Contra la tesis argumentada puede aducirse el hecho de que no existía en los procesos civiles ningún tipo de acción declarativa que persiguiese no una condena pecuniaria, sino una autorización para conseguir una toma de prenda como medio de obligar al contribuyente deudor a pagar la deuda pendiente. Para que esta segunda argumentación no carezca de sentido, sólo es posible aceptar la existencia de dos medios judiciales en este contexto. En primer lugar, la posibilidad del ejercicio de una acción directa para la obtención del pago del débito pendiente⁷¹⁷. En segundo lugar, habría que aceptar el desarrollo de una *pignoris capio*, que derivaría posteriormente a una *actio ficticia*⁷¹⁸.

Por otra parte, debe insistirse en la idea de que el procedimiento que se seguía contra el ciudadano tendría en estos casos, la cualidad jurídica de privado. Diferente de esta cuestión es que la consideración de la relación jurídica entre publicano y contribuyente deba entenderse como de carácter público. Sin embargo, el procedimiento que afecta a ambas partes mantiene la condición de privado. A este respecto, admite la doctrina que una vez que los poderes públicos comienzan a sentir la necesidad de cubrir algunas lagunas jurídicas, pueden optar entre dos soluciones; bien crear *ex novo* algunas respuestas legales a las cuestiones planteadas o bien usar, las instituciones jurídicas ya existentes y tratar de adaptarlas a sistemas semipúblicos y administrativos. El sistema jurídico romano prefiere optar en la mayoría de las ocasiones por instituciones jurídicas de carácter privado y adecuarlas a las relaciones establecidas entre particulares y órganos públicos y estatales, antes de elegir o crear *ex novo*, sistemas administrativos⁷¹⁹.

Las especiales connotaciones privatísticas de los medios procesales se derivan, en la mayor parte de los supuestos, del hecho de que en dichos procesos el magistrado competente para conocer de dichos asuntos, en la fase *in iure*, posee unos poderes más amplios que en los procesos de naturaleza privada. Tal es el caso, por ejemplo, del *iudicium recuperatores*, mencionado con anterioridad, dado que la peculiaridad de dicho proceso radicaba no tanto en la existencia un colegio formado por jueces, como en los amplios poderes de dirección del magistrado. Parece, por tanto, que procedimientos y

⁷¹⁷ Si bien de este medio procesal no existe constatación directa en las fuentes, no parece que sea una idea inverosímil si se tiene en cuenta que en el año III se preveía un procedimiento que no se limitaba a casos particulares, sino que se extendía su ámbito de aplicación a la mayor parte de los supuestos en los que existían controversias entre los publicanos y las deudas pendientes de los particulares.

⁷¹⁸ De Martino, *op. cit.* p.14 y ss.

⁷¹⁹ Véase, Pugliese, *Figure processuali ai confini tra "iudicia privata"* en Studi Solazzi, Nápoles, 1948, p. 391 y ss.

acciones de este tipo resultaban mucho más eficaces en el momento de cobrar los tributos pendientes que la institución de la *pignoris capio*, con la que, aparte de la toma de prenda por parte de los publicanos al particular, poco más se conseguiría como resultado final dado que no era posible la ejecución de la deuda pendiente sobre la cosa misma⁷²⁰.

Para concluir esta cuestión, volvemos a insistir en que. Respecto de los particulares frente a las *societas publicanorum*, como medio de defensa, para contrarrestar sus pretensiones, éstos pudieron optar, entre otras posibilidades, por requerir cierta *cognitio* del censor o de un magistrado *cum imperium* para defender sus intereses.

17.- DIVERSOS PRESUPUESTOS PARA ARTICULAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS INVERSORES FINANCIEROS EN ROMA UNIDOS POR UN VÍNCULO SOCIETARIO.

17.1.- CONFIGURACIÓN SUBJETIVA DE SUS REDES DE COMUNICACIÓN: VESTIGIOS DE SU ORIGEN FAMILIAR.

DE LA FAMILIA A LA *NEGOTIATIO*.

A finales de la República, e incluso comienzos del Imperio, la mayoría de los negocios financieros, con frecuencia separados de la actividad puramente comercial, no comportaban gran número de socios⁷²¹, aun cuando tuvieran por objeto considerables cantidades de dinero.

Respecto negocios de esta índole, debemos tener en cuenta como premisa la distinción siguiente: En el caso en el que los socios son financiera y socialmente desiguales, de suerte que uno de ellos sea *comanditario*, mientras que los otros, aportando trabajo e industria, aseguran la gestión de la empresa de tal modo constituida. En los ejemplos disponibles, se constata la postura más frecuente: o que los socios socialmente inferiores son los *libertos*⁷²² (sería más insólito que fueran esclavos); o bien que fueran los

⁷²⁰ De Martino, op. cit. p. 15 y ss. A dicho razonamiento expuesto, añade el autor, que quizás Cicerón no habla de este tipo de procedimiento porque no existía al tiempo de Verres, o bien porque no se producían en Sicilia. Para el autor, la *pignoris capio* en los discursos del orador, no se refiere al *pignerator*. Podría ser un acto de posesión provisional sin la forma de *legis actio*

⁷²¹ En contraste con las *societas publicanorum*.

⁷²² Gayo dice: “*Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt.*”

ingenuos⁷²³ que no llevaran el mismo apellido o elemento patronímico alguno coincidente con el socio principal. En tal supuesto, sería extraño que llevaran el mismo apellido o que fueran parientes. Es evidente que tal circunstancia repercute directa o indirectamente en la determinación y efectividad de las responsabilidades generadas en el seno de las mismas.

Pero, por otra parte, tomemos en cuenta tres o cuatro ejemplos de sociedades financieras aristocráticas. Hagamos alusión al supuesto de Crassus, a quien Cicerón se dirige en la Sexta Paradoja de los Estoicos⁷²⁴. Revisando todas las actividades a las que se consagraba para enriquecerse, Cicerón le reprocha el que se haya asociado cum servis, cum libertis, cum clientibus y les envíe para hacer pillaje en las provincias y arruinarlas por medio de usura (dimisiones libertorum ad deferendas diripiendasque provincias)⁷²⁵. En la medida en que llevaba a cabo importantes negocios financieros llevado por su ambición— pudiéndose calificar como “quaestuosus”—, no parecía que Craso mantuviera ninguna relación estrecha de índole financiera con sus parientes, a menos que algunos de ellos formase parte de su clientela. Incluso siendo efectivamente así, resulta

⁷²³ Ingenuo es la persona que nunca ha estado sometida a esclavitud. La calidad de ingenio se adquiere por el nacimiento y en el patrimonio el hijo sigue la condición jurídica del padre, fuera del matrimonio, la de la madre.

En referencia a los mismos, afirma Horacio: "Liber et ingenuus, praesertim census equestrem"

⁷²⁴ La VI paradoja («Que sólo el sabio es rico») está dirigida contra M. Licinio Craso, triunviro y el hombre más rico de su tiempo de lo que se gloriaba. Como en la anterior paradoja mueve su reflexión Marco Tulio en un doble plano: el de «la riqueza de ánimo» versus «riqueza de propiedades». Conviene que te juzgue rico tu ánimo, no el decir de los hombres, ni tus posesiones. ¿Estás saciado y aun contento de dinero?, concedo, eres rico; pero si por la avidez de dinero ningún negocio reputas vergonzoso cuando en ese orden puede, ciertamente, haber alguno no honesto; si todos los días defraudas, engañas, pides, pactas, quitas, robas; si despojas a tus socios; hurtas al Erario; si esperas los testamentos de los amigos, o no los aguardas, ciertamente, pero los supones, ¿son estas señales de abundante o de necesitado? El ánimo, no el arca del hombre, suele ser llamado rico; aunque ella esté llena, mientras te veas vacío, no te reputaré rico»

⁷²⁵ Cic., Par., 6, 46. I. Shatzman, 1975, p. 38 y 377, insiste en el carácter político de los préstamos a Craso y nota que en tales casos, no exigía intereses. Se comprende que Craso no recibía intereses cuando tenía en cuenta el contravalor político que tenía el préstamo que había efectuado; por tanto, los intereses eran puramente políticos. Pero las operaciones a la que Cicerón hacía alusión, y que Craso llevaba a cabo por intermediación de sus dependientes, en calidad de comanditario, tenía como objetivo la obtención de un lucro; cuando se trataba de préstamos, efectivamente llevaban aparejados intereses, del mismo modo que el préstamo de Brutus a los Salamitas de Chipre.

interesante comprobar cómo Cicerón los toma en consideración por su condición de clientes y no de parientes.

Otro ejemplo al que podríamos aludir sería el de C. Curtius Mithres, un liberto de C. Rabirius Postumus; dedicado a negocios financieros, que Cicerón recomienda a P. Servilius Isauricus, procónsul de Asia en 46-44⁷²⁶.

En época de Cicerón, no era infrecuente que Senadores, caballeros y otros notables italianos prestaran dinero fuera del territorio de Italia, y lo hacían con la colaboración e intermediación de hombres de negocios establecidos en provincias. Entre ellos solía existir un contrato de sociedad o de otra índole similar; pero cualquiera que fuera el nomen de la relación jurídica constituida y las modalidades técnicas de su establecimiento, desde el punto de vista causal, se atribuía al otorgante del préstamo y al intermediario la facultad de obtener un beneficio en la operación.

Caius Verres confía una cantidad de dinero a un tal Publius Tadius, establecido en Atenas; en este caso, probablemente existe una relación de parentesco por parte materna, pues la madre de Verres se llamaba Tadia⁷²⁷. Sin embargo, del resto de la documentación disponible no resulta, salvo error, relación alguna de parentesco.

En Italia, incluso, existían intermediarios de crédito que actuaban por cuenta de Senadores y patricios que prestaban dinero a interés; entre ellos existía—aunque no necesariamente siempre— una marcada diferencia de clase social. Y si el intermediario proporcionaba beneficios al Senador, éste, por su parte, ayudaba al financiero por medio de su influencia y sus recomendaciones: He ahí una curiosa definición descriptiva de una sociedad tácita de intermediación financiera bastante asentada, con toda certeza, en la praxis romana.

Cicerón y Pompeyo prestan dinero por intermediación de Cluvius de Pouzzoles, Atticus por medio de Caius Vestorius, Quintus Cicerón por medio de Lucius Egnatius Rufus y Caius Rabirius Postumus coloca dinero de diversos amigos suyos. La referencia a todos estos nombres, sobre todo la alusión a Cicerón, resulta lo suficientemente clara como para poder descartar toda relación de parentesco o de estrecha alianza entre estos

⁷²⁶ Cic. ad Fam., 13, 69.

⁷²⁷ Cic. Verr., 1, 100. Un ejemplo de sociedad de reducidas dimensiones con vocación agrícola y comercial, sería aquella que aparece recogida en la obra Pro Quinctio; Sex. Naevius se casa con una prima hermanada su socio C. Quinctius; por lo tanto, se convierte en su “adfinis”. (Véase en particular, 4, 16).

sujetos⁷²⁸, posiblemente componentes de una relación contractual surgida por razón de una sociedad de intermediación financiera.

Veamos un segundo enfoque casuístico: Consideremos el supuesto en el que todos los socios o accionistas son, de manera general, iguales, socialmente hablando. Las relaciones de parentesco paterno, ciertas o probables, son más numerosas que en las hipótesis que veíamos en el enfoque anterior. Veamos el ejemplo de dos caballeros Cius et Marcus Fufius, que prestaron dinero a Heraclido de Temnos, y que eran hermanos. Es preciso hacer alusión a aquéllos que llevan el mismo nombre gentilicio, por lo que deben ser próximos agnados (hermanos, o bien padre e hijo, es decir, miembros de la misma familia): Los dos Curtii Postumii, Quintus et Cnaeus⁷²⁹; los dos Calpurnii de Pouzzoles, L.j. Capitolinus y C. Calpurnius L.f. [...], quien en época augusta prestaba muy probablemente dinero a los comerciantes, o concluía con ellos contratos de sociedad, verdaderos antecedentes de las sociedades en comandita⁷³⁰. Citemos además a los Salustios, a los cuales hizo Cicerón rápidas alusiones, pero que no debían ser forzosamente financieros muy especializados: En el año 58, cuando Cicerón parte para el exilio, Cnaesu Sallustius le acompañó de Roma a Brindes; en el año 47, mientras Cicerón esperaba que César le concediera el perdón, le entrega dinero; este dinero fue reembolsado poco después por Atticus a Publius Sallustius, quien se encontraba en Roma; no se trataba, por tanto, de un préstamo⁷³¹. Respecto a los que no llevan el mismo gentilicio, no obstante, puede existir entre ellos parentesco por línea materna o bien ser afines. De otra parte, teniendo en cuenta que no hay un gran número de sujetos con el mismo gentilicio (y que no necesariamente eran todos parientes entre sí), cabe sacar la conclusión de que dichas relaciones de negocios se entablan con bastante frecuencia entre

⁷²⁸ Quintus Caecilius, tío de Atticus y gran fenerator, era también un intermediario de crédito, y en particular, había colocado dinero de Lucullus, gracias al cual se había convertido en caballero, según Valerio-Máximo (7, 8, 5). Así se explica que en el año 65 a. JC., Caecilius se convierta en acreedor de P. Varius, a mismo tiempo que Lucullus que Escipión Nasica (el futuro cónsul en el año 52 a. JC.) y de un tal L. Pontius (ad Att.

⁷²⁹ Cic., ad Att., 7, 13, 5; 7, 13^a, 1 ; 8, 7, 3; 10, 4, 12; 10, 7, 3. Y Cic., 2 Verr. 1, 102.

⁷³⁰ CIL X, 1613 y 1797.

⁷³¹ Cic., ad Att., 1, 3, 3; 1, 11, 1; 11, 11, 17, 1; 11, 20, 2; ad Fam., 14, 4, 6 y 14, 11; ad Quintum fr., 3, 4, 2-3 y 3, 5, 1; De Divn. 1, 28, 59. Los Sallustii, algunas veces, han sido considerados como argentarii, si bien sin suficiente justificación.

sujetos que ni son parientes ni afines. En cualquier caso, no es muy frecuente que se desenvuelvan entre agnados⁷³².

En cuanto a los banqueros⁷³³, cambistas y cajeros profesionales o habituales, no alcanzan el rango ni de aristócratas, Senadores, o caballeros; durante los últimos decenios de la República y en el premier siglo del Imperio, en Italia, eran casi todos libertos. Podían constituir pequeñas sociedades, de las cuales tratan fragmentos diversos que figuran en el Digesto⁷³⁴; pero, en ninguno de dichos casos, conservamos los nombres de los socios de dichas sociedades. En todo caso, la responsabilidad societaria generada en el seno de las mismas como reacción al incumplimiento de cualquiera de las partes, no presentaría particularidad alguna en cuanto al alcance y a las características propias de la responsabilidad contractual.

No debe pasarse por alto que de la totalidad de las actividades financieras, sólo una parte está en manos de los banqueros, además de que éstos se ocupan también de mutuos sobre géneros y de actividades comerciales sobre objetos no fungibles, de conformidad con los testimonios con los que se cuenta.

Asimismo, la actividad financiera - y por ende la de las sociedades financieras o *argentarium*, en Roma no se encuentra ligada por fuerza a un patrimonio inmobiliario ni tampoco a tradiciones ancestrales; a veces resulta del azar de las circunstancias⁷³⁵ y otras veces de la iniciativa particular.

En relación a la clientela bancaria, un solo caso resulta un poco conocido: el de L. Caecilius Jucundus en Pompeya. A lo largo del año 50 d. JC., los Caecilii no desempeñaban ningún papel relevante en la actividad que se refleja en las tablillas descubiertas en 1875. Cada vez que recibe en las subastas un recibo o justificante de

⁷³² Al estudiar los patrimonios sucesorios en Pro Cluentio, se observa el debilitamiento del grupo familiar unilineal, la gens. En materia sucesoria, este progresivo atenuamiento tiene lugar en beneficio del conjunto de parientes y afines. En cualquier caso, tratándose del desarrollo de la actividad financiera, siempre hay que tener en cuenta la presencia como sujetos activos de personas unidas por relación de amistad y no de parentesco alguno.

⁷³³ *Argentarius*, *nummularius*, *coactor argentarius*, *mensarius*, *mensularius*, *trapezita*, se utilizan para designar a los banqueros aparecidos en Roma hacia finales del siglo IV a. JC. *Nummularius* y *coactor argentarius* son utilizados con frecuencia desde finales de la República, y en puridad se refieren a las nuevas profesiones bancarias, respectivamente: cambistas y ensayadores de monedas, e intermediarios en subastas.

⁷³⁴ Dig. 2, 14, 15 pr. (Paulo); 2, 14, 27 pr. (Paulo); 4, 8, 34 (Paulo); 17, 2, 52, 5 (Ulpiano); y 2, 14, 9 pr. (Paulo); Vvéase también Rhet. Her., 2, 13, 19.

⁷³⁵ Cic. 2 Verr., 1, 90-91.

pago, Jucundus requiere la presencia de testigos, cuyos nombres figuran en el documento. Los nombres de muchos testigos aparecen en las tablillas disponibles, y ninguno de los mismos pertenecía al mismo linaje que Caecilius. Ningún Caecilius es testigo en los recibos y documentación de los archivos municipales. Sucede que en lugar de Jucundus, se lee otro nombre; los que pagan, cuyos nombres sustituyen al de Jucundus se llaman P. Terentius Primus y M. Fabius Agathinus, que no son Caecilii. En otros documentos que recogen titulares de cuentas de depósito en el banco de Jucundus, no se recogen los nombres ni de Caecilius ni de Caecilia.

De todo lo anterior se deduce, que en lo concerniente a la actividad bancaria y financiera, los lazos de parentesco no constituyen su columna vertebral, no se imponen de manera absoluta como estructuras institucionales, alejándose de los perfiles característicos de las incipientes sociedades familiares, y por supuesto del consorcium familiae, auténtico modelo o referencia para diseñar fórmulas jurídicas de colaboración para el desarrollo de una actividad económica, como ya hemos tratado en otro momento. Por el contrario, en el siglo I a. JC. Y en el siglo I d. JC., el funcionamiento de las actividades comerciales y económicas en general, contaba con la participación de esclavos y libertos. Así se revela en el texto de Ulpiano, 28 ad ed⁷³⁶: "cuiumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur... Sed et si in mensa habuit quis servum praepositum, nomine eius tenebitur" (Así, el nombrado para encargarse de un negocio de cualquier tipo, se llamará propiamente factor... Pero si alguno puso a algún esclavo al frente de un banco se obligará en razón de él).

Todo ello obedece al propósito de reforzar una negotiatio, más allá del entorno familiar; es decir, una actividad que presupone una organización con ánimo de lucro.

17.2.- UN PASO MÁS ALLÁ: SUCESIÓN EN LA ACTIVIDAD FINANCIERA: SU IMPACTO SOBRE LA CONTINUIDAD Y SEGURIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

Dos reglas generales parecen explicar las observaciones fragmentarias que se contienen en la documentación disponible.

⁷³⁶ D. 14, 3, 5, pr. y 3.

La primera es que, por una parte, los romanos tienden a heredar, a continuar mortis causa una actividad con más facilidad, cuanto mayor sea su acoplamiento o conformidad a las normas de la vida aristocrática, —es decir, más fácilmente, cuanto entrañe mayor patrimonio inmobiliario, más rango, más dignidad. Fruto de su mantenimiento y refuerzo, generalmente por vía hereditaria, estos grupos familiares aristócratas, reciben la denominación de “casas⁷³⁷”; concepto que va más allá de los lazos de parentesco strictu sensu.

Por otra parte, no concurriendo tales perfiles aristocráticos, dado que la actividad financiera exige una cierta riqueza y liquidez (capacidad de asumir responsabilidades), no dependiendo casi de la existencia o ausencia de patrimonio inmobiliario, y además puede someter a desgaste el rango y a la dignidad, resulta que dicha actividad es mucho menos transmisible mortis causa que la agricultura, la explotación de canteras, o de minas, la fabricación de tejas y demás material de construcción, etc...

De acuerdo con la segunda regla, tenemos: Los oficios y profesiones, y las actividades que permiten la ascensión social de quienes las ponen en práctica, en seguida se abandonan si no encajan con el rango del grupo social en que el heredero desea integrarse; o en cambio, si los herederos persisten en tales actividades, éstas se convierten en otra más de sus fuentes de ingresos.

En virtud de esta segunda regla, el hecho de que el bisabuelo de un Senador haya sido comerciante, no prueba en modo alguno la vocación comercial de la aristocracia romana; sino que, por el contrario, constituye la prueba de que el comercio permitía el enriquecimiento y la ascensión social. E incluso demuestra que los descendientes de los comerciantes, si deseaban integrarse en la aristocracia, debían dejar de serlo ellos mismos, o simplemente limitarse a tener intereses en el comercio⁷³⁸.

Asimismo, esta segunda regla explica que las profesiones de banquero, cambista o cajero, según la documentación disponible, generalmente sean transmitidas a los libertos y prácticamente nunca a los hijos o herederos. Ni M. Fulcinius, ni el padre de Horacio, ni

⁷³⁷ Lévi-Strauss, 1983, p. 1224-1225, la define diciendo que la casa, concepto distinto del de familia, de modo alguno coincide con la línea agnaticia... y más bien consiste en la herencia material y espiritual que comprende la dignidad, los orígenes, el parentesco, los nombres y los símbolos, la posición, el poder y la riqueza.

⁷³⁸ J. Andreau, “Modernité économique et statut des manieurs d’argent”, 1985 MEFRA, 97 p. 393-410, trata en esta obra sobre el enriquecimiento, ascensión social y sobre las representaciones a que daban lugar el desempeño de tales actividades financieras por los ascendientes en el contexto social romano.

Titus Flavius Petro (abuelo de Vespasiano) no transmitieron a sus hijos la profesión de *argentarius*, de coactor o de coactor *argentarius*; no obstante, ni el hijo de: Fulcinius, ni el de Petro, ni Titus Flavius Sabinus, se convirtieron en caballeros⁷³⁹. Titus Flavius Sabinus desempeñó actividades financieras al igual que su padre; si bien, no fue banquero de profesión; fue publicano en Asia y concedió préstamos a interés en Helvetia. Tal cambio de actividad era signo de ascenso financiero y social⁷⁴⁰. Respecto a Pedro y su nieto Vespasiano, cabe decir que los Flavii conservaban el gusto por el dinero y la actividad financiera, y se dice que, convertido en Emperador Vespasiano, “se consagró abiertamente a la práctica de especulaciones deshonorosas, incluso para un simple particular⁷⁴¹; si bien, de generación en generación, a medida que se producía su ascensión social, este tipo de actividad financiera cobra perfiles y formas diferentes. En otros supuestos, por ejemplo, en el caso de Horacio, el gusto financiero en sí no se transmite.

Los dos cajeros, Tiberius Claudius Secundus y Tiberius Claudius Secundus Phillipianus, recogidos en las inscripciones, no transmiten su negocio y explotación a sus hijos.

Diversos fragmentos de Q. Cervidius Scaevola, de Paulo y de Ulpiano figuran en el Digesto ponen de manifiesto que el heredero de un *argentarius* no practica la profesión del de cuius, y presentan⁷⁴² dicha eventualidad como algo habitual, que no creaba dificultades particulares.

Por otra parte, ciertas inscripciones suponen que el negocio de banquero se haya transmitido por el patrón a su liberto, y el liberto Tiberius Claudius Priscus Secundianus, según se acredita en una inscripción funeraria, sucedió sin duda alguna sucedió, como cobrador y cajero a unos de los dos cobradores homónimos allí nombrados⁷⁴³. Surgen los interrogantes siguientes: El viejo banquero, ¿vendía el establecimiento a su sucesor, en el caso que fuera propietario del mismo? ¿Se lo legaba? El sucesor en el negocio, ¿devenía arrendatario del heredero? ¿Se configuraba entre sucesor de negocio y heredero una

⁷³⁹ Hor., Sat., 1, 6, 86; Cic. pro Caec., 4, 10-11; Suet., Vesp. 1, 2.

⁷⁴⁰ Suet., Vesp., 1, 2.

⁷⁴¹ Suet. Vesp., 16, 2: *negotiationes quoque vel privato pudendas propalam exercuit...*

⁷⁴² Dig., 2, 13, 6 (Ulpiano); 2, 13, 9, 1 (Paulo); 14, 3, 20 (Scaevola); 40, 7, 40, 8 (Scaevola). Este último fragmento no parece muy significativo: el banquero pide a sus esclavos, para después de su muerte, que cobren los créditos que aún estaban impagados, a fin de entregar las cuentas a sus herederos. Esta petición se explica posiblemente por la razón de que los herederos no retomaban la profesión del difunto.

⁷⁴³ CIL. VI, 9187.

sociedad tácita? Ante estos planteamientos, las respuestas pueden ser múltiples, las cuales dependerán del contenido del título por el que haya sido designado el sucesor correspondiente. De todos modos, una muestra particular de un título de designación nos la ofrece Papiniano (8 resp.) al referirse a “*Mensae negotium ex causa fideicomiso...* (la negociación de un banco, aceptada por causa de fideicomiso⁷⁴⁴...). En tal supuesto, el fideicomisario, por la naturaleza de su llamamiento y como continuador de las relaciones jurídicas de su causante, estaría sujeto a las mismas obligaciones del primer causante; debiendo soportar y hacer frente a las responsabilidades pendientes de hacerse efectivas. En todo caso, cualquiera que fuere la forma en la que se estructure la sucesión en la actividad financiera, e incluso en el caso de su desaparición con ocasión del fallecimiento del primer titular y falta de continuidad del negocio post mortem, sobre los sucesores en el negocio, o bien sobre los herederos del causante (no involucrados en el negocio), en su caso, pesa la obligación de exhibición de las cuentas llevadas por el causante, siendo personalmente responsables de ello⁷⁴⁵.

Esta práctica (muy extendida, según parece) de poner en manos mortis causa el negocio del causante en manos de su liberto, y de no transmitir el negocio al hijo, no se limita a los casos de banqueros y cajeros; asimismo se constata en gran número de oficios y profesiones urbanas de artesanía y comercio, que llegaron a ser desempeñadas con harta frecuencia por libertos.

En cuanto a los supuestos de financieros de la aristocracia o próximos a la aristocracia, nos encontramos, *mutatis mutandis*, ante una situación un poco análoga. Algunas veces, el negocio (como actividad) se transmite al hijo; sin embargo, no existe indicio alguno de su transmisión a las generaciones siguientes. El préstamo de dinero u otras actividades financieras, si se continúan, lo es a una escala reducida, a título de una fuente de ingresos secundaria, y no como una auténtica especialidad.

De todo lo expuesto podemos concluir que los vínculos de parentesco, en materia financiera (y también económica, en su sentido más amplio), no son más estrechos que los lazos de otra índole como de amistad, de relaciones sociales y políticas; incluso si se trata de parientes muy próximos. Sin perjuicio de lo anterior, las relaciones financieras, no siempre instrumentadas a través de contratos de sociedad, se desenvuelven preferentemente en un entorno donde concurren amigos, parientes y afines, y en otro

⁷⁴⁴ D.31, 77, 16.

⁷⁴⁵ Ulpiano 4 ad ed. Dig. 2, 13, 6, 1.

orden de cosas de afines y esclavos, considerados como prolongación del dominus negotii en sí.

En cualquier caso, en esta época, totalmente desligada del origen familiar de las comunidades, curiosamente el parentesco no domina las relaciones económico-financieras⁷⁴⁶ ni modela las estructuras de las actividades comerciales, ni prima en cualesquiera otras especies distintas de relaciones; sino que la práctica financiera, para hacer frente a las necesidades económicas de una sociedad cada vez más compleja, necesita unir esfuerzos más allá del estricto ámbito familiar. Inevitablemente, la respuesta jurídica exigida por tal orden de cosas, impone una flexibilización que lleve a la búsqueda de fórmulas diversas que permitan la canalización de los esfuerzos colectivos en aras de un fin común⁷⁴⁷, estableciéndose así el caldo de cultivo en el que prolifera la *societas argentariorum*⁷⁴⁸: En la práctica va más allá de ser una figura contractual; más aún, opera como guía de enlace o punto de encrucijada de otros contratos habituales en la práctica económica y comercial como la compraventa, el arrendamiento, mandato, depósito, etcétera.

18.- RELACIONES INTERNAS⁷⁴⁹ DE LOS SUJETOS FINANCIEROS UNIDOS EN SOCIETAS ARGENTARIORUM.

Como vemos son las necesidades prácticas las que impulsan la celebración de contratos de sociedad como instrumento por el que se encauce la llevanza de la actividad financiera: así se forja la *societas argentariorum*⁷⁵⁰ como punto de inflexión para la expansión, en volumen y complejidad de las operaciones bancarias, partiendo de la base de un contrato entre banqueros celebrado con la finalidad de gestionar actividades

⁷⁴⁶ Rostovzeff: "Historia social y económica del Imperio Romano", Madrid, 1962, p. 21 y ss, con abundante bibliografía sobre la banca y el comercio en el siglo I a. JC. Véase también, Konvaliov: "Historia de Roma", Madrid, 1979, p. 367-370-

⁷⁴⁷ Arangio-Ruiz: *La Societá*, op. cit. p. 82 y ss.

⁷⁴⁸ Véase, García Garrido "Societas Argentarii", en *Studi in onere di Biscardi*.

⁷⁴⁹ Véase sobre relaciones internas societarias: Serrao: "sulla rilevanza esterna del rapporto di societá in diritto romano, en *Studi in onore di E. Volterra V* (Milano, 1971).

⁷⁵⁰ Parece tener un origen helenístico, como se ha señalado.

bancarias⁷⁵¹, sin que ello implicara necesariamente encomendárselas a un esclavo gerente, propiedad de todos ellos (aunque en realidad, dicha práctica se extiende ya a finales de la República); y sin que, en el hipotético caso de existencia de un esclavo (o incluso liberto) común, se le dotara de un peculio.

En un pasaje de Ulpiano, 31 ad ed.,⁷⁵², se describe un supuesto de *societas argentariorum* enfatizando la relación nominal y estructural—puesto que ambas dependen de un acuerdo (salvo la *communio incidens*)— entre la sociedad y la copropiedad⁷⁵³: “Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat et lucri senserat: quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret, et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: ’etiamsi maxime argentariae societas initia est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesit, id ad communionem non pertinere explorati iuris est’. (Siendo socios dos banqueros, uno de ellos había adquirido algo por separado y había logrado una ganancia: se preguntaba si debía ser común ese lucro, y el emperador Severo resolvió en un rescripto dirigido a Flavio Félix con estas palabras: ’Aunque sí hay en principio una sociedad de banca, no obstante, lo que cada socio adquirió por causa ajena al negocio de la banca es de derecho que no pertenece a la comunidad). Dado que en el concreto supuesto, se estima que la adquisición es exógena a la empresa unitaria de banca, el mismo queda al margen de la solidaridad activa y pasiva de los banqueros⁷⁵⁴

La profesión de banquero tenía carácter privado en Roma.⁷⁵⁵

Como puede advertirse, las relaciones entre los banqueros se rigen por las reglas generales del contrato de sociedad, aun cuando lógicamente podían pactarse cláusulas

⁷⁵¹ En palabras de don Manuel García Garrido, “...era un tipo especial de asociación... para prestar y recibir dinero”. Efectivamente ésta era su esencia. García Garrido, M.: *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*; Ed. Dykinson; Madrid, 2000. § 197, 76.

⁷⁵² D. 17, 2, 52, 5.

⁷⁵³ Sin embargo, en la *societas alicuius negotiationis* no es imprescindible la copropiedad, aunque el derecho posclásico lo exigió por influjo de las corporaciones. D’Ors apunta (*Derecho Privado*, cit.; § 485), que esto favoreció la representación directa por parte de uno de los socios.

⁷⁵⁴ Dicha solidaridad activa y pasiva aparece atestiguada por Paulo, 3 ed. D. 2.14.25 pr y 27 pr; y en Ret. ad Herennium 2-13-19.

⁷⁵⁵ Sólo en circunstancias excepcionales se organizaron bancos públicos bajo la dirección de funcionarios del Estado; por ejemplo, en época de Tiberio, a raíz de una crisis económica en que la falta de capitales produjo la ralentización del crédito, se hizo necesaria la concesión estatal de créditos a personas que ofrecían garantías de reembolso. Véase Mommsen-Marquard: “*Manuel des antiquités romaines*” S.V. *argentarii*, París 1888, tomo 10, p. 79.

especiales⁷⁵⁶ que alteraran dicho régimen, principalmente en relación a las aportaciones desiguales de los contratantes, y al reparto de pérdidas y ganancias. En cuanto a las aportaciones, se recuerda que pueden consistir incluso en servicios (socios industriales)⁷⁵⁷, y que el reparto de ganancias está en razón de las aportaciones, o si no constan ser diversas, se distribuyen por partes iguales, del mismo modo que las pérdidas⁷⁵⁸.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la actividad de la *societas argentariorum* se podía desenvolver en varios lugares distintos, incluso distantes entre sí, lo que parece ser confirmado por la lectura de los pasajes en los que se atestigua que el lugar donde se desempeña la actividad es diferente de aquél en el que se lleva la contabilidad⁷⁵⁹.

Además de estos aspectos comunes a toda sociedad, para el caso de la *societas argentariorum*, la cláusulas especiales pueden estar referidas a obligaciones específicas de la misma, como es la conservación y exhibición de la contabilidad, dando como resultado dos alternativas: o que la llevara uno solo o todos en común con las consecuencias que se exponen en el pasaje transcrito.

Aun cuando ya hemos apuntado anteriormente a la obligación de los sucesores del banquero de exhibir las cuentas, tal como se recoge en el pasaje de Ulpiano 4, ad ed⁷⁶⁰, debemos profundizar más sobre esta obligación concerniente a la elaboración detallada y

⁷⁵⁶ Mohíno Manrique, A.: “A propósito de D. 19.2.20.2 en relación con D. 19.2.22.pr. (Universidad de Educación a Distancia, UNED), 1998,p.2 :”El reconocimiento de los pactos adjuntos a los contratos de buena fe alcanza su apogeo a través de los pactos in continentí. Estos pactos se añadían en el momento de la celebración del contrato otorgando la · buena fe, de un lado, el reconocimiento a los mismos en virtud del principio de autonomía de la voluntad, de otro, el privilegio que permitía no solicitar la *exceptio* (no introducir la *exceptio* expresamente en la fórmula) por lo que el juez debía tener en cuenta todas las convenciones particulares que se habían concluído alrededor del acto principal.”

⁷⁵⁷ Por ejemplo, aunque no se trata de una sociedad de banqueros, téngase en cuenta el texto de D. 17, 2, 29, 1 (Ulpiano, 30 ad Sab.), extensible por analogía al supuesto de *societas argentariorum*.

⁷⁵⁸ Gayo, 3, 150. Incluso puede pactarse la no participación en el riesgo, pero nunca en la ganancia; de esta manera, como ya hemos apuntado, queda prohibida la Sociedad Leonina (D. 17, 2, 29, 2, Ulpiano, 30 ad Sab.).

⁷⁵⁹ Por ejemplo, Ulpiano, 4 ad ed., en D. 2, 13, 4, 5 y en D. 2, 13, 6, 9; también Papiniano, 3 resp., en D. 5, 1, 45, pr.

⁷⁶⁰ D. 2, 13,6,1.

transparente de la contabilidad social⁷⁶¹, unida a la publicidad de la actividad de la taberna argentaria como premisa fundamental para hacer valer cualquier género de responsabilidad⁷⁶² nacida del ejercicio propio del fin social, lo cual nos lleva al examen de las relaciones de los socios argentariorum con terceros; si bien antes de abordar el desarrollo de las relaciones de los socios argentarii erga omnes, por razón de la relación societaria constituida.

19.- CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES EXTERNAS DE LAS SOCIETATES ARGENTARIORUM

Conforme a esta línea de reflexión, conviene recordar (referente al pros que en los fragmentos 3 y 4 de D. 14,3,11 se detallan las normas de publicidad que ha de cumplir el contenido del encargo asumido por el *praepositus*, en la *proscriptio* o anuncio público por escrito⁷⁶³. Esta *proscriptio* –según reza el fragmento 3- ha de constar en carteles claros donde con facilidad pueda leerse bien, como los que se colocan delante del lugar donde se

⁷⁶¹ Como fuentes de información, pueden servir los archivos de Cecilio Jocundo (Etienne, Robert- La vida cotidiana en Pompeya; ed. Alarcón; Madrid, 1996p. 187 y ss- afirma que su actividad simboliza el mundo bancario que puede ser estudiado a través de los contenidos de sus tablillas de contabilidad, que de forma completa se recogen en el suplemento al volumen IV del Corpus Inscriptionum Latinarum), y los de los Sulpicios (como veremos después), actico primero en Puteoli (actual Pozzuoli) y después transferidos a Pompeya.

⁷⁶² Sobre el análisis de aquellos textos en los que puede apreciarse claramente la existencia de una controversia doctrinal, entre juristas de la última época republicana y de la primera época clásica, en torno a la diferente protección otorgada a los contratantes para exigir su responsabilidad en caso de incumplimiento de pactos in obligatione añadidos al contrato de compraventa, extensibles por analogía, dada su identidad de razón a las relaciones surgidas del contrato de compraventa, extensibles por analogía, dada su identidad de razón, a las relaciones jurídicas surgidas del contrato de sociedad, véase, Mohíno Manríque, A: “Ius controversum y responsabilidad”, en RGDR Iustel dic. N° 23, 2014.

⁷⁶³ Sobre el carácter genuino de las fuentes relativas al contenido y publicidad de la *proscriptio* vid. , entre otros, SERRAO, F., “Institor (storia)”, EdD 21 (Milano, 1971), p. 829; HAMZA, G., “Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano”, Index 9 (1980), pp. 206 s.; KIRSCHENBAUM, A., Sons, Slaves and Freedmen, cit., pp. 93 ss.; WACKE, A., Die adjektivischen Klagen, cit., pp. 323 ss.; PETRUCCI, A., Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti, cit., p. 20; Cf. LONGO, G., “Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria, en Studi in onore di Gaetano Scherillo II, Milano, 1972, p. 610 ss., con las opiniones de la crítica interpolacionística al respecto.

ejerce el negocio, y no en un sitio escondido, sino en uno visible (*Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti*). El anuncio público también debía de expresarse en una lengua comprensible a los habitantes del lugar, para que nadie pudiera excusarse con su ignorancia de la escritura (*litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum*)⁷⁶⁴. Y prosigue D. 14,3,11,3 in fine: si alguno dijese que no sabía leer o que no se fijó en lo que estaba anunciado, cuando muchos lo leyeron y estuvo expuesto en público, no será oído (*certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur*), esto es, no se puede aducir unilateralmente el desconocimiento de la *proscriptio* cuando es públicamente conocida por todos.

En el fragmento siguiente (D. 14,3,11,4), se prescribe que el anuncio público ha de ser permanente (*Proscriptum autem perpetuo esse oportet*), pues si se contrató durante el tiempo en que no estaba expuesto o cuando ya se borró, tendrá lugar la acción institoria (*ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptio contractum sit, institoria locum habebit*). Del examen conjunto de los fragmentos 3 y 4 de D. 14,3,11 se deduce que el cumplimiento de los requisitos de publicidad de la *proscriptio* en tanto a su redacción en un lenguaje claro y comprensible, como a su fijación en un lugar visible y públicamente accesible, exonera de responsabilidad al empresario que hizo la *praepositio* en el marco de la *actio institoria*⁷⁶⁵. Al contrario, la acción se sustancia cada vez que los clientes se encontraran imposibilitados de enterarse del contenido de ésta, inclusive por causas ajenas a la organización de la empresa, tales como: la sustracción de la *proscriptio* por un tercero o su ilegibilidad debida al paso del tiempo o a los agentes climatológicos (*proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri*). Subsiste, igualmente, la acción contra el *dominus negotii* si el mismo factor de negocios o *institor* sustrajo dolosamente el anuncio para defraudar a la contraparte, a menos que ésta hubiera sido partícipe del dolo,

⁷⁶⁴ AUBERT, J. J., *Business Managers*, cit., p. 12; WACKE, A., “Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latin? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich”, *ZSS* 110 (1993), pp. 33 ss.

⁷⁶⁵ WACKE, A., *Die adjektivischen Klagen*, cit., pp. 331 ss.

tal como se expresa claramente en D. 14,3,11,4 in fine (*sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praepONENTI nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit*). Es decir, la responsabilidad objetiva del miembro de la *societas argentariorum* por los actos realizados en su ámbito empresarial, circunscritos al encargo prescrito al *institor*, deriva de la imposibilidad que hayan tenido los clientes de conocer el contenido de dicho encargo, siempre por hechos ajenos a los mismos⁷⁶⁶.

En otros fragmentos del mismo texto de Ulpiano que estamos examinando, en concreto en el 2º y el 5º, se contienen determinadas cláusulas contractuales a las que se vincula la *praepositio* y que podemos considerar como verdaderas condiciones generales. Éstas se refieren –de conformidad con D. 14,3,11,2- a la prohibición expresa y pública de contratar con un determinado factor o gerente (*De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum insitore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat*), ya que a falta de tal prohibición se entiende que el *praepONENTS* se obliga por el mismo nombramiento que hizo (*ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione*); asimismo, en D. 14,3,11,5 se alude a la inserción de una determinada *lex* o ciertas cláusulas en los contratos; la necesidad de constituir garantías personales o reales; la limitación a un determinado objeto; el nombramiento de varios *institores* que actúen conjunta o separadamente y la prohibición⁷⁶⁷ o el permiso de contratar con el *institor* para cierto género de personas o negociantes (*quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. item si plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denunciavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere*).

⁷⁶⁶ PETRUCCI, A., Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes, cit., p. 239. Véase, además, Sanfilippo:” Sulla irrelevanza del rapporto sociale nei confronti dei terzi”, IURA 2, 1951, p.159 y ss, y Serrao:”Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano”St Volterra, 5, 1971, p. 743 y ss.

⁷⁶⁷ Si se le prohíbe contratar al empleado con terceros, no se le considera *institor*, sino como un guarda lo que se refleja en D.14,3,11-6: Sed in totum prohibuit cum eo contrahi, praepositi loco non habetur quum magis hic custodis sit loco, quam institoris. Ergo nec vendere mercem hic poterit, nec modicum quid ex taberna”.

Se ha de entender que los clientes que no se sujetaran a estas cláusulas unilaterales dispuestas por parte del *dominus negotii*, no contaban con la *actio institoria*. Esta regla se deduce del inicio del fragmento 5º, cuando expresamente se prescribe que se han de observar los términos del nombramiento o encargo (*Conditio autem praepositionis servanda est*), pero también de la parte final del mismo fragmento que sí considera de aplicación la acción, cuando el *negotiator* variara continuamente las prohibiciones o permisos de contratación con el *institor*. Y el razonamiento que se aduce es que “no se deben engañar a los contratantes” (*sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes*). Efectivamente, una variación de los términos o condiciones generales en la *praepositio*⁷⁶⁸ supondría una situación de incertidumbre y, en consecuencia, de desigualdad para la parte más débil de la contratación. Así, el principio “*neque enim decipi debent contrahentes*” –que no sólo se ha de entender limitado a la hipótesis de incertidumbre provocada por la frecuente variación de prohibiciones para contratar con los *institores*, sino que se puede suponer de cualquier cláusula general- se convierte en el contrapeso a un régimen de libertad en la fijación unilateral de las condiciones de la contratación, ciertamente favorable al empresario, y es, además, expresión de la buena fe objetiva que se deduce del llamado “riesgo empresarial”⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ Véase, al respecto, Di Porto, A. A. *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*. II sec. a. C II sec. d. C., Milán 1984, p. 67, en donde deja claro que no es suficiente la existencia de una *praepositio* para determinar la configuración de una empresa comercial, “ma è necessario prendere in considerazione sia il GENERE di attività esercitata, sia le MODALITÀ con le quali si svolge”.

Asimismo, dice MICELI, M. *Sulla Struttura formulare...* p. 207: “Infatti, la *praepositio institoria*, ieri come oggi, è un fenómeno dotato dei peculiarità proprie. E’ innegabile, infatti, che l’attività di cooperazione svolta in maniera stabile e continuativa, richieda una particolare disciplina rispetto alla cooperazione delegata in maniera episodica”

⁷⁶⁹ Ya que el empresario responde por el hecho objetivo de contratar en el ejercicio de su actividad empresarial. Vid. SERRAO, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*. *Forme giuridiche di un’economia-mondo*, Pisa, 1989 (reed. 2002), pp. 20 ss.; GALOPPINI, A., *La responsabilità per fatto dei dipendenti: formazione ed evoluzione della fattispecie*, en ‘*Scintillae Iuris*’. *Studi in memoria di G. Gorla*, 3, Milano, 1994, pp. 2.147 ss.; CARDILLI, R., “Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: l’esempio della responsabilità contrattuale”, *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 1 (1996), pp. 106 ss.; MICELI, M., *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*, cit., pp. 192 ss.; FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell’exercitor*. *Modelli culturali dell’atribuzione di rischio e regime della nossalità*

Esta disciplina, articulada en torno a la labor conjunta del pretor y la jurisprudencia, es perfectamente aplicable al *ars argentaria*. Así el cliente que contrataba con un *argentarius* en el ámbito de su actividad profesional, tiene a su favor la *actio institoria* que comporta una responsabilidad ilimitada (*in solidum*)⁷⁷⁰ de los miembros de la *societas argentariorum* por incumplimiento de los deberes de información y transparencia referentes al desempeño de sus actividades, así como por una *continua variatio* de las mismas⁷⁷¹. Y ello en atención a la buena fe⁷⁷² que debe presidir las relaciones contractuales entre los miembros de una *societas argentariorum* y los terceros que entablan relaciones contractuales con aquéllos, en definitiva, con su clientela.

Sobre estas premisas resulta incuestionable la importancia que asumieron en la práctica bancaria romana las *rationes* o anotaciones que el banquero transcribía en su libro contable (*liber* o *codex rationum*)⁷⁷³ documentando, de este modo, todas las

nelle azioni penali ‘in factum contra nautas, caupones et stabularios’, Torino, 2002, pp. 10 ss.; PETRUCCI, A., Profili giuridici, cit., pp. 161 s.; Neque enim decipi debent contrahentes’, cit., p. 94; Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti, cit., p. 28.

⁷⁷⁰ Responsabilidad que se entiende limitada al peculio o al beneficio que obtenga el empresario (in rem verso), en ausencia o al margen de la *praepositio*. Vid. D. 15,1,47 pr.; D. 14,3,17,1 y 4.

⁷⁷¹ PETRUCCI, A., Profili giuridici, p. 161; Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva, cit., p. 606. En la actualidad ha suscitado gran interés la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las “cláusulas suelo” en las hipotecas. El Tribunal Supremo ha declarado nulas dichas cláusulas en aquellos supuestos en que se apreciara falta de transparencia en contratos de préstamo hipotecario a interés variable que se hubieran celebrado entre profesionales y consumidores. “Véase asimismo, en torno a esta misma problemática, el artículo” Una modesta proposición a favor de la transparencia”, ambos en El Notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid 49 (mayo-junio 2013), pp. 19 ss.

⁷⁷² CERAMI, P y PETRUCCI, A. “Lezioni di diritto commerciale romano”, Turín, 2002, p. 193-201, en donde analizando los diversos casos relacionados con la banca -en concreto sobre el equilibrio entre las exigencias económicas y la protección de los clientes- hablan de la aplicación en los mismos de principios generales, como la buena fe: “dall’esame di casi concreti...rappresentavano un’applicazione di principi generali, quali la *fides*, intesasia come buona fede nei rapporti banchiere-cliente che come affidamento di quest’ultimo e di ogni terzo verso la banca, la *publica utilitas*, l’*aequitas*, che con la loro elasticità, da un lato, e carattere giuridico, dall’altro, erano in grado de estendersi ad un numero illimitato di casi, fornendo continue soluzioni alle nuove fattispecie che man mano si venivano affacciando al mondo del diritto”.

⁷⁷³ Este libro contable recogería todas los negocios entre el banquero y sus clientes y su situación patrimonial, anotándose sucesivamente y mezcladas las entradas y salidas de patrimonio, las obligaciones derivadas de los negocios jurídicos o los bienes existentes, ya que las anotaciones

transacciones realizadas con sus clientes⁷⁷⁴. La panoplia de operaciones comprendidas dentro de la gestión de las sociedades *argentarium* testimoniadas por las fuentes resulta

contables por partida doble no se conocieron hasta la Edad Media. Del análisis de los textos relativos al edicto de *rationibus edendis* no se desprende que se utilizaran unos libros especiales para la actividad bancaria. El específico *liber rationum* del que habla Gayo (Gai. 1 ad ed. prov. D. 2,13,10,2) sólo aparece mencionado una vez. Así, no podemos desdeñar otros libros utilizados comúnmente en el registro de la contabilidad en general, como: el tradicional *Codex accepti et expensi*, libro contable que recogía la situación patrimonial de cualquier *paterfamilias*; el *Kalendarium*, agenda que servía para anotar los pagos y, particularmente, los préstamos realizados, o los *adversaria*, notas o borradores provisionales de duración mensual que luego se transcribían en el libro contable. Vid., entre otros, LÉCRIVAIN, Ch., “*Trapezitai*”, *DS* 5 (1877-1919), pp. 408 ss.; MITTEIS, L., “*Trapezitika*”, cit., pp. 259 ss.; JOUANIQUE, P., “*Le codex accepti et expensi chez Cicéron*”, *Revue historique de Droit français et étranger* 46 (1968), pp. 5 ss.; BARLOW, CH. T. *Bankers, moneylenders and interest rates*, cit., pp. 264 ss.; SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano, 1971, pp. 144 s.; THILO, R. M., *Der ‘Codex accepti et expensi’ im römischen Recht : ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation*, Göttingen, 1980, pp. 109 ss.; BOVE, L., *Tabellae Eupliae. Testationes ex codice accepti et expensi*, en *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino*, vol. 4, Napoli, 1984, pp. 1.861 ss.; VELASCO GARCÍA, C., *Algunas observaciones sobre la *societas argentaria**, cit., p. 135; MASELLI, G. ‘*Argentaria*’. *Banche e banchieri nella Roma repubblicana. Organizzazione, prosopografía, terminología*, 1986, pp. 105 ss.; CREMADES, I., *El contrato literal*, en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al prof. J. L. Murga*, Madrid, 1994, pp. 519 ss.; PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., pp. 168 ss.; ANDREAU, J., *Pouvoirs publics et archives des banquiers professionnels*, en *La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées de la Rome Antique*, Paris, 1994, pp. 1 ss.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., pp. 109-110; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., *El receptum argentarii*, cit., pp. 138; 152-155.

⁷⁷⁴ Sobre el contenido de la *ratio* o cuenta bancaria véase la definición de Labeón, referida por Ulpiano, en Ulp. 4 ad ed. D. 2,13,6,3: *Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendi sui causa negotiationem: nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere. nec si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere: hoc enim extra rationem esse. sed et quod solvi <constituit>, argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit.* En torno al texto vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, pp. 155 ss.; ALBANESE, B., “*Agere, gerere e contrahere in D. 50,16,19*”, *SDHI* 38 (1972), pp. 189 ss.; SANTORO, R., “*Il contratto nel pensiero di Labeone*”, *AUPA*, 37 (1983), pp. 160 ss.; PETRUCCI, A., *Prime riflessioni su banca ed interessi nell’esperienza romana*, en *Atti del Convegno “L’usura ieri ed oggi”*, a cura di S. Tafaro, Bari, 1997, pp. 80 ss.; *Profili giuridici*, cit., pp. 23 ss.; CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 116 ss.

de gran variedad: algunas de ellas (depósito, crédito en subastas⁷⁷⁵, *receptum*, la relativa a la liquidación de bienes hereditarios y no hereditarios⁷⁷⁶) son consideradas típicas⁷⁷⁷; mientras que otras, como los *nomina transscriptia*, o los mutuos garantizados con la entrega de una prenda, son comunes del resto de agentes financieros⁷⁷⁸.

De todo ello dan cuenta las fuentes, y es precisamente a partir de la conjugación de sus datos que pueden deducirse la existencia de algunas hipótesis de desarrollo de actividades societarias bancarias, aun cuando no siempre se disponga de testimonio directo de las mismas.

El Digesto incluye un pasaje de Labeón, citado por Ulpiano, respecto de las operaciones comprendidas en una cuenta bancaria— verdadero espejo de las relaciones obligatorias externas de la *societas argentariorum* con los terceros clientes—, todas ellas recíprocas entre el banquero y el cliente, y consistentes en dar y recibir, cargar y abonar, y, finalmente, obligarse y pagar, además de que en opinión de Ulpiano (4 ad ed.⁷⁷⁹), también la promesa de asumir una deuda del cliente (salvo buen fin) es propia de la actividad *argentaria*, por lo que se incluye en la cuenta, resultando que todos los asientos contables deben ser exhibidos por los distintos *socii argentariorum*, de acuerdo con la disposición edictal (*edictum de argentariis rationibus edendis*): *Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi <debendi>, obligandi solvendi sui causa negotiationem: nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere. Nec si pignus acceperit aut mandatum <susceperit>, compellendum edere: hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit.*

⁷⁷⁵ Véase, ORTUÑO PÉREZ, M.E.: "El caso del prestamista Rabirio Póstumo", RGDRn° 22, junio 2014 : "Desde la perspectiva histórico-jurídica se presenta un supuesto real protagonizado sobre el año 55 aC, por el prestamista romano Cayo Rabirio Póstumo que a través de la concesión de un préstamo y de lo acontecido para su recuperación, permite adentrarse en el modo de proceder de un alto financiero, a la vez que se constata la función socio-política de los grandes capitales"

⁷⁷⁶ Véase Andreau: "Les affaires de Monsieur Jucundus", Roma 1974, p. 73 yss.

⁷⁷⁷ Polibio cuenta cómo Escipión Emiliano [185-129 a. C.] ordena a un *trapecita*, que puede traducirse —se dice— por *argentario*, pagar a las hermanas de su padre adoptivo la suma que les debía por su dote. *Trapecita*, como ilustran los diccionarios, viene del griego "trapézion", diminutivo de "trápeza", equivalente a "mesa": García Garrido, op. cit.

⁷⁷⁸ Los *argentarii* concentraban originariamente el conjunto de dichas operaciones, pero desde comienzos del siglo II d.JC., son desarrolladas también por los *coactores argentarii* y por los *nummularii*, sin olvidar que la intermediación en las subastas, era ajena a éstos últimos.

⁷⁷⁹ D. 2, 13, 6, 3.

(Más dice Labeón que la cuenta es un negocio recíproco de dar y recibir, de tener a crédito y deber, de obligarse y pagar: y que ninguna cuenta tiene inicio en la nuda paga de lo debido. Y que tampoco si ha recibido una prenda o ha asumido un mandato, debe ser compelido a exhibir: en efecto, ello está fuera de la cuenta. Pero el banquero debe también exhibir lo que ha prometido que será pagado, porque también esto corresponde a la <empresa> bancaria).

Por tanto, la cuenta *argentarii* cobra entidad propia, lo cual opera como presupuesto para deducir cuáles son las operaciones típicas de los socios *argentarii*, y cuáles deben ser excluidas⁷⁸⁰, pero a pesar de que todas ellas corresponden a una y otra parte (*ultra citro negotiatio*), no cabe calificarla como contrato a pesar del intercambio de voluntades que se manifiesta de modo evidente y de manera continuada, fruto de una reciprocidad consolidada⁷⁸¹, se la tendencia de convertirse la cuenta *argentarii*, al menos, en soporte o armazón de las diferentes relaciones jurídicas que agrupa⁷⁸² *causa societati*, que se abstrae y cobra autonomía respecto de ellas durante toda su existencia, de forma que, en cualquier caso, su cancelación no entraña per se la extinción de las obligaciones nacidas de los negocios incluidos en ella, como se pone de manifiesto en un texto de Escévola, 1 dig.⁷⁸³, que se refiere al cierre de una cuenta ante una *mensa nummularia*:

Lucius Titius Gaium Seium mensularium, cum quo rationem implicitam habebat propter accepta et data, debitorem sibi constituit et ab eo epistulam accepit in haec verba: 'ex ratione mensae, quam mecum habuisti, in hunc diem ex contractibus plurimis remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octaginta sex et usurae quae competierint; summam aureorum quam apud me tacitam habes, refundam tibi. Si quod instrumentum a te emissum a te emissum, id est scriptum, cuicumque summae ex quacumque causa apud me remansit, vanum et pro cancellatur habebitur'. Quaesitum est, cum Lucius Titius ante hoc chirographum Seio numulario mandaverat, uti patrono eius trecenta redderet, an propter illa verba epistulae, quibus omnes cautiones ex quocumque

⁷⁸⁰ La conceptualidad de la cuenta aporta una conexión orgánica a las operaciones bancarias: en esto se basa la exclusión de dar una prenda, o la asunción de un mandato, operaciones éstas que resultan de lo más excepcional dentro de las relaciones externas de la *societas argentariorum* con clientes terceros. Véase Petrucci-Cerámico: *Lezioni di Diritto commerciale romano*; Giampichelli; Turín 2002; p. 80-82.

⁷⁸¹ No queda abierta por el simple pago, al margen de la voluntad de los banquero de constituir la como tal.

⁷⁸² Se podría incluir en ella, v.gr., un depósito irregular según expresa Ulpiano 30 ad ed. (D. 16, 3, 7, 2), o una gestión realizada en cumplimiento de un encargo o espontánea (D.2, 13, 6, 5).

⁷⁸³ D.2, 14, 47, 1.

contractu vanae et pro cancellato ut haberentur cautum est, neque ipse neque filii eius eo nomine conveniri possunt. Respondi, si tantum ratio accepti atque expensi esset computata, ceteras obligationes manere in sua causa.

(Lucio Ticio constituyó deudor suyo al banquero Gayo Seyo, con quien tenía una compleja cuenta a causa de lo recibido y dado, y recibió una carta⁷⁸⁴ en estos términos: “De la cuenta bancaria que has llevado conmigo, por razón de muchos contratos, hasta el día presente quedaron en mi poder, en mi banco, trescientos ochenta y seis más los intereses que te corresponden; te reembolsará la suma no registrada de monedas de oro que tienes conmigo. Si cualquier documento por ti emitido -es decir, escrito- por cualquier causa y cualquier suma ha quedado en mi poder, será vano y cancelado”. Se preguntó si a causa de las palabras de la carta, con las que se estableció que todas las promesas basadas en cualquier contrato fueran consideradas vanas y como canceladas, habiendo encargado Lucio Ticio al banquero Seyo, antes de este quirógrafo, restituir trescientos a su patrono, él mismo o sus descendientes pueden ser demandados. Respondí que, si sólo se ha computado la cuenta de lo dado y recibido, las otras obligaciones subsisten).

A la luz de la definición descriptiva de la cuenta o ratio en el pasaje de Labeón citado por Ulpiano antes expuesto⁷⁸⁵ y el contenido de este último texto de Escévola, podemos cuestionarnos si la cuenta⁷⁸⁶, como entidad abstracta de las operaciones que alberga, constituye per se una fuente de responsabilidades pecuniarias independientes de las derivadas de los actos y contratos integrados en dicha cuenta. Y si ello es así, ¿cómo se articularía en la praxis tal responsabilidad? Aproximándonos a la mecánica concreta de dichas cuentas, la responsabilidad que de las mismas pudiera generarse residiría en la producción de intereses, contra los *socii argentarii* o contra los clientes, con independencia de los negocios que dieron origen a las mismas.

⁷⁸⁴ Véase De Sarlo: “Il documento oggetto di rapporti giuridici”, Padua, 1936, p.315 y ss.

⁷⁸⁵ D. 2, 13, 6, 3.

⁷⁸⁶ Velasco García, A: “Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*” en *Miscelánea romanística* / coord. por Federico Fernández de Buján Fernández, Fernando Reinoso Barbero, Vol. 2, 2006, p. 135. En su trabajo, dice la autora: “Los nomina transcripticia (libros de cuentas corrientes) eran en sí mismos generadores de obligación a través de un efecto novatorio, ya fuese por cambio de la causa (a re in personam) como cuando el banquero anota como deuda a un vendedor lo que se le debe como precio, o bien con cambio de persona (a persona in personam), como siempre que actúa como intermediario de un cliente.

Pues bien, de la lectura del texto expuesto de Escevola, se desprende que el argentarius, a la vista de la cancelación de la cuenta referida y de los varios contratos en ella referidos, reconoce al cliente un remanente de capital e intereses, fruto de la efectividad de una responsabilidad pecuniaria generada en favor del mismo. De la literalidad del mencionado texto puede colegirse que el devengo de intereses, debidos al cliente al momento de la cancelación, tiene su causa desdoblada, manifestándose de forma combinada, tanto en la cuenta (*ex ratione mensae*), como en los contratos en cuestión (*ex contractibus plurimus*). Esto quiere decir, que la inscripción o toma de razón en una cuenta bancaria, como negocio novatorio (*a re in personam*), era capaz de producir consecuencias simétricas, en la medida en que se comunicaría la causa obligationis del negocio original productor de intereses a la cuenta o ratio en sí misma considerado.

Asimismo, como la cuenta se apoya en un principio de bilateralidad, tales intereses también podrían generarse a favor de los argentarii, fruto de operaciones activas o de sobregiro, lo cual encuentra su apoyo en los testimonios aportados por las fuentes⁷⁸⁷. Ahora bien, ¿qué acciones específicas podían esgrimirse para exigir el pago de los intereses devengados *ex ratione*?

Hay que distinguir: primero si se trata de intereses contra los miembros de una *societas argentarii*, podría ejercitarse la *actio de pecunia constituta*, siempre y cuando hubiera mediado una promesa de pagar una deuda propia (*constitutum debiti propii*), al cabo de transcurrido un determinado plazo de tiempo desde la cancelación de la cuenta. En contraste, si los intereses han de ser reclamados al cliente, no se excluiría la típica acción de repetición, la *condictio*. De todas formas, hay que tener en cuenta que a partir del Emperador Adriano, merced a la competencia concurrente del *praefectus urbi* en las causas pecuniarias en las que intervenga un *argentarium*, podía accionarse por vía extraordinaria.

La fluidez en el funcionamiento y desarrollo de las actividades financieras exigían inexorablemente su publicidad manifestada a través de la comunicación al cliente con cierta regularidad de los extractos sobre las operaciones bancarias realizadas, la obligación de tener las cuentas al día operando compensaciones a favor de los diversos clientes, así como la exhibición del libro contable con indicación de las entradas y salidas

Véase, asimismo, Arno: "Il contratto de società" (Torino 1938) p.100 Valiño: "Instituciones de Derecho Privado Romano, Valencia 1976,p. 514-515.

⁷⁸⁷ Plauto: *Aulularia* 529-530; *Trinummus* 425.

constituirían obligaciones inherentes al oficio propio de los *socii argentarii*⁷⁸⁸. Una vez más, la corrección y transparencia que ha de existir en la contabilidad del banquero se fundamenta en la *fides* (D. 2,13,9,2) e interés público del servicio que presta. Según Gai 1 *ad ed. prov.* D. 2,13,10,1, a los *argentarii* se les impone el deber de confeccionar diligentemente las cuentas de sus negocios y publicarlas, y ello “*quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam*”⁷⁸⁹.

Esta obligación se inserta, como podemos observar, en el Título 13 del libro II del Digesto, en el que se contienen los comentarios jurisprudenciales al *edictum de argentariis rationibus edendis*⁷⁹⁰ (cuyo origen podemos situar en el curso del siglo II a. C.)⁷⁹¹, sobre la obligación del *argentarius* de mostrar en juicio el contenido de los libros contables cuando cualquier cliente los necesite alegar en un litigio⁷⁹². Su texto ha sido transmitido por Ulpiano (4 *ad ed.*), compilado en dos pasajes⁷⁹³, uno de los cuales recuerda estas palabras:” Praetor ait:” Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die et consule”.”(Dice el Pretor:” <Que>los titulares de un banco exhiban la cuenta que les corresponde, con indicación del día y del <año del>cónsul”. La otra cita del jurista de Tiro se centra en la prescripción del edicto que ordena la exhibición

⁷⁸⁸ Vid. D. 2,13,6,6; D. 2,13,10,2; D. 2,14,47,1; D. 50,16,56 pr.; Cicerón, Pro Rosc. II,7. En este sentido, HUMBERT, G. s. v. “Argentarii”, p. 408; TOZZI, G., Economistas griegos y romanos, cit., p. 397 s.; PEÑALVER, M. A., La banca en Roma, cit., pp. 52 ss.; PETRUCCI, A., Profili giuridici, cit., p. 163.

⁷⁸⁹ Ideo autem argentarios tantum neque alios ullos absimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant.

⁷⁹⁰ El Título “De edendo” recoge, en realidad, comentarios a dos edictos: uno, referente a la obligación pre procesal de todo demandante de indicar la fórmula y los medios de prueba que va hacer valer en el proceso y el otro, de *argentarii rationibus edendis*. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., El receptum argentarii, cit., p. 135 s.

⁷⁹¹ En una época en la que la actividad bancaria habría tenido ya un importante papel en la economía romana, vid. PETRUCCI, A., Mensam exercere, cit., pp. 141 ss.; Profili giuridici, cit., p. 140; SORIANO CIENFUEGOS, C., Banca, navegación y otras empresas, cit., p. 104.

⁷⁹² Además del cliente, estaban legitimados para solicitar la editio, el procurator, el heredero (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,13) y el adquirente del negocio bancario. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La previa información del adversario, cit., p. 188.

⁷⁹³ D.2.13.4,pr y D. 2.13.6.8.

previa autorización del magistrado, en el caso que se solicite por segunda vez o que el banquero sea el solicitante: Praetor ait: 'Argentario eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi iubebo'. (Dice el Pretor: 'previa cognición de la causa, ordenaré que se exhiba al banquero o a quien pida la exhibición por segunda vez'.

Efectivamente, el edicto impone a los banqueros *edere rationes*, es decir, presentar en juicio, o en los trámites previos al mismo, su libro de cuentas en la parte referente a las partidas de sus clientes que lo hubieran solicitado, con indicación del día y el año, teniendo pleno valor de prueba escrita y sin que ello suponga la cancelación de la cuenta (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,4 pr.: *Praetor ait: 'Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die et consule'*)⁷⁹⁴. La ratio del edicto descansa, como indica Ulpiano (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,4,1), en la *aequitas*, concretada en la necesidad de exhibir con fines probatorios los apuntes contables que han sido redactados en interés y por causa del propio cliente, y que se consideran en cierta manera de su propiedad⁷⁹⁵:

Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit id quod mei causa confecit meum quodammodo instrumentum mihi edi.

En este contexto de tutela de la confianza de quien contrata con un *argentarius*, las prescripciones del edicto que, en principio, se referirían a los *argentarii* (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,4 pr.) se amplían por parte de la jurisprudencia, a los *nummularii*⁷⁹⁶, porque –a juicio de Pomponio, tal y como nos refiere Paulo (Paul. 3 *ad ed.* D. 2,13,9,2)- no es injusto que también los cambistas estén obligados a comunicar sus cuentas, porque también ellos las

⁷⁹⁴ El tenor original del edicto, según la reconstrucción de Lenel (EP³, Leipzig 1927, pp. 61 ss.), comúnmente aceptada por la doctrina, sería el siguiente: *Argentariae mensae exercitores ei qui iuraverit non calumniae causa postulare se edi sibi rationem quae ad se pertinet, edant adiecto die et consule.* Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Ibid.*, para la reconstrucción de la fórmula de la acción correspondiente.

⁷⁹⁵ ANDREAU, J., *Banque et affaires*, cit., p. 93.

⁷⁹⁶ Petronio narra, como García Garrido nos recuerda en op. cit., que cuando se le preguntó a Trimalcón, liberto acaudalado, que qué oficio, además del de literato, consideraba más difícil, este contestó que el de médico y el del nummulario, el de nummulario porque los cambistas, dijo, ven el cobre [que hay dentro de la moneda, se entiende] a través de la plata [que es lo que en la superficie visible de la moneda aparece, debe entenderse]. Nummus, como nos dicen los diccionarios, significa moneda; y algunos de ellos nos traducen "nummularius" por "banquero, cambista".

confeccionan y, en parte, reciben dinero y, en parte, lo entregan; y, porque muy a menudo se recurre a la fe de los mismos:

Nummularios quoque non esse inquam cogi rationes edere Pomponius scribit: quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur.

Los testimonios interpretados por la jurisprudencia permiten al intérprete poder integrar algunos de los elementos estructurales de esta fuente del *ius honorarium*; y de este modo permitirían esclarecer los extremos siguientes: quiénes estaban obligados por el edicto; el objeto y lugar de la *editio*⁷⁹⁷, y, como corolario de los anteriores elementos, la forma que revestía la orden del pretor.

Tal obligación de exhibir puede recaer en el *filius familias* y en el *servus*, en los términos que recogen en el texto de Ulpiano, 4 ad ed.⁷⁹⁸: “Sed *filius familias* continetur his verbis, utvel ipse cogatur Eder: an et pater, quaeritur. Labeo scribit patrem non cogendum, nisi sciente eo argentaria exercetur: sed recte Sabinus respondit tunc id admittendum, cum patri quaestum referte. Sed si *servus* argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum esse iudicium, ac si ipse fecisset. Sed si *inscio* domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere. Si *servus* peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si *fominus* habet rationes nec edit, in solidum tenetur”. (Pero también está comprendido el hijo de familia en estas palabras, de suerte que él mismo sea obligado a exhibir; pero se pregunta si acaso también el padre. Labeón escribe que no debe obligarse al padre, salvo si sabiéndolo él se ejerciera la actividad bancaria; Sabino respondió acertadamente, que esto se ha de admitir cuando al padre corresponde la ganancia. Pero si un esclavo hiciera de banquero, (como es posible) si lo

⁷⁹⁷ El lugar de presentación de los libros y cuentas se determina en Ulp. 4 ad ed. D. 2, 13, 4, 5 y D. 2, 13, 6 pr. El primer texto reza así: Sed ibi quis compellitur edere, ubi argentariam exercuit, et hoc est constitutum. quod si instrumentum argentariae in alia provincia habeat, in alia administraverit, ibi puto cogendum edere, ubi argentariam exercuit: hoc enim primum deliquit, quod alio instrumentum transtulit. quod si in alio loco argentariam exercet, alibi autem ad editionem compelletur, minime hoc facere cogitur: nisi descriptum velis ubi de ea re agitur eum tibi dare, tuis videlicet sumptibus: El segundo: Si quis ex argentariis, ut plerique eorum, in villa habeat instrumentum vel in horreo: aut ad locum te perducet aut descriptas rationes dabit.

⁷⁹⁸ en D. 2, 13, 4, 2-3.

fuera con el consentimiento de su dueño, éste ha de ser compelido a la exhibición y contra él se ha de dar la acción, exactamente como si él mismo hubiese sido banquero. Pero si lo fue ignorándolo su dueño, es bastante que el señor jure que no lleva aquellas cuentas. Si el esclavo ejerciera como banquero con su peculio, o de lo que se convirtió en su provecho; pero si el señor tiene las cuentas y no las presenta, queda obligado solidariamente.

Asimismo, esta obligación también puede pesar sobre los herederos del socio argentarii⁷⁹⁹: “Cogentur et successores argentarii edere rationes. Quod si plures sunt heredes et unus habeat, solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant et unus ediderit, omnes ad editionem compellendi sunt. Quid enim si humilis et deploratus unus edidit, ut dubitare quis merito de fide editionis possit? Ut igitur comparari rationes possint, etiam ceteri edere debent aut certe unius editioni subscribere. Hoc idem erit et si plures fuerint argentarii, a quibus editio desideratur; nam et si plures tutores tutelam administraverunt simul, aut omnes edere debent aut unius editioni subscribere. (También los sucesores del banquero estarán obligados a exhibir las cuentas. Mas si son varios los herederos, y uno las tuviera, él sólo será compelido a la exhibición; pero si las tuvieran todos, y uno las hubiere presentado, todos han de ser compelidos a la exhibición. Mas ¿qué se dirá si las exhibió uno tan humilde e infeliz, que con razón pueda alguien dudar de la fe de la exhibición? En este caso, para que puedan compararse las cuentas, deben exhibirlas también los demás, o ciertamente suscribir la exhibición de aquél. Lo mismo se observará si hubieran sido muchos los banqueros de quienes se desea la exhibición; porque también cuando muchos tutores administraron juntamente la tutela, o todos deben exhibir; o suscribir la exhibición de uno solo).

Desde este punto de vista, resulta comprensible que la solicitud de exhibición no entrañe la cancelación de la cuenta, de acuerdo con un pasaje de Pomponio (6 ad Sab.): “Inter ‘edere’ et ‘reddi rationes’ multum intereset: nec is, qui edere iussus sit, reliquum reddere debet: nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum, non solvat”. (Entre ‘exhibir’ y ‘rendir cuentas’ hay mucha diferencia y aquél a quien se le ordena que las exhiba no debe mostrar el saldo: porque también se considera que el banquero exhibe la cuenta, aunque no pague el saldo que queda en su poder”).

⁷⁹⁹ D. 2, 14, 25, pr.

Respecto a las *societas argentariorum*, exigen textos que atestiguan que el lugar donde se desempeña la actividad, es diferente de aquél en el que se llega la contabilidad o *editio*^{800, 801},

Por lo que respecta a las formas y solemnidades de llevarla a cabo, la orden de exhibición revestía la forma de *decretum* del pretor y representaba el momento a partir del cual el juez debía referir el *id quod interest* del cliente, en caso de incumplimiento de la misma⁸⁰², a tenor de lo dispuesto en Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,8,1: *Is autem, qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest: et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem.*

Este mismo razonamiento sostenido por Ulpiano en 4 *ad ed.* D. 2,13,8,1, más arriba expuesto, se repite en la primera parte de Gai. 1 *ad ed. prov.* D. 2,13,10,3: *Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet, ut, sive quis condemnatus sit, sive quod petierit non optinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quo dita perdiderit, hac actione consequatur...*

Gayo pone de manifiesto que la acción que deriva del edicto compete por el importe del interés que el actor tuviera en el momento de la *editio rationum*, de modo que si alguno ha perdido el litigio y resulta condenado, o no ha obtenido lo que pedía por no tener las cuentas en las cuales haber podido fundar su demanda, podrá reclamar por medio de la acción *adversus argentarios* el equivalente a lo perdido a causa de la falta de

⁸⁰⁰ Ver, además de los textos de Ulpiano expuestos en la nota inmediatamente anterior, téngase en consideración Papiniano, 3 resp., en D. 5, 1, 45, pr.

⁸⁰¹ De la lectura de los textos expuestos en las dos notas anteriores, puede deducirse que los mismos *socii argentariorum* pudieran desarrollar su actividad en varios lugares, incluso distintos entre sí.

⁸⁰² BÜRGE, A., “Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses”, ZSS 112 (1995), pp. 37 s.

*editio*⁸⁰³. Así pues, como podemos deducir del texto en cuestión, el cliente no quedaba desprotegido jurídicamente, sino que para que pudiera obtener tal resarcimiento de los daños por parte del banquero le era concedida una *actio personal*⁸⁰⁴ *in factum*, basada sobre la omisión de la *editio rationum*⁸⁰⁵; es decir, basada en un hecho (y no en un *oportere* como las fórmulas *in ius conceptae*), mediante la cual el magistrado sanciona tal conducta como inconveniente (y generalmente dolosa), aunque no esté reprimida por el *ius civile*. Tal *actio in factum*, al no referirse a un derecho que pide el demandante, no tiene propiamente *intentio*, sino una indicación de la omisión *editio rationum* (que tampoco es propiamente una *demonstratio*), de cuya comprobación depende la *condemnatio*. Además, al carecer de *intentio*, dicha acción no era susceptible de ficción ni de transposición de personas, al no hacer referencia inmediatamente al *ius*.

En concreto, la acción se contempla contra aquél que no hubiera respetado la prescripción pretoria de exhibir las cuentas y, por tanto, esta omisión se sanciona como un ilícito pretorio. Por lo demás, la obligación de *edere* no sólo resulta si el banquero es parte procesal en el procedimiento o controversia, sino que también se requiere su

⁸⁰³ También concede el jurista, al final del texto, la *condictio ex causa furtiva* y la *actio damni iniuriae*, en caso de hurto o falsificación (o deterioro) de los documentos contables, si se hubiera perdido el proceso en el que era necesario presentar estos documentos robados o corrompidos y en cuanto fuera posible demostrar el propio derecho: *sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuriae actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amisimus, hoc nunc aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus*.

⁸⁰⁴ *Nunca in rem*; vid. d'Ors, en *Iura* 1969, p. 52; contra Kaser II, p. 238, n.44.

⁸⁰⁵ Que fuera una acción *in factum* se desprende de un fragmento de Paulo (Paul. 3 ad ed. en D. 2,13,9 pr.), donde se excluye su aplicación a otras categorías de sujetos, asimismo obligados a exhibir sus cuentas, como consecuencia de un vínculo contractual o cuasi contractual, tales como el procurador, el socio o el tutor. Ciertamente, estas personas no están, según Paulo, obligadas a la exhibición por la acción *in factum*, sino por la *actio mandati*, la *actio pro socio* o la *actio tutelae*, respectivamente: *Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. sed nec tutorem cogit praetor pupilo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere*.

contabilidad para ofrecerla como prueba en un juicio del cliente contra un tercero⁸⁰⁶, según atestigua Gai. 1 *ad ed. prov.* D. 2,13,10 pr.: *Argentarius rationes edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio.*

Así, la acción *in factum* surge no como violación de las obligaciones contractuales inherentes a la *ratio*, sino como un verdadero y propio ilícito penal privado, con la finalidad de resarcir el daño patrimonial causado por una conducta ilícita del banquero⁸⁰⁷. El Pretor podía improvisar la fórmula para cada caso (acción decretal)⁸⁰⁸. Ulpiano (4 *ad*

⁸⁰⁶ Ello se explica, como pone de relieve, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., *El receptum argentarii*, cit., p. 137: «porque formaban parte de las rationes aquellas operaciones que el argentarius realizaba con terceros en interés de su cliente».

⁸⁰⁷ Sobre la naturaleza de la *actio in factum adversus argentarios*, como acción penal o acción ad exhibendum se ha discutido mucho en la doctrina, ya que participa de los elementos propios de las acciones penales, por ejemplo en cuanto su anualidad e intransmisibilidad pasiva (D. 2,13,13: *Haec actio neque post annum neque in heredem nisi ex suo facto dabitur*), pero puede pensarse también en características propias de una *actio ad exhibendum*, como la necesidad de probar el interés positivo del actor para la concesión de la acción (*legitimatio ad causam*). Vid. éstos y otros argumentos a favor de la naturaleza ad exhibendum de la acción en GIOMARO, A. M., *Actio in factum adversus argentarios*, en *Studi Urbinati*, 45, (1976-77), pp. 96 s. Cf., cambio, la opinión de la doctrina mayoritaria sobre su naturaleza penal, BIONDI, B., “Le acciones noxales nel diritto romano classico”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo* 10 (1926), p. 63; BERETTA, P., “Le formule in id quod interest”, *SDHI* 3 (1937), p. 421; BRASIELLO, U., *Atto illecito, pena e risarcimento del danno*. Corso di diritto romano, Milano, 1957, p. 53; ALBANESE, B., “Studi sulla legge Aquilia”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo* 21 (1950), pp. 93 ss.; *Illecito (storia)*, EdD 20, 1970, pp. 62 ss [= *Scritti giuridici* 1, Palermo, 1991, pp. 791 ss]; LIEBS, D., *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, pp. 232 y 263; PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., pp. 158 ss.; *Profili giuridici*, cit., pp. 143 s.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., p. 110; BURILLO, J., “Contribuciones al estudio de la *actio ad exhibendum* en derecho clásico”, *SDHI* 26 (1960), pp. 208 ss.; *Recensión a Fernández Barreiro*, en *IVRA* 21 (1970), pp. 282 ss. y FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La previa información del adversario*, cit., pp. 127 ss., quienes sobre la base de una sustancial diferencia entre exhibere y edere, vienen a mostrar la falta de coincidencia entre la finalidad de ambas acciones: *ad exhibendum* e *in factum*.

⁸⁰⁸ Wesener, en *Studi Betti* IV (1962) p. 503.—Para los bizantinos las acciones *in factum* son acciones improvisadas para supuestos no ordinarios, pero no parece haber sido éste el sentido clásico, según el cual la *actio in factum* es la que tiene una fórmula *in factum concepta*.

ed. D. 2,13,8 pr.) expone, claramente, los criterios de responsabilidad bajo los cuales circunscribir esta conducta de quien no efectúa la *editio*:

Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit nisi dolo proximam dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit.

El criterio de imputación de responsabilidad al banquero por omisión de la *editio* es, como se desprende del texto, el dolo y, probablemente, la alusión a la *culpa lata* fuera un añadido posterior al sentir clásico⁸⁰⁹. El jurista no ofrece un elenco exhaustivo de los casos de *non edere dolo malo*, sino que llama simplemente la atención sobre dos ejemplos en particular: la *editio* maliciosa y la *editio* parcial, cuando dice que se entiende que también dejó de comunicar las cuentas por dolo el que exhibió maliciosamente y el que no exhibió la totalidad de las mismas (*dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit*). En la primera hipótesis, se sanciona al banquero que cumple con la *editio*, pero lo hace con la intención de dañar a quien la solicita: por ejemplo falseando las cifras o haciendo resultar a su favor créditos que en realidad no existen y todo ello con la finalidad de causar un daño a la contraparte. En el segundo caso, en cambio, el *argentarius* no rehúsa a cumplir la *editio*, pero la cumple sólo parcialmente, ocultando datos. En ambos casos se presume el dolo y se considera que se incumple la obligación de *edere rationes*.

La limitación al dolo de la responsabilidad del banquero en el ámbito de este edicto –que ni siquiera los bizantinos ampliarían a la culpa, sino sólo a la culpa lata o grave– supone un contrapeso a la tutela de los intereses de los clientes y revela, de este

⁸⁰⁹ La doctrina mayoritaria se muestra a favor de considerar fruto de interpolación las palabras ‘nisi dolo proximam’. Cf. DE MEDIO, A., “Studi sulla culpa lata in diritto romano”, BIDR 17 (1905), pp. 5 ss. y BIDR 18 (1906), pp. 260 ss.; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, p. 578; BILDING, K., “Culpa, culpa lata und culpa levis”, ZSS 39 (1918), p. 24, ROTONDI, G, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 98; MAC CORMACK, G., “Culpa”, SDHI 38 (1972), p. 178, nt. 148; VOICI, P., “Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali”, SDHI, 56 (1990), p. 50. Quizá este criterio de responsabilidad se introdujera antes de Justiniano, hacia finales del siglo I d. C., época en que lo encontramos conceptualizado en algunos juristas. En este sentido PETRUCCI, A., *Profili giuridici*, cit., p. 150, basándose en CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, pp. 28 ss.; CARDILLI, R., *L’obbligazione di ‘praestare’ e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.- II sec. d. C.)*, Milano, 1995, pp. 433 ss.

modo, una propensión a salvaguardar también la actividad bancaria, por cuanto ella cumple un papel decisivo en la economía romana. De ahí, también, el requisito del *iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi* que vendría impuesto por el magistrado a quien demandara la *editio*, como se deduce de sendos comentarios de Ulpiano y Paulo:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,6,2: *Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi: ne forte vel supervacuas rationes vel quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa.*

Paul. 3 *ad ed.* D. 2,13,9,3: *Ceterum omnibus postulantibus et iurantibus non calumniae causa petere rationes, quae ad se pertineant, edi iubet.*

Se trata de un remedio dirigido a reprimir la calumnia⁸¹⁰. Concretamente, la exhibición contable se subordina a un juramento por parte del cliente de no solicitarla por el mero interés de causar un perjuicio al banquero.

Así, Ulpiano pone el acento en la finalidad del juramento para el que pide la comunicación de las cuentas, que no va más allá de no vejar o perjudicar al banquero con una solicitud que, por ejemplo, implique una documentación inútil o de la que ya se esté en posesión. Paulo, por su parte, no añade más al respecto, sino que afirma el mismo requisito de *iusiurandum non calumniae causa* como principio general, sin proporcionar ejemplos específicos. Con todo, de ambos textos se puede inferir que se trata de un juramento particular, a iniciativa del magistrado, quien obligaría a jurar al actor cuando le presentara la *postulatio editionis*, como presupuesto necesario a su intervención. Sobre la base de este juramento el pretor emitiría el *decretum* con el que impondría al banquero la presentación en juicio de las *rationes* pertinentes a la causa⁸¹¹.

⁸¹⁰ el que hacen en juicio tanto el actor como el demandado al entablar la acción o al proponer la excepción para corroborar que no lo hacen por calumnia o vejar a su adversario sino porque creen que la justicia les asiste con cinco puntos particulares que los legisladores antiguos comprendieron en las siguientes frases latinas: *Illud juretur, quod lis sibi justa videtur; Et si queretur, verum non inficietur; Nil promittetur; nec falsa probatio detur; Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.*

Por otra parte, dice Paulo en D., 42, 2, de confesis, I: *Ait praetor: "Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam"; alterum itaque eligat est, qui quodammodo sua sententia damnatur"*(Dice el Pretor: "Aquel a quien se pidiera juramento, le forzaré a pagar o a jurar". Elija, pues, el demandado lo uno o lo otro: o pague o jure; si no jura, será obligado por el pretor a pagar.

⁸¹¹ Vid. GIOMARO, A. M., *Actio in factum adversus argentarios*, cit., pp. 68 s.

Pero si la solicitud de exhibición debía cumplir tales precisiones, no es menos cierto que debía, asimismo, probarse una relación causal directa entre el incumplimiento del deber del banquero de *edere rationes* y la pérdida del litigio por parte del cliente. Así se expresa Gai. 1 *ad ed. prov.* en diferentes partes de su discurso extraído de D. 2,13,10,3:

...eveniet, ut, sive quis condemnatus sit sive quod petierit non optinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdidit, hac actione consequatur... si apud hunc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse...

En tales referencias textuales el jurista pone de manifiesto la necesidad de probar por parte del cliente este nexo causal entre la pérdida del litigio y el hecho de carecer de las cuentas solicitadas al banquero para defender su causa. Se trata, por tanto, de un ejemplo más de la exigencia de equilibrar los derechos de los clientes de una empresa bancaria con los intereses de ésta, a fin de evitar que la disciplina del edicto pudiera influirle negativamente⁸¹².

En la misma línea, la exhibición de cuentas bancarias encuentra otro límite en lo determinado por Gayo (1 *ad ed. prov.*) en D. 2,13,10,2:

Edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest: scilicet ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur.

El jurista entiende que se exhibe una cuenta si se hace desde el principio, pues en caso contrario no se podría entender⁸¹³, pero limita la exhibición al hecho de que el cliente pueda examinar y copiar tan sólo aquella parte de las cuentas que le interesan a los fines probatorios para su controversia, no la integridad del libro contable o *codex*

⁸¹² Véase, Andreau, J., "Brèves remarques sur les banques et le crédit au Ier s. av. J.-C.", *AHN* 28 (1982), p. 99 y ss. Henri, A. *Des argentarii en droit romain: du contrat de compt courant en droit français*, París 1887. Trisciunglio, A. *Actividad bancaria de las ciudades en la época clásica*. Ridom, abril 2015

⁸¹³ Cada página del *Codex rationum* comenzaba con la indicación de la fecha seguida del registro de la operación concreta, como se desprende de Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,6,6. De ahí la necesidad del cliente de ver la documentación de su cuenta desde el inicio, para conocer las referencias cronológicas de las distintas operaciones contenidas en la misma. Vid. PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., p. 168 ss.

rationum. Se excluye, por consiguiente, de la publicidad todo aquello que no fuera relativo al litigio o controversia en curso⁸¹⁴.

Este testimonio gayano, concretamente, resulta de gran interés para la doctrina, porque en él se ha advertido el punto de partida histórico de la moderna disciplina del secreto bancario y, en general, de todas las garantías que han de observarse en las operaciones entre cliente y banca⁸¹⁵.

Por último, dos textos del Digesto vinculados entre sí, correspondientes a los comentarios de Ulpiano y Paulo al edicto⁸¹⁶, ponen de manifiesto, nuevamente, el equilibrio entre las exigencias de la banca y la protección a los terceros que contratan con

⁸¹⁴ Como expresa ANDREAU, J., *Banque et affaires*, cit., p. 93: «Le banquier n'était tenu de produire (edere) que ce qui concernait le compte du client; ou bien il en fournissait une copie, ou bien il permettait la consultation de l'original, mais en se limitant aux écritures du compte du client –écritures considérées, d'une certaine façon, comme étant la propriété du client. Cette production du registre ou d'une copie conforme n'impliquait ni que le compte fût clos, ni que le solde fût réglé par le client ou par le banquier».

⁸¹⁵ GIOMARO, A.M.: "Actio in factum adversus argentarios, cit.", pp. 99 s.; PETRUCCI, A., *Profili giuridici*, cit., p. 151; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., p. 109. En relación al secreto bancario en nuestra doctrina mercantilista actual vid., a modo de ejemplo, EMBID IRUJO, J. M., *Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: el llamado "servicio de caja"*. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad, en AA. VV., *Contratos bancarios* (coord. por R. Bonardell Lenzano; Dir. R. García Villaverde), Madrid, 1992, pp. 91-114; GUILLÉN FERRE, M. J., *El secreto bancario y sus límites legales (límites de derecho público)*, Valencia, 1996; AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J., *El secreto bancario*, Barcelona, 2001; PEÑAS MOYANO, M. J., "La supresión (parcial) del secreto bancario en el ámbito de la Unión Europea", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 23, Nº 93 (2004), pp. 221-238; ADRIÁN ARNÁIZ, A. J., "El alcance extraterritorial de las normas nacionales sobre el secreto bancario y la libre prestación de servicios en el marco de la Unión Europea", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 23, Nº 95, (2004), pp. 157-184; MONROY ANTÓN, A., "La directiva 2003/48/CE, su ineficacia práctica y la posible vulneración del secreto bancario", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 25, Nº 101 (2006), p.233-239.

⁸¹⁶ Sobre la naturaleza penal (y no preparatoria) de las acciones exhibitorias, no acaba de convencer el texto de Ulpiano (4 ad ed., en el D.2. 13.13, en el que afirma su intransmisibilidad pasiva y su anualidad), así como que se refiera a un interés positivo del cliente (en concepto de pena y no de indemnización). Tampoco podría aceptarse pacíficamente que el cliente sea propietario de la cuenta, de tal forma que su exhibición sea un medio preparatorio para reivindicar.

ella. En ambos textos se subordina tanto la solicitud de exhibición⁸¹⁷ de cuentas por el mismo banquero, como la del cliente hecha por segunda vez, a una previa cognición de causa (*causa cognita*) y ponderación, por lo tanto, por parte del pretor de cada caso en concreto:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,6,9-10: *Prohibet argentario edi illa ratione, quod etiam ipse instructus esse potest instrumento suae professionis: et absurdum est, cum ipse in ea sit causa, ut edere debeat, ipsum petere ut edatur ei... nam et ipsi argentario ex causa ratio edenda est: si naufragio vel ruina vel incendio vel alio simili casu rationes perdidisse probet aut in longinquo habere, veluti trans mare. 10. Nec iterum postulanti edi praetor iubet, nisi ex causa:*

Paul. 3 *ad ed.* D. 2,13,7 pr.: *veluti si peregre habere quod primum editum est doceat: vel minus plene editum: vel eas rationes, quas casu maiore, non vero negligentia perdiderit. nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit.*

En el primer texto, Ulpiano explica la motivación de fondo que existe para que se prohíba la comunicación de las cuentas a los propios miembros de la *societas argentarii*. La razón está en que éste ya se encuentra previamente informado, dado que el ejercicio de su profesión implica la tenencia de los documentos que solicita y sería un privilegio absurdo admitir su solicitud invirtiendo a su favor la carga de la prueba. Sólo se admitiría tal demanda en el caso de que el banquero pruebe haber perdido las cuentas en virtud de una justa causa, como la fuerza mayor (naufragio, derrumbamiento, incendio o suceso análogo) o que las tenga en un lugar lejano, como por ejemplo, en una provincia transmarina. Termina el testimonio ofrecido por Ulpiano, con la afirmación de que tampoco dispone el pretor que se haga la comunicación de cuentas a favor del cliente que lo reclama por segunda vez, a no ser que haya causa para ello. Dichas causas se encuentran en el sucesivo texto de Paulo (3 *ad ed.*)⁸¹⁸ tales como: que se pruebe que tiene

⁸¹⁷ Véase la reconstrucción que sobre la fórmula de la *actio ad exhibendum* hace Guarino, A., *Diritto Privato Romano*, 7ª ed. Nápoles, 1984, p.593 y Kaser, M., *Die Formula der Actio ad Exhibendum*, en *Studi Volterra* 3, p.545:

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Stichum hominem exhibere oportere, quem Numerius Negidius possidet, doloue malo fecit quo minus possideret, neque eas re arbitrio tuo exhibebitur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex, Numerio Negidium Aulo Agerio condemnato, s.n.p.a. Cfr. Burillo, J., *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico* en *26 S.D.H.I.* 1960 p. 190-281 y Marrone *Actio ad Exhibendum*, en *A.U. Pal.* 26, 1957, p. 177 y ss.

⁸¹⁸ D.2, 13,9,pr.

lejos lo que se le exhibió por primera vez o que la exhibición anterior fuera incompleta, o bien que haya perdido las cuentas por fuerza mayor y no por negligencia. El razonamiento último está en que sólo si hay una causa justificada, el pretor procederá a la orden de *editio*: *nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit*.

En efecto, como se deduce de los textos aquí referidos, si es el banquero quien solicita la exhibición o el cliente por segunda vez, el pretor no decreta automáticamente la orden tras la solicitud, sino que toma conocimiento del asunto y la admite o deniega previa cognición de causa. De ahí la imposición de determinados límites para garantizar que la solicitud de *editio* fuera razonable.

En resumen, tras examinar este régimen pretorio sobre la contabilidad bancaria, magistralmente interpretada e integrada merced a la labor jurisprudencial, podemos considerar que el interés social por el desarrollo de la actividad bancaria exige, asimismo, que ésta sea adecuadamente disciplinada estableciendo un equilibrio entre la afirmación y consolidación de la banca con la tutela de los intereses de los terceros que se ponían en contacto con los miembros de las *societates argentariorum*. Efectivamente, en la jurisprudencia se percibe una clara preocupación por imponer a cargo de los socios al frente de una *taberna argentaria*⁸¹⁹ el deber de informar⁸²⁰ –con la debida publicidad– sobre su práctica y los términos de su actividad contractual, respondiendo ilimitadamente por su incumplimiento o su variación, en base al principio “*neque enim decipi debent contrahentes*” y al concepto de “riesgo generado en la actividad económica y comercial”.

De la obligación de los *argentarii* de llevar al día la contabilidad de los clientes, se desprende la institución del *agere cum compensatione*⁸²¹, como forma de pago abreviado o técnica generalizada para la extinción de las obligaciones⁸²². Esto explica que en el caso de demandar el *socius argentarii* a su cliente⁸²³, éste está obligado sólo a reclamar el

⁸¹⁹ Véase al respecto, Cambridge Ancient History, vol. IX The Last Age of the Roman Republic 146-43 B.C.; 2ª ed. Editado por J. A. Crook, Andrew Linott y Elizabeth Rawson, 1994, p. 656-688.

⁸²⁰ Véase Salazar Revuelta: “El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca”.

⁸²¹ De define por Modestino (6 pandec.), D. 16, 2, 1, diciendo: “*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*”. (La compensación es el balance de una deuda y de un crédito entre sí).

⁸²² Iglesias: “Derecho Romano” p. 489: “En el derecho justiniano, desaparecido ya el procedimiento formulario, la compensación se convierte en institución única y de valor general”.

⁸²³ Según Gayo (4, 67-68), es preciso que las deudas estén vencidas, e insiste en que la reclamación previa compensación no es facultativa para el *argentarius*, sino obligatoria, so pena de perder por *pluris petitio*, lo que explica que en virtud de que el objeto del litigio se encuentra determinado, y no sería posible que el

crédito residual, previa compensación, lo cual obedece al propósito de favorecer siempre al cliente, incluso si el banquero no la hubiera realizado, alegando que un cierto crédito no guarda relación con la cuenta: en tal caso, se concede una *exceptio pensatae pecuniae* para obligarle a ello⁸²⁴.

Asimismo, volvemos a insistir, antes de abordar el desarrollo de las relaciones de los socios *argentarii erga omnes*, por razón de la relación societaria constituida, en lo que ya expresamos en la pregunta anterior, respecto a la transmisión *mortis causa* de la obligación de llevanza y exhibición de cuentas bancarias, procediendo al análisis y comentario de un supuesto relativo al fideicomiso de un banquero gaditano, que expone Escévola⁸²⁵. Se trata de un caso en el que un testador había dejado un legado a dos hermanos Mevios en los siguientes términos: “Y todo lo que poseo en Cádiz, mi patria”. Se preguntaba, entre otras cosas: En el caso de que dejara en la casa que tenía en Cádiz los documentos de crédito del registro de préstamos, que llevaba en su ciudad o en sus contornos, si también ese registro se debía entregar a los Mevios a causa del fideicomiso conforme a los términos del mismo. Asimismo se preguntaba si las cantidades que encontraran en la caja, en su casa de Cádiz, o las cobradas de diversos deudores y allí depositadas, se debían por el fideicomiso⁸²⁶.

Como justificación del sentido negativo de ambas cuestiones, podemos aducir: Por una parte, el causante, por su profesión de *argentarius*, tenía la obligación, como antes hemos expresado, de llevar un registro de cuentas e informar a los clientes de sus operaciones y saldos. Al responder los herederos de las deudas del banquero, debían conservar ellos los documentos y los registros que no debían entregar a los fideicomisarios. Por otra parte, las cantidades cobradas y depositadas debían servir para responder de las deudas del banquero y reembolsar los depósitos de los clientes. La continuación o liquidación de las operaciones de banca estaba a cargo de los herederos, y no entraban en el fideicomiso⁸²⁷.

juez condenara a otra cantidad más que en la expresada en la intención de la fórmula. Véase, D’Ors, Derecho Privado op. cit. p. 384.

⁸²⁴ D. 22, 3, 19, 3 (Ulp., 7 disp).

⁸²⁵ Escévola 22 dig., D. 32.41.26.

⁸²⁶ Escévola responde en sentido negativo a ambas cuestiones.

⁸²⁷ Véase, García Garrido, M.J., “Casuismo y jurisprudencia romana. Respuesta”II.- Acciones y casos, nº 130, p.549, 4ª ed., Madrid, 2008.

19.1.- RELACIONES FRENTE A TERCEROS REGIDAS POR EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.

Llegados a este punto, debemos cuestionarnos cuáles han sido los principios en virtud de los cuales se desenvuelve el comportamiento de los socios argentarii respecto de los terceros que se pongan en contacto con ellos. En las relaciones de los socii argentarii frente a terceros, regía el principio de la representación recíproca, traducido finalmente en la articulación de la responsabilidad societaria bajo el prisma de la solidaridad activa y pasiva⁸²⁸ de los mismos frente a terceros deudores o acreedores, según los casos. La existencia de la primera encuentra su fundamento en una fuente extra jurídica anónima⁸²⁹. En dicha Rhetorica se observa que puede demandarse también al socio del argentarius que haya efectuado el asiento contable. De esta manera, la doctrina constata que desde el siglo I a. JC., se había consolidado consuetudinariamente la solidaridad pasiva entre los socii argentarii y los terceros: “Consuetudine ius est id, quod sine lege aequo, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis...” (... con base en la costumbre, el derecho es aquello que se usa sin que exista ley, como si fuera legítimo, y de este género es que cuanto hayas escrito y debe un argentario, justamente puedes pedirlo a su socio...”).

El supuesto de hecho reflejado consiste en entregar una suma a un argentarius, de forma que asume la posición de deudor de su cliente. Por tanto, en la contabilidad bancaria queda asentado el crédito a través de una anotación llamada *nomen transcriptium*.

Lo mismo se refrenda en un pasaje de Paulo (3 ad ed.)⁸³⁰

Asimismo, Paulo nos viene a decir que siendo deudor un banquero socio, si pacta con su acreedor para que no se le exija la deuda (*pactum de non petendo*), ello aprovecha al socio, tal y como el pacto a favor de un deudor solidario por estipulación, puede oponerle válidamente el otro, y lo mismo tendría lugar en la hipótesis en la que interviniera un fiador⁸³¹.

⁸²⁸ Véase sobre este tema, Litewski Wieslaw; *Le obbligazioni solidali in diritto romano* (a. gonzalez, una vision unitaria de las obligaciones solidarias en derecho romano clasico), in *Labeo*, 35, 1989, pp.244-251

⁸²⁹ *Rhetorica ad Herennium* 2, 13, 19

⁸³⁰ Paulo 3 ad ed. D. 2, 14, 25, pr.:”*Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis*”.(Lo mismo vale para dos deudores por estipulación y para dos banqueros socios).

⁸³¹ Véase, Paulo lib. 3 ad Plautium, D.2, 14, 24:”*Sed si fideussor in rem suam spondit, hox casu fideiussor pro reo accipiendus est et pactum cum eo factum esse videtur*”.

En cuanto a la solidaridad activa, las fuentes testimonian que la gestión de uno de los banqueros —relacionada con el fin social—, justificaba la adquisición del crédito por parte de los socios, de modo que cada uno se encontraba facultado para exigirlo por entero, como se desprende del texto de Paulo 3 ad ed.⁸³².”Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo... (Si uno de los socios banqueros hubiere pactado con el deudor <que no le reclamará>, ¿perjudicará acaso también al otro la excepción? Neracio, Aticilino y Próculo dicen que no perjudica al otro pese a que el pacto sea sobre el objeto de la obligación: tan sólo se ha establecido que el otro sí que puede pedir el todo. Lo mismo opina Labeón...)

En consecuencia, en la *societas argentarii* primaba el pacto en virtud del cual, cada socio podía exigir solidariamente el cumplimiento de la obligación a sus clientes, aunque éstos hubieran celebrado el negocio con uno solo de ellos, y aun cuando uno de los banqueros hubiera pactado no exigir la satisfacción de la deuda (*in rem*), y no sólo no exigirla de manos de aquél con quien pactó (*in personam*)⁸³³.

Asimismo, debemos recordar también que una de las características⁸³⁴ del contrato de sociedad romano consiste en la falta de relevancia del vínculo social respecto a los terceros que hubiesen entrado en relaciones contractuales con socios singulares, salvo pacto expreso en contrario: Paulo lib. 32 ad ed. D. 17, 2, 678, pr.:”Si unus ex socii rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debe ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum, quod si iam damnum passus est, hoc ei praestabitur, sed si pretium communicatum sit sine cautione et aliquid praestiterit is qui vendidit, an, si non omnes socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest a ceteris debeat ferre?

⁸³² D. 2, 14, 27, pr.

⁸³³ El hecho de que la opinión de Labeón sea citada en este pasaje de Paulo, unido a la fecha de la Retórica, lleva a deducir que hacia finales de la República existía una simetría en el régimen de la solidaridad de la *societas argentarii*, dado que incluía tanto la activa como la pasiva. Asimétrica, en cambio, era la situación respecto de la conclusión de pactos de no exigir la deuda: en efecto, el *argentarius* deudor podía excepcionar oponiéndose de acuerdo con el pacto estipulado por su consocio, si bien el pacto celebrado por un socio acreedor no perjudicaba a los demás. Otros pasajes en los que existe pluralidad de *socii argentarii*, pero en los que la doctrina se debate entre la constatación o no de la solidaridad derivada de la sociedad entre ellos constituida, tanto activa como pasivamente, son también de Paulo: 13 y 62 ad ed., en el D. 4, 8, 34, pr. y 2, 14, 9, pr., respectivamente.

⁸³⁴ Velasco Garcia: op. cit.. p136.

sed Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest, rationeque defendi posse quoniam, societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur”.

En definitiva, el régimen especial que se aplica a los socii argentarii concretado en la solidaridad activa y pasiva de los miembros de la mensa argentaria, así como la responsabilidad de los mismos con todo su patrimonio frente a los depósitos realizados en aquélla, ha sido calificado de *ius singulare*⁸³⁵

19.2.- OTROS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCII ARGENTARII FRENTE A TERCEROS EN DESARROLLO DEL UN FIN SOCIAL DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA.

Así veamos las responsabilidades desencadenadas en un supuesto de intermediación⁸³⁶ para la celebración de negocios jurídicos entre terceros, en nuestro supuesto se trataría de venta. Veamos, así pues, Escévola, 5 dig.⁸³⁷: “Filiae intestato patri heredis negotia mater gessit et res vendendas per argentarios dedit idque ipsum códice conscriptum est: argentarii universum redactum venditionis solverunt et post solutionem novem fere annis, quidquid agendum erat, nomine pupillae mater egit eamque marito nuptum collocavit et res ei tradidit. Quaesitum est, an puella cum argentariis aliquam actionem habet, quando non ipsa stipulata sit pretium rerum, quae in venditionem datae

⁸³⁵ Velasco, op. cit. p 139. Asimismo, véase Cuiacii:”Opera Parisiensem Fabrotianam editionem, tomo V, Prati 1861 c. 915 ad L. 82 pro Socio”At Semper excipio ab hac definitione argentarios socios, in quibus jus hoc esse consuetudine receptum Cornificis scribit secundo ad hernnium, ut quod, quis argentario expensum tulerit, id a socio argentarii in solidum repetere possit. Nec mirum, cum e diverso, quod quid argentario acceptum tulerit, id socius argentarii in solidum repetere possit, ut aperte dicitur jure singulari esse constitutum in. L. Si unus ex argent, in princ. sup.de pact. Hoc jure singulari in argentariis tantum sociis receptum est, non in caeteris sociis; falsum igitur, quod Cynus et Baldus generaliter statuunt, socium communi nomine mutuumin solidum accipientem, alterum socium obligare creditori in solidum conditioni creditae pecuniae, hoc est, creditorem, quod uni ex sociis expensum tulerit, id ab altero socio, cum quo non contraxit, in solidum repetere posse, quod receptum tantum est in argentariis sois propter necessarium usum argentariorum et mensae, propter utilitatem publicam, l. Quod prius. Depos. sicut et pleraque elia constat esse recepta singularia in argentariis ex Novel. 136.

⁸³⁶ Véase, Melillo, G., *Economia e società in Roma Antica* (Claude Nicolet, rendre a Cesar. Economie et société dans la Rome Antique), in *Labeo*, 37, 1991, pp.256-268.

⁸³⁷ D. 46, 3, 88.

sunt, sed mater. Respondit, si de eo quaeretur, an iure ea solutione argentarii liberati essent, responderi iure liberatos. Claudius: subest enim illa ex iurisdictione pendens quaestio, an pretia rerum, quae sciebant esse pupillae, bona fide solvisse videantur matri, quae ius administrationis non habebat: ideoque si hoc sciebant, non liberantur, scilicet si mater solvendo non sit. (Una madre administró los negocios de la hija heredera del padre abintestado, y dio a unos argentarii unas cosas para que fueran vendidas, lo cual se consignó en su libro contable; los banqueros pagaron la totalidad de lo obtenido de la venta, y unos nueve años después del pago, la madre hizo a nombre de la pupila todo cuanto se había de hacer, la dio en matrimonio al marido, y le entregó los bienes. Se preguntó si tiene la joven alguna acción contra los banqueros, no habiendo estipulado ella misma, sino su madre, el precio de las cosas, que fueron dadas para la venta. Respondió que si se preguntaba si en derecho habían quedado liberados los argentarii con aquel pago, se contestó que quedaron liberados en derecho. <Y dice> Claudio: queda, pues, pendiente en aquella decisión jurisdiccional la cuestión de si se considerará que de buena fe pagaron los precios de las cosas, que sabían que eran de la pupila, a la madre, que no tenía derecho de administración, Y por ello, si sabían esto, no quedaban liberados, en caso de que la madre no sea solvente).

Comentando dicho pasaje, cabe añadir lo siguiente: dado que la madre había actuado como estipulante frente a los argentarii-promitentes, aun no siendo la propietaria, puede suponerse que la práctica asentada permitía proceder a la venta de los bienes cuando existiera una legitimidad razonable concedida por la madre, y así las cosas, los argentarii asentarían ulteriormente sus operaciones en los libros contables, hecho especialmente importante para fines probatorios⁸³⁸, por lo cual, a pesar de que la madre no informó del precio de las cosas subastadas a la hija, Escévola opina que los socii argentarii se han liberado de todo vínculo; pero C. Trifonino estima que debe valorarse si se pagó o no con buena fe, de suerte que si sabían que la madre no tenía derecho para administrar la herencia, no quedan liberados, si la hija no recupera el dinero de manos de la madre.

Una confirmación de la conclusión de esta promesa por parte del argentarius la aporta la tablilla número 81 del archivo de los Sulpicios, además de ulteriores detalles sobre el cobro de su retribución: "Ti(berio) Plautio Aeliano Tauro Statil[i]o Corvino

⁸³⁸ D.2, 13, 6,3, así recoge esa fuerza probatoria. En todo caso, recuérdese el edictum de argentariis rationibus edendis. Véase Petrucci: "Lezione di diritto commerciale, p 83-88.

con(n)s[ulibus] XII k(alendas) Iulias. A(ulus) Castricius —s scripsi me promissis C(aio) Sulp[ici]o [Fa]usto quanta pecunia ex auctione P(ublii) Servili Narcissi in stipulatum meum meorumve venit venerit deducta mercede[m]— repraesentatu et—⁸³⁹. (Durante el Consulado de Tiberio Plaucio Eliano y Tauro Estatilio Corvino, el duodécimo día anterior a las calendas de julio <20 de junio del 45 d. C.>, yo, Aulo Castricio— s escribí haber prometido a Cayo Sulpicio Fausto todo el dinero que de la venta en subasta <de los bienes> de Publio Servilio Narciso forma o formará parte de una estipulación conmigo o con mis auxiliares deducida la merced —sin dilación y—).

Esta tablilla ofrece como aspecto de particular interés el hecho de que el objeto de la estipulación entre el banquero y el vendedor se encontraba indeterminado al momento de concluir la promesa, y su determinación se efectuaba tomando como referencia lo que, el banquero obtuviera como precio del adquirente. Claro que nada obstaba para que, ya desde la primera estipulación, el banquero se comprometiera a pagar un precio cierto al vendedor, posibilitando así el lucro del excedente obtenido frente al adquirente.

Sin embargo, aun en el caso en que la promesa del *argentarius* estuviera referida a lo obtenido de manos del comprador, su obligación era considerada autónoma, es decir, no dependía ni del previo pago del adquirente al *argentarius*, ni de la entrega de la cosa por parte del vendedor, como se lee en Paulo, 71 ad ed⁸⁴⁰: “ Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et rehibitus sit domino: agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam is qui vendidit domino pretium solverit (etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit) et ideo is qui vendidit agit adversus dominum... (Si un esclavo es vendido por aquél a quien el dueño lo había permitido, y ha sido devuelto al propietario, se puede oponer la excepción de redhibición al vendedor que reclame el pago del precio, aunque quien vendió haya pagado ya el precio al dueño (pues también se puede rechazar con la excepción de mercancía no entregada a quien ya pagó el dinero al dueño), y por lo tanto, quien vendió debe demandar al dueño...).

Todos estos testimonios informan acerca de la deducción por los *argentarii* de un tanto del precio obtenido del adquirente-coherente con su actividad lucrativa-, cuyo

⁸³⁹ Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (ed Camodeca, I; Roma, 1999), cit. por Petrucci: *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*; Giappichelli; Turín, 2002. P.46.

⁸⁴⁰ D. 44, 4, 5, 4.

importe solía llegar a alcanzar el uno por ciento del precio establecido⁸⁴¹.

En general, entre los *argentarii*, como intermediarios, y los adjudicatarios de bienes subastados, mediaba una *stipulatio*-salvo que la venta exigiera el pago de presente y al contado-, tal como pone de manifestó el discurso *Pro Caecina*, o la misma tablilla 81 de los *Sulpicios*⁸⁴², la cual tenía por objeto el precio o contraprestación que el adjudicatario se obligaba a pagar al *argentius* y éste, a su vez, al vendedor, actualizando así una auténtica intermeiación financiera. Asimismo, la existencia de dicha *stipulatio* aparecía implícita en muchas situaciones. Como ejemplo de ello, podemos mencionar, una vez más el texto de Paulo recogido en D. 44, 4, 5,4, referido a las excepciones *argentariae* oponibles por el adquirente⁸⁴³, tales como la *exceptio rehibitionis* (en caso de devolución por causa de un vicio oculto) o la *exceptio mercis non traditae*⁸⁴⁴ (si la cosa adjudicada no había sido entregada aún). Y decimos que aparecía implícita porque su presencia se inducía por necesidad sistemática, en la medida en que el otorgamiento por parte del pretor de tales medios de defensa, únicamente se justificaba en virtud de una relación de derecho estricto, dado que la buena fe no permitía al banquero reclamar el precio, si el adquirente no estaba ya o no estaba todavía en posesión de la cosa subastada.

Evidentemente, dicha *stipulatio* permite advertir la función financiera desempeñada por los *socii argentarii*, dado que de dicha intermediación suelen derivarse el cobro de intereses al cliente adjudicatario, si bien es preciso aclarar la forma de garantizar que el adquirente o adquirentes presten esta promesa a los *socii argentarii*: al respecto, se ha considerado que la *stipulatio* se presenta, desde este enfoque, como una

⁸⁴¹ No obstante, existen referencias de porcentajes o comisiones más altas; en tal sentido, véase Cicerón: *Pro Rabirio Postumo*, 30.

⁸⁴² También entre los documentos de Cecilio Jucundo la doctrina ha considerado que se encuentra referencia explícita de esta estipulación entre el banquero y el comprador: en este sentido han sido interpretadas las palabras *pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi o Felicis*, FIRA, 3, p. 405; (*Sextertios*) *n(ummos) DXX ob mutum venditum (M.) Pomponio M. I(bero) Niconi, quam pecuniam in stipulatum :. . Caecili Felicis redegisse dicitur M. Cerrinius Eup(h)rates...*; FIRA, 3, p 407 (*Sextertios*) *n(ummos) V (milia) CCC, quae pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi venit ob manc(i)pi(a) duo veterana vendita r(atione) hereditaria L.Corneli (Tert)i soluta habere se (dixi)t L.Cornelius Maximus ab L. Caecilio Iucundo...*

⁸⁴³ De la eficacia de dicha *exceptio* se hace eco el texto de las Instituciones de Gayo, 4, 126^a.

⁸⁴⁴ Asimismo, véase la obra de Petrucci, A.: "In margine a Gai, 4, 126^a. "Osservazioni sulla *exceptio mercis non traditae* e la *praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium soverit in un'auctio argentaria*", en *Iuris vincula. Studi in onere di M. Talamanca*, 6; Nápoles, 2001; p. 316 y ss.

condición suspensiva del contrato de compraventa, además de que entraña la extinción de la obligación del comprador de pagar al vendedor, y la sustituye por la de satisfacer el precio a los argentarii. Se desencadena una novación subjetiva por cambio del acreedor y asimismo objetiva y causal, pues cambia la causa de la obligación; no obstante, los jurisconsultos, en concreto Paulo, en el texto transcrito⁸⁴⁵, de manifiesta reacio a dicha doble novación, toda vez que en el mismo se aprecia que la redhibición del esclavo por vicios ocultos⁸⁴⁶ se realiza ante el dominus auctionis, como vendedor, y no ante el argentarius.

En cualquier caso, independientemente de la calificación jurídica de la intermediación de los socios argentarii, en la práctica resultó muy relevante el valor añadido que la misma representaba; así, por ejemplo, vendedores ordinarios o bien acreedores en busca de satisfacción de su crédito por medio de la venta de su garantía, acudían a la intermediación en la venta de los argentarii, con inclusión de un pacto llamado *in diem addictio*⁸⁴⁷, que estimaba eficaz el contrato para el caso de que dentro de un cierto plazo no hubiera mejores ofertas.

La razón pragmática de que solicitar dicha intervención financiera⁸⁴⁸ en negocios varios de índole traslativa, se debía al dato fáctico de que el número de adquirentes potenciales se elevaba considerablemente gracias a la intervención de los argentarii vinculados entre sí, merced a un contrato de *societas argentariorum*.

Por su parte, los particulares operan con los banqueros mediante la entrega de capitales a los *socii argentarii* para su custodia por vía de depósito o para la obtención de frutos. De hecho el análisis de los textos del Digesto que ofrecemos

⁸⁴⁵ D. 44, 4, 5,4.

⁸⁴⁶ En relación a dicha redhibición, véase, Mohíno Manrique, A.: "La eficacia real en las transacciones del comercio de esclavos", Madrid, 2008.

⁸⁴⁷ Ver, D. 18, 2,1 (Paulo, 5, ad Sab.)

⁸⁴⁸ El testimonio más antiguo de la intervención de los argentarii en una subasta, es de Cicerón, Pro Caecina, 16 "Aebutio negotium datur. Adst ad tabulam, licetur Aebutius; deterrentur emptores multi partim gratia Caesenniae, partim etiam pretio. Fundus addicitur Aebutio; pecuniam argentario promittit Aebutius..." (El asunto se le encarga a Ebucio. Ebucio se presenta a la venta en subasta y licita. Muchos compradores desisten; unos, en atención a Cesenia; otros, también por el precio. La propiedad es adjudicada a Ebucio; y Ebucio se compromete a pagar el dinero al banquero...).

20.- GARANTÍAS DE LA EFECTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ARGENTARIUM GENERADAS EN EL SENO DE LAS MISMAS.

20.1.- EXAMEN DEL RECEPTUM ARGENTARIORUM: ASUNCIÓN DE CLIENTES POR UNA SOCIETAS ARGENTARIORUM.

Muy gráficamente, mantiene el profesor Alvaro D'Ors que el receptum argentarium implica un “préstamo de solvencia, pues el acreedor se fía de la solvencia del banquero”⁸⁴⁹.

Por la fuerza de un convenio⁸⁵⁰, los socii argentarii se encargaban de pagar las deudas presentes y futuras de éste, hasta la concurrencia de una suma determinada.

En virtud de este negocio, que sólo los argentarii estaban legitimados para llevarlo a la práctica,⁸⁵¹ se prestaba un servicio de caja a los asiduos demandantes de las prestaciones bancarias.

Se recoge una alusión descriptiva del mismo en el Edicto⁸⁵², en la tercera cláusula del Título XI, donde se describe teniendo en cuenta su contenido: “*Argentariae mensae exercitores quod pro alio solui receperint ut soluant*”.

La mecánica del receptum argentarii entrañaba una garantía para los acreedores, en la medida en que su crédito es liquidado de forma autónoma respecto de la existencia y validez de la obligación principal: Al ser independiente de toda relación anterior (germen de deuda), el acreedor puede dirigirse y reclamar al banquero a través del ejercicio de la actio recepticia ágilmente, sin verse obligado a probar el receptum mismo que lleva aparejada la asunción de deuda, con total abstracción de la existencia y validez de la deuda en sí, sin perjuicio de los matices que más adelante apuntaremos siguiendo el criterio doctrinal de Talamanca⁸⁵³.

⁸⁴⁹ Derecho Privado, cit. P. 405.

⁸⁵⁰ Se ve en este pacto un antecedente de las actuales cuentas corrientes y apertura de crédito, según que el cliente tenga fondos, o no, en poder del banquero y en la medida necesaria.

⁸⁵¹ Cfr. Teoph. Paraph. 4, 6, 8. Vid. FREZZA, P.: Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, 1, Le garanzie personali, Casa Editrice Dott. Antonio Miani, Padova, 1962, p. 275; PETRUCCI, A.: Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, G. Ciappichelli Editore, Torino, 2002, p. 59.

⁸⁵² RICCOBONO, S.: PIRA, pars prima, leges, S. A. G. Barbera, Florencia, 1941, p. 347.

⁸⁵³ Talamanca, M., Istituzioni di diritto romano. Milano, 1990.

La doctrina científica tiende a analizar el *receptum* partiendo de su etimología. Como primera aproximación a su estudio, contaremos con el trabajo de Partsch⁸⁵⁴, quien a partir del análisis de los documentos griegos, determinó que "*recipere*" tenía un sentido genérico y ambiguo equivalente a "garantizar" que se corresponde con el término griego "ἀναδέχεσθαι" y los términos familiares "ἐπιδέχεσθαι" y "ἐκδέχεσθαι".

Desde aquí podían tener lugar dos sentidos concretos en el ámbito jurídico: uno, que efectivamente correspondía a la acepción puramente material de "recibir"; y otro, en cambio, que se refería a la acepción más abstracta de "garantizar" o "prometer"

Partiendo de estas premisas referentes a su eficacia abstracta, podemos determinar a qué arquetipo responde, cuál es la naturaleza jurídica del *receptum argentarii*. Para ello y siguiendo a Patricio Ignacio Carvajal⁸⁵⁵, recogemos las siguientes opiniones doctrinales tendentes a detectar su esencia jurídica:

En opinión de BRUNS⁸⁵⁶, el *receptum argentarii* es un contrato solemne del *ius cívile* por el cual el *socii argentarii* (en nuestro caso) asume la obligación de cumplir una obligación del cliente con un tercero.

Por su parte BEKKER⁸⁵⁷ cree que el *receptum argentarii* es una suerte de mandato-delegación (de la correspondiente consensualidad del mandato, presume su carácter informal) en que el banquero se obliga a cumplir con una deuda del cliente, por encargo suyo, frente a un tercero.

Para ROSSELLO⁸⁵⁸, en cambio, el *receptum argentarii* es un contrato consensual, desprovisto de forma, en virtud del cual un *argentarius* se obliga, en consideración a una obligación ajena, a pagar una suma de dinero u otra cosa a un tercero. Si bien en la práctica habitualmente

El tercero será acreedor de un cliente del banquero, y aquel le habría dado orden de pagar, ello no resulta esencial, de manera que ni la existencia del crédito ni la delegación serían necesarias para que surgiera la obligación *recepticia*, sino que la promesa del banquero, por sí sola, generaría la obligación. Dicha obligación del *argentarii* sería

⁸⁵⁴ PARTSCH, J., Der ediktale Garantievertrag durch *receptum*, en ZSS. Rom. Abt. 29 (1908), pp. 417 ss.

⁸⁵⁵ Carvajal R., Patricio Ignacio: "Receptum argentarii. Notas sobre las garantías bancarias en el Derecho Romano y Justiniano". P. 128-129.

⁸⁵⁶ BRUNS, G.: Das *constitutum debiti*, Zeitschrift für Rechtsgeschichte (1 862) p. 85.

⁸⁵⁷ BEKKER, E.: *Recipere und permutare bei Cicerón*, ZSS 3 (1 882) pp. 1 ss.

⁸⁵⁸ ROSSELLO, *Receptum argentariorum*: Archivio Giuridico Filippo Serafini 45 (1890) p. 4.

absolutamente abstracta, pues, para dar mayor agilidad al tráfico, se trataba de evitar todas aquellas excepciones que hubiesen podido retrasar el pago.

Según TALAMANCA⁸⁵⁹, se trata de la asunción no formal, por parte del *banquero*, del pago de una prestación debida por su cliente a un tercero. Dado su carácter abstracto, el *banquero* quedaba obligado aun cuando la deuda del cliente no subsistiera o resultara ineficaz; sin embargo, había que aludir a un vínculo que al menos en abstracto fuese capaz de generar una obligación, de manera tal que, por ejemplo, no se podía realizar un *receptum* respecto de un *debitum* desprovisto de acción, como sería el caso del que nace *ex nudo pacto*.

MACDELAIN⁸⁶⁰, por su parte, siguiendo con su teoría general que atribuye a la actividad pretoria el origen de los contratos, considera el *receptum argentarii* un contrato consensual pretorio, en un mismo piano que los contratos consensuales tradicionales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), pero, en este caso, de estricto derecho, dado el peculiar grado de abstracción causal.

La principal peculiaridad del *receptum argentarii* descansa en su carácter de garantía abstracta, lo cual repercute en la práctica en un reforzamiento de las garantías atribuidas a los terceros acreedores en contacto principalmente con las sociedades *argentarii*, imbuyendo de más agilidad a los procesos de reclamación en virtud del mismo, en el sentido de que no sólo los acreedores que demandaran no estaban en absoluto obligados a probar la existencia y validez de la deuda o deudas garantizadas, sino también que, habiéndose celebrado el negocio *argentarii*, los deudores no podían impedir a los acreedores *socii argentarii* que procedieran a liquidar las obligaciones, esgrimiendo excepción alguna, dada la abstracción a la que nos referimos. Sin embargo, esta fuerte abstracción no surgió sino como producto de un proceso histórico culminado hacia finales del siglo II d. JC., reflejado en una interesante cita de Ulpiano (14 ad ed.)⁸⁶¹ y que también se halla interpolada de igual manera que tantas otras:” *Utrum praesente debitore an absente constituant quis, parvi refert. Hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigesimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si, postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semet sit obligatus qui*

⁸⁵⁹TALAMANCA, v. *Argentarii*; NNDI p. 941.

⁸⁶⁰ MACDELAIN, A.: *Le consensualisme dans l'édit dui preteur*, Publications de L'Institut de Droit Romaine L'Unlversité de París, París, 1958, pp. 125 ss.

constituit, factum debitoris non debet eum excusare. (Poco importa que uno contraiga constituo estando presente o ausente el deudor. Esto mas escribe Pomponio en el libro trigésimo cuarto, que puede aquél contraerlo, aun contra la voluntad de éste. Por lo cual, juzga falsa la opinión de Labeón, que cree que si después de que uno se comprometió por otro, el deudor principal le intime a no pagar, se ha de dar una excepción fundada en un hecho,; y no carece de razón Pomponio, porque una vez que se haya obligado quien se comprometió, no debe excusarlo el hecho del deudor).

La consolidación del carácter abstracto del negocio está relacionada, según también se observa en el pasaje, con que para su conclusión se requería originariamente mandato del cliente (o sin encargo, en espera de la aprobación de su gestión), y al final de la evolución clásica, puede ocurrir incluso con independencia de la voluntad del cliente.

En cuanto a su forma, como manifestación externa a través de la cual adquiere relevancia jurídica el Receptum, Lenel⁸⁶² estimó que dicha actio recepticia (creada por el pretor hacia finales de la República como actio in factum) se encontraba en el edicto de receptis^{863, 864}.

Por otra parte, aunque la doctrina científica no ha puesto en tela de juicio su carácter de garantía personal, sí que ha sido objeto de discusión el dilema sobre si ese convenio de asunción de deudas de clientes era o no solemne, en el sentido de que estuviera subsumido en la forma estipulatoria⁸⁶⁵, en el sentido de que la forma se identifique con la causa para su reconocimiento jurídico. Induce a decantarse uno por la respuesta negativa, el hecho de que no se produjera novación en la obligación del cliente, pero el Codex habla de que esta promesa del banquero estaba “compuesta por palabras

⁸⁶¹ D. 13, 5, 27.

⁸⁶² EP. pp 132 y ss.

⁸⁶³ C. 4,18,2; D. 13,5,12; D. 13,5,27.

⁸⁶⁴ No resultan muy claras las causas que motivaron el tratamiento unitario en la sistemática edictal (en el mismo título de la redacción juliana del Edicto), de estos tres recepta, nautarum, cauponum et stabulariorum, junto con el receptum arbitri y el receptum argentarii, tan diferentes en cuanto a contenido, finalidad económica o ámbito de aplicación. Esta cuestión ha sido muy debatida en la doctrina de todos los tiempos sin encontrar una solución del todo satisfactoria: se ha argumentado la *communitas nominum*; su naturaleza de pro-Page 227 mesa, para algunos, solemne y, para otros, informal; cierta identidad funcional, etc.

⁸⁶⁵ Como el *constitutum*, el *receptum argentarii* encuentra sus orígenes, bajo la influencia helenística, en la práctica bancaria griega y romana. Ambos negocios evitaban la forma.

solemnes”⁸⁶⁶. Hoy en día, sin embargo, y pese a contar con una importante mayoría a su favor la tesis que lo propone como un acto informal⁸⁶⁷, algunos romanistas han vuelto, desde nuevas perspectivas, a proponer el carácter formal del negocio⁸⁶⁸.

En cuanto a este punto la doctrina no hace más que oscilar en torno a este dilema: (negotio ad solemnitatem o no). Existe un argumento que conduce a una respuesta contraria su pretendido carácter formal, el cual consiste en considerar el que no se produjera novación en la obligación del cliente por virtud del mismo; pero frente a ello hay que considerar que en el Codex se sostiene que esta promesa del argentarius está “compuesta por palabras solemnes”⁸⁶⁹. Un testimonio de Cervidio Escévola, 1 resp⁸⁷⁰, muestra un receptum eficaz, aun cuando carente de formalidades: es preciso advertir que el pasaje fue interpolado⁸⁷¹, de modo que originariamente se refería a un argentarius, y la acción otorgada no era la pecunia constituta⁸⁷², sino la propia de este negocio bancario: “Quidam ad creditorem litteras eiusmodi fecit: ‘Decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva rationem usurarum habes pene me, domine’. Respondit secundum ea quae proponerentur actione de constituta pecunia eum teneri. (Uno <un banquero> escribió a su acreedor una carta de este modo: ‘Señor tienes en mi poder, ssegalva la cuenta de los intereses, los diez que Lucio Ticio había recibido en mutuo de tu caja’. Respondió, que, según lo que se proponía, quedaba él obligado por la actio de pecunia constituta <actio recepticia>).

⁸⁶⁶ C.4, 18, 2, pr (de Justiniano 513).

⁸⁶⁷ PETRUCCI, A.: Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo – metà del III secolo d. C.), Jovene Editor!, Napoli, 1991, pp. 197 ss.; FASOLINO, F.: Sulle tecniche negoziali bancarie: Il "receptum argentarii", *Labeo* 46 (2000) 2, p. 189.

⁸⁶⁸ BÜRGE, A.: Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Banwesens, *ZSS* 104 (1987), pp. 529 ss.; LA ROSA, F.: Il formalismo del pretore: "constitutio" e "recepta", *Labeo* 43 (1997) 2, p. 224; PETRUCCI, Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, *cit.* p. 60. BÜRGE, A.: Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Banwesens, *ZSS* 104 (1987), pp. 529 ss.; LA ROSA, F.: Il formalismo del pretore: "constitutio" e "recepta", *Labeo* 43 (1997) 2, p. 224; PETRUCCI, Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, *cit.* p. 60.

⁸⁶⁹ C. 4, 18, 2, pr (de Justiniano, 531).

⁸⁷⁰ D. 13, 5, 26.

⁸⁷¹ Lenel, Otto: *Palingenesia iuris civilis*; il Cigno Galileo Galilei; Roma 2000; vol. 2, col. 290.

⁸⁷² La acción de pecunia constituta sustituyó a la actio recepticia en tiempos de Justiniano.

El hecho de que el pasaje esté interpolado se deduce a partir de que el propio emperador Justiniano declara, que el *receptum argentarii*, negocio de garantía que estamos tratando, ha sido abolido por él, en tanto que había ordenado ampliar el régimen del *constitutum debiti alieni*, —el cual consiste en una forma de garantía personal sobre el pago de una deuda ajena—, sobre cuyo estudio vamos a profundizar seguidamente.

Si bien, antes de pasar al estudio del *constitutum debiti alieni* (heredero, en gran medida, del *receptum argentarii*), con el fin de enfatizar más el hilo conductor entre el *receptum argentarii* y este último desde el punto de vista de su finalidad garantizadora cabe concluir que Lenel logró determinar la posición del *receptum argentarii* en el Edicto mediante el método palingenésico, ubicándolo como una tercera cláusula de la rúbrica *De receptis* (XI), antecedido por el *receptum arbitri* y por el *receptum nautarum cauponum stabulariorum*. En su reconstrucción logró, dicho romanista alemán, detectar los pasajes del Digesto⁸⁷³ en que se nos da noticia del *receptum argentarii*, restituyendo en ellos el "constituere" interpolado por el "recipere" original⁸⁷⁴.

20.2.- CONSTITUTUM DEBITI ALIENI: GARANTÍA ABSORBENTE DEL RECEPTUM ARGENTARII. NUEVOS PERFILES EN LA GARANTÍA ASEGURADORA DE LA RESPONSABILIDAD.

En un primer estadio evolutivo, el *constitutum debiti* se habría realizado por medio de una versión informal de la *stipulatio*, como se puede extraer de los textos que hablan de la celebración de *constitutum* por carta. Pero, por lo mismo, no es fácilmente descartable la necesidad del uso preciso de "constituere"⁸⁷⁵, de manera que sería muy

⁸⁷³ D.- 12, 2, 27; 13, 5, 12; 13, 5, 28; 17, 1, 28; 46, 1, 30; 46, 3, 52; 43, 6, 53; 2, 13, 6, 3; 13, 5, 26. Hoy acaso pueda tenerse por abandonada la propuesta de incorporar a este repertorio Dig. 14, 5, 8, que en su día realizara MITTEIS, salvo el apoyo que aún encuentra en GARCÍA GARRIDO, en cuanto a que, al menos, el pasaje sí se refiere a un *argenta-rius*. Vid. MOTÉIS, L.: *Trapezitika*, ZSS 19 (1B9B) pp. 203 ss.; GARCÍA GARRIDO, M.: *Re. Petrucci, A., Mensam exercere*, IVRA 42 (1991) pp. 202; FASOUNO, *Sulle tecniche neyozíoli bancarie*, cit. p. 174.

⁸⁷⁴ PETRUCCI, A *Mensam*, op.cit. p. 205.y *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*.

G. Ciappichelli Editore, Torino, 2002, p. 59.

⁸⁷⁵ LA ROSA, *Il formalismo de pretore*, cit. pp. 204 ss.

discutible el poder considerar el *constitutum* como acto jurídico esencialmente consensual⁸⁷⁶.

El *constitutum* aparece como una promesa no estipulatoria en virtud de la cual se fijaba un plazo para el pago de una deuda. El carácter no estipulatorio de la promesa es el que permite el efecto, importantísimo, de la subsistencia de la obligación principal, pues mediante negocio estipulatorio esta misma convención habría extinguido la deuda original por novación⁸⁷⁷. En razón de esta duplicidad de obligaciones es que la *actio de pecunia* constituía procedía tanto respecto de las deudas propias (*constitutum debiti proprii*), que parece ser el principal empleo del *constitutum* en época clásica, como de las ajenas (*constitutum debiti alieni*)⁸⁷⁸.

Dada esta duplicidad de vínculos es que no se puede, tampoco, comparar el *constitutum* con un *pactum de non petendo*, pues nada impide al acreedor hacer efectivo su crédito antes de tiempo a través de la acción de la deuda principal⁸⁷⁹. En consecuencia, la función del *constitutum* no es otorgar una excepción al deudor, sino únicamente mejorar la posición del acreedor.

Respecto de la naturaleza original de la *actio de pecunia coconstituta*, FREZZA⁸⁸⁰, partiendo del dato de su anualidad, le supone un carácter penal que se habría perdido en el caso del *constitutum debiti alieni*. En consecuencia, si se trata de *debiti proprii*, la *actio de pecunia* constituía sería originariamente penal y no reipersecutoria. El autor sustenta su posición a partir de la indicación de Ulpiano²⁷ ad ed, Dig. 13, 5, 18, 2: “E re autem est hic subiungere, utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem: et magis est, ut etiam Marceus putat, ut rei sit persecutio”.

Al texto agrega FREZZA dos conjeturas para deducir el carácter penal de la acción: esta no depende del sistema contractual romano, de manera que, si se considera que el nudo pacto no produce acción/ se debe colegir la naturaleza penal de aquella;

⁸⁷⁶ RICART, *Constitutum debiti*, cit. p. 699.

⁸⁷⁷ TONDO, S.: In tema di "*constitutum debiti*", *Labeo* 4 (1958) p. 227.

⁸⁷⁸ Vid. ARU, L.: v. *Constitutum debiti alieni et debiti proprio*, NDI p. 997 a 999; GUZZI, F.: véase *Constitutum debiti*, NND1 p. 300; PEÑALVER, M.: *La banca en Roma*, en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, 3, Art. Gráf. Berzal, Madrid 1988, p. 1531 a 1567.

⁸⁷⁹ TONDO, In tema di "*constitutum debiti*", cit. p. 229.

⁸⁸⁰ FREZZA, P.: *Le garanzie delle obbligazioni*. Corso di Diritto Romano, 1, *Le garanzie personali*, Casa Editrice Dott. Antonio Muani, Padova, 1962, Pag 275

además de lo anterior, el edicto vincula esta acción a la *sponsio dimidiaae partís*, la cual tiene carácter penal⁸⁸¹.

Tal como se desprende de lo que hemos señalado algunas líneas arriba, la aproximación a los pactos no nos parece adecuada; decididamente el papel del *constitutum* no es generar excepciones, como sería propio de un pacto sino mejorar la posición del acreedor.

Es cierto que Ulpiano 27 *ad ed.*Dig. 13, 5, 1 pr. señala: “*Hoc edicto praetor fauer naturali aequitatí: qui constituía ex consensu facta custodit, quoniam graue est fidem fallere*”. Pero ya BESELER⁸⁸² ha demostrado que el “*fidem frangere*” aparecetambién en relación a las *actiones fiduciae, tutelae y pro socio*; las que no pueden considerarse de naturaleza penal. En cualquier caso, el mérito del pasaje no es otro que destacar la influencia de la *fides* en el proceso creativo del pretor a partir de la cual se va desarrollando esta figura hasta llegar a la etapa postclásica⁸⁸³.

20.2.1.- ETAPA POSTCLÁSICA

La metamorfosis experimentada por el *constitutum debiti alienii* desde el momento en que absorbió el *receptum argentarii*, tal y como ordenó el Emperador Justiniano, aparece en una constitución del año 531 d. C., que aparece dividida en tres fragmentos, en Cod. 4, 18, 2⁸⁸⁴: “...ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro debito fiat

⁸⁸¹ FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni, 1, p. 230..

⁸⁸² BESELER, G.: Beitrá'ge zur Kritik der rornischen Rechtsquellen, 3, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1910, p. 260.

⁸⁸³ CASTRESANA, A.: Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 37 ss.

⁸⁸⁴ C. 4, 18, 2:” Receptítia accióne cessante, quae solemnibus verbís composita inusitato recessít vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuníae constitútae naturam ampliari. Quum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae in his tantummodo casibus a veteribus conclusa est, ut exigeres res, quae in pondere numero mensurave sunt, ín alus autem rebus nullam haberet communionem, et neque in ómnibus casibus longaeva sit constituía, sed in speciebus certis annai! spatio concluderetur, et dubitaretur, si pro debito sub conditione vel in diem constitúto eam possibile esset fien, et si puré constituía pecunia contracta valeret, hac apertissima lege defini.mus, ut uceat ómnibus constítuere non solum res, quae pondere numero mensurave sunt, sed etlam alias omnes, sive mobiles, síve inmobiles, sive sese moventes, sive instrumenta ve! alias quasquuncue res, quas in stipulationem possunt homines deducere; et neque sit in cuoquunque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat, sive pro alio) sit et ipsa in tall vitae mensura, in qua omnes personales actiones positae sunt, id est ín annorum metris trigíntae; et líceat pro debito puro vel in diem vel conditionali constituí; et non absimilem penitus sitpulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus

constitutum (cum secundeum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum), cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi...”(...pero de modo que a ella <la promesa>le sea inherente que el constituto se haga por una deuda (ya que según la antigua acción recepticia se exigía, aunque no se hubiera debido cosa alguna), pues es bastante absurdo y contrario tanto a nuestros tiempos como a las leyes justas, permitir que por la acción recepticia se consigan las cosas no debidas...).

Por otra parte, hay que señalar que un elemento incorporado al régimen justiniano del *constitutum debiti alienii* a partir del *receptum argentarii* es el relativo al objeto sobre el que podía recaer la obligación garantizada: la misma constitución y un pasaje de Teófilo⁸⁸⁵ permiten reconstruir que la garantía bancaria podía otorgarse no sólo sobre mutuos, sino en general, sobre cualquier mercancía sobre la que recayera una operación promovida por una *societas argentarii*. El texto de la constitución prosigue de esta forma:” Cum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt... hac apertissima lege definimos, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive se moventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere...(Porque como la mencionada acción, esto es, la de dinero constituido, fue limitada por los antiguos solamente a los casos en que se exigiese cosas que constan de peso, número o medida... determinados en esta clarísima ley, que a todos les sea lícito contraer constituto no solamente por las cosas que constan de peso, número o medida, sino también por todas las demás, muebles, inmuebles, semovientes, por

privilegiis minime defraudata; sed et heredibus et contra heredes competat, ut neque receptitiae actionis, neque alio indigeat respublica in huiusmodi casibus adminiculo, sed sit pecuniae constitutae actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens, ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro debito fiat constitutum (quum secundum antiquam receptitiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum), quum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est, permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi, et iterum multas proponere conditiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt. Ut non erubescat igitur tale legum iurgium, hoc tantummodo constituatur, quod debitum est, et omnia, quae de receptitia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur, et sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui est per stipulationem possunt explicari.

⁸⁸⁵ Theoph. Par. Ad Inst. 4, 6, 8.

instrumentos o por cualesquiera otras cosas, que los hombres queden deducir en una estipulación).

Los compiladores justinianos sustituyeron sistemáticamente en los textos jurisprudenciales las referencias al *receptum* por el *constitutum*: "...et omnia quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur et sit pecunia constituta omnes casus complectens, qui et per stipulationem possint explicari" (...y todo aquello que en los diversos libros de los legisladores ha sido puesto sobre la acción del *receptum* sea abolido, y sea la acción de *pecunia constituta* la que comprenda todos los casos, incluso mediante estipulación puedan regular).

Justiniano, al ordenar fundir el régimen del *receptum argentarii* en el *constitutum debiti alieni*, privó a la figura de su carácter abstracto, como se lee en la misma constitución del *Codex*⁸⁸⁶.

20.3.- OTRAS GARANTÍAS A FAVOR DE LOS SOCII ARGENTARII EN LA ETAPA ROMANO JUSTINIANEA

nos vamos a ocupar de aquellas relaciones en las cuales los banqueros a través de su actividad financiera prestan cantidades a sus clientes, donde la banca va a reclamar la necesidad de acciones, privilegios o garantías que la ponga a cubierto de la posible insolvencia de los deudores y que la protejan de la situación de descubierto del pasivo de éstos. Confirmando lo ya establecido otras constituciones⁸⁸⁷ el *Praefatio*⁸⁸⁸ de la *No. 136* se mantiene en la línea de favorecer a los banqueros:

qui in corpore sunt argentariorum felicitis huius urbis potentiae nostrae supplicantes de multis capitibus nos rogarunt, potiri cupientes auxilio, quum et ipsi multis se utiles praebeant, unde constituta et mutua subeant omnis periculi plena; nam quum sacra nostra constitutio exstet, quae velit ut ex actiones secundum ordinem fiant, et primun quidem principales rei eorumque res, deinde vero fideiussores et mandatores et constitutae pecuniae rei excutiantur, ab hac lege collegiu eximi, omniumque gravissima pati, si ipsi quidem constitutionis auxilio uti nequeam sed statim exigantur, si vero ab aliis constituta accipiant, illi

⁸⁸⁶ C. 4, 18, 2, 1.

⁸⁸⁷ Probablemente entre ellas se podrá citar a C.12.35.1 o a C.8,14,27

⁸⁸⁸ Díaz Bautista, la sitúa en los años 535-542, en su obra *Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Classica, 2006. Véase también del mismo autor: "Les garanties bancaires dans la législation de Justinien" (RIDA) 30, 1983, p. 81 y ss.

*qui pecuniam constituerunt, vel horum mandatores aut fideiussores ipsis non satisfaciant, et conveniens et sibi esse, ut aut ipsi communium legum participes sint, aut neque ipsis constitutio nostra adversetur*⁸⁸⁹

En este *Praefatio* de nuevo subraya Justiniano la utilidad que suponen los banqueros para la comunidad al asumir riesgos, aceptar consignaciones y mutuos exponiéndose a muchos peligros y siendo útiles no a un número reducido de personas sino a toda la comunidad. En realidad ello no es sino la respuesta a las protestas del gremio de la banca la exclusión que había supuesto la Nov. 4 del año 535 que dejaba fuera del beneficio de excusión en la ejecución de las deudas a dicho gremio⁸⁹⁰. Esto explica la petición del gremio de los banqueros de quedar excluidos del sistema de la Nov. 4 dado que se les exigiría a ellos -desde el punto de vista pasivo- directamente el pago de las deudas⁴⁹ sin acreditar la insolvencia de quienes avalaron, y por otra parte -desde el punto de vista activo- tener que demandar al deudor sin poder hacerlo con el fiador, a menos que hubiera un pacto que les autorice a ello.

La respuesta justiniana viene recogida en la Nov. 136.1 de forma que se mantienen en líneas generales el sistema de la Nov. 4, pero permitiendo un pacto especial que facilitase a los banqueros demandar tanto al deudor como a los fiadores de éste sin tener en cuenta el orden de la Nov. 450. En cualquier forma, este pacto tenía que ser formulado por escrito. La necesidad de ello posiblemente estriba tanto en contar con un medio de prueba, como en la costumbre de muchas personas de la nobleza de no realizar documentos notariales para no dar pábulo a sus asuntos económicos, de ahí que en Ed. 7 pr. se alude al hábito de manejar oro o plata en las relaciones de los *socii argentarii* con sus clientes sin reflejo documental lo que se justifica por "*el celo o seriedad de los banqueros*".

Los privilegios anteriores también va a resultar insuficientes, pues en el fondo y aunque de una forma no demasiado explícita los que prestaron dinero para la adquisición de algún bien se consideran según la mentalidad oriental bizantina como si fueran coadquirentes de las cosas compradas junto con los que recibieron el dinero. El proceso podemos seguirlo a través de la Nov. 136 y el Ed. 7 del año 542.

⁸⁸⁹ Novella CXXXVI, De argentariorum contractibus, ann. 541: "Elevando súplicas a nuestro poder los que son de la corporación de los banqueros de esta feliz ciudad nos rogaron sobre muchos particulares, deseando ser

⁸⁹⁰ En la Nov. 4.3.1 se establecía una disposición que exigía que las reclamaciones se hicieran por su orden, pero excluyendo del beneficio de excusión a la corporación de *argentarii*: Et absolute

Nov. 136.3 *atque illud profecto non alienum a ratione dicere visi sunt, si cuidam ad res quasdam mobiles vel immobiles emendas pecuniam credant vel antea crediderint, et certam pecuniam dederint, et ex nummis creditis res acquisita sit; omnium se in ipsa re praecipua habere iura neque debere ullum pati damnum, sed si plane probent, pecuniis suis rem comparatam esse, neque illis debitores pecunia satisfacere possint, ipsa res pecunia eorum empta eis addicatur, quasi revera ab illis empta, sola vero emptoris appellatio interposita esset*⁸⁹¹

Los banqueros prestan dinero para comprar bienes muebles o inmuebles; dinero que se destina a la adquisición de éstos. Y solicitan tener un derecho de preferencia sobre tales bienes cuando se pruebe que fueron comprados con su dinero y los deudores no les habían reintegrado las cantidades invertidas. En realidad, no se pretende una preferencia frente a otros posibles acreedores, sino un privilegio preferente sobre la cosa como si realmente hubiese sido comprada por los propios banqueros, y el comprador real solo fuera una persona interpuesta.

Justiniano les concede dicho derecho preferente sobre las mismas cosas compradas Siempre que se pruebe que fueron adquiridas con dinero procedente de los *socii argentarii*: *nam si hoc observaverint, omne id consequentur quod nos rogarunt, immovero plus quam petierunt, siquidem potiora ipsis iura prae omnibus damus in iis rebus, quae ex eorum pecunia emptae probantur*⁸⁹²

No es que los banqueros persigan efectos similares a una hipoteca tácita sobre los bienes, pues el mecanismo de ejecución hipotecaria no llevaría necesariamente a la sustitución de la cosa por el precio, sino el reconocimiento de un derecho preferente y excluyente frente a cualquier otro acreedor que supera en mucho al de una hipoteca privilegiada. De hecho,

⁸⁹¹ NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: “Y ciertamente no parece que dijeron sin razón, que si a alguien le prestaron o antes le hubieran prestado dinero para comprar algunos bienes muebles o inmuebles, y le hubieran dado cantidad cierta, y con el dinero prestado le hubiera sido adquirida la cosa, deberían tener ellos contra todos, derechos preferentes sobre la misma cosa, y no sufrir perjuicio alguno, pero si claramente probaran que la cosa fue comprada con dinero de ellos, y que los deudores no podían satisfacerles el dinero, se les adjudicara la misma cosa comprada con el dinero de ellos, como si en realidad la cosa hubiera sido comprada por ellos y se hubiera interpuesto solamente el nombre del deudor.

⁸⁹² NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: “Pues si hubieran observado esto, conseguirán todo lo que nos rogaron y aun mas de lo que nos pidieron, puesto que les damos derechos preferentes a todos sobre las cosas que se pruebe que fueron compradas con dinero de ellos”.

se refuerza mucho este derecho cuando se añade: *sin tamen contractus sine scripto factus est vel fiat, et ipsi pecuniam dent, vel species quasdam, (quod maxime in praepositis mensae argentariae fieri consuevit, ornatu saepe vel argento in haec dato aut etiam venditio) nec pretium acceperint, tunc eas tanquam suas vindicare illis liceat, licet hypothecas non habeant*⁸⁹³

Con lo cual estamos presenciando la entrada por vía especialísima de un privilegio real, donde a pesar de no recogerse por escrito (*sine scripto factus est*) le es lícito reivindicar como propias las cosas y ello aunque no se hayan pactado expresamente garantía hipotecaria alguna sobre ellas (*hypothecas non habeant*) o sin haber pactado especialmente que el impago del precio actuase como condición resolutoria explícita en favor del que adelantó el dinero sobre la cosa⁸⁹⁴

*neque enim illi aliena possidebunt, si aurum quidem non solvant, quae vero ipsis ab aliis data sunt frustra detineant, sed sive heredes reliquant, illorum heredes vel pro illis, vel ipsa data reddent, sive etiam heredes non relinquant, licebit ipsis ea vindicare, nec ulla hypotheca in illorum rebus ba aliis quaesitis contra eos obstineat*⁸⁹⁵

de donde se deduce que los que no pagaran con el dinero no tienen derecho a poseer las cosas, aunque si hubiesen dejado herederos, éstos han de pagar por ellos o devolver las mismas cosas. Y si no los dejaran se les permite reivindicar y hacer frente incluso a otras hipotecas sobre los bienes.

⁸⁹³ NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: “pero si en el contrato se hizo o se hiciera sin escritura, y ellos dieran dinero o algunas especies (cosa que muy frecuentemente se acostumbró a hacer tratándose de encargados de establecimientos de banco, dándose con este fin o aun vendiéndose muchas veces objetos de adorno o de plata) y no hubieran recibido el precio, en este caso sean les lícito reivindicar como suyas estas cosas, aunque no tengan hipotecas”

⁸⁹⁴ NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: “...Porque si algunos no pagaran ciertamente el dinero, no poseerán ciertamente las cosas ajenas y retendrán en vano las que a ellos mismos les fueron dadas por otros, sino que si dejaran herederos, sus herederos pagaran por ellos o devolverán las mismas cosas dadas, y aun si no dejaran herederos le será lícito a aquellos reivindicarlas y no valdrán contra ellos ninguna hipoteca sobre los bienes de ellos adquiridos por otros”.

⁸⁹⁵ NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: “Porque no les daremos claramente mención de los bienes o ellos mismos hubieran obligado los suyos simplemente hubieran añadido esto "A riesgo de sus propios bienes" o en todo caso hubieran dicho o escrito alguna cosa tal, que induzca a la significación de una hipoteca”.

21.- LA SOCIETAS ARGENTARIORUM FRENTE A LA INSOLVENCIA.

El actual nivel de los estudios históricos no nos permite mantener conclusiones definitivas en lo referente a los orígenes de instituciones jurídicas, tales como la repercusión del concurso sobre sociedades mercantiles. Sin embargo, una aproximación en profundidad del tema que estamos abordando, entraña un esfuerzo investigativo de los antecedentes históricos, en conformidad con los criterios hermenéuticos recogidos en el artículo 3 de nuestro Código Civil. Sin perjuicio del enorme interés que ofrece el actual panorama socio jurídico acerca de las medidas contra la insolvencia⁸⁹⁶, no he podido resistir la tentación de dirigir la mirada hacia el Derecho Romano en este punto. Hemos tomado la determinación de concentrarnos en el ámbito financiero romano, con el firme propósito de analizar diferentes aspectos del concurso de la *societas argentarii* romana.

Un profundo análisis de la figura del concurso, como respuesta jurídica ante situaciones de insolvencia genérica en el ámbito empresarial y en el financiero, obliga a considerarlo necesariamente como una entidad de elaboración histórica. Por tanto, es una interesante premisa de reflexión observar la praxis bancaria en un marco de referencia histórico, desde la perspectiva del derecho romano

21.1.- EXPLICACIONES PREELIMINARES EN TORNO AL ENGRANAJE NORMATIVO Y JURISDICCIONAL DE LA QUIEBRA EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIETAS ARGENTARII.

En este contexto de aproximación a la realidad de la *societas argentarii* romanas que no pueden hacer frente a la totalidad de sus pasivos, cabe colegir, como consecuencia ineludible, que tal panorama de insolvencia global⁸⁹⁷ conduzca a la ejecución patrimonial, generalmente en concurso puesto que se presupone la existencia de varios acreedores, culminando con la venta del patrimonio entero del deudor (*venditio bonorum*)⁸⁹⁸, no obstante ser este procedimiento el ordinario, y no uno específico para los

⁸⁹⁶ Podemos deducir un significado preciso de la insolvencia a través de la definición que Javoleno nos dejó sobre las necesidades del pago o la potencial satisfacción de los créditos en D. 50, 16, 114 (15 ex Cass.):

Solvendo esse nemo intellegitur, nisi qui solidum potest solvere.

⁸⁹⁷ Jiménez Barriocanal, Fernando: “La actividad económica en el Derecho Romano. Madrid, 2008. P. 20 y ss.

⁸⁹⁸ Albert C., Th., The insolvency Law of Ancient Rome, California Bankruptcy Journal 2005. Este autor considera que la *bonorum venditio* aparece configurada como antecedente del actual concurso de

banqueros.

El procedimiento clásico formulario no ofrecía para los banqueros ni para las actividades bancarias regulación especial alguna; no obstante, el emperador Adriano puso en manos del precepto de la urbe la atribución de juzgar causas pecuniarias cuando interviniera un *argentarius*— (como jurisdicción paralela de la ordinaria)—, según se advierte del testimonio de Paulo, *l. sing. de off. praef. urbi*⁸⁹⁹: "Adiri etiam ab argentariis vel adversus eos ex epistula divi Hadriani in pecuniariis causis potest" <Igualmente, según epístola del divino Adriano, puede acudirse a él (al prefecto) o por los banqueros o contra ellos, también en las causas pecuniarias.>

El texto expuesto hace presuponer que este funcionario municipal ya contaba antes de la epístola de Adriano, concretamente en un período comprendido entre el siglo I d.C. y los inicios del II, con jurisdicción en asuntos bancarios (incluyendo, posiblemente, aquéllos relativos a la problemática de la insolvencia financiera, aunque fuera como preámbulo de una búsqueda ulterior de fórmulas solutorias en pro de acreedores insatisfechos). Tal asertación es confirmada por Ulpiano, *l. sing. de off. praef. urbi*,⁹⁰⁰: "Praetera curare debet Praeceptus Urbi, ut numularii probe se agant circa omne negotium suum et temperent his, quae sunt prohibita" (Además de esto, deberá cuidar el Precepto de la Urbe de que los banqueros se conduzcan con probidad en todos sus negocios, y se abstengan de lo que está prohibido).

Entre las causas que motivaron la encomienda hecha por Adriano deberán incluirse una variedad de construcciones jurídico contractuales ofrecidas por la experiencia bancaria de su época, relacionada de forma muy particular con los depósitos irregulares y la vacilante opinión de los juristas en asignarles un lugar en el cuadro de instituciones, lo que, a la luz de la tipicidad de la acción, resultaba no de escasa

acreedores involuntario." Commencing in about the second century BCE, an alternative remedy developed which bears a resemblance to our involuntary bankruptcy. Upon default of any debt an action by a creditor or creditors could be filed before the praetor for an order permitting seizure of the debtor's goods, the *bonorum venditio*. This appears to have involved a public edict or *proscribere* of the praetor for creditors to meet and appoint one of their number as *curator bonorum* to perform much as trustees do today in seizing the debtor's property (...). After at least a thirty day holding period the *curator bonorum* would sell all of the debtor's property en bloc to the highest bidder, proceeds to be (eventually) divided among creditors according to their due. However at least in some cases, bids were not expressed in terms of the highest money price, but in terms of the highest dividend on claims".

⁸⁹⁹ D. 1, 12, 2.

⁹⁰⁰ D. 1, 12, 9.

complejidad.

El interés suscitado por la problemática expuesta⁹⁰¹, pasa a ser meramente doctrinal y pronto se convierte en una cuestión pública, como se demuestra en pasajes de los siguientes juriconsultos dotados de *ius dicendi*, así, Gayo ad ed. provinc.⁹⁰²; Papiniano, quaest.⁹⁰³; Ulpiano, 63 ad ed.⁹⁰⁴; Paulo 3 ad ed.⁹⁰⁵ Todos ellos explican no sólo la definición de competencias nuevas, sino también la conformación de un cuerpo sustantivo relacionado específicamente con aspectos de organización y actividades bancarias, como son los edictos⁹⁰⁶ pretorios dirigidos a los banqueros, la consideración de la cuenta bancaria como institución autónoma, regímenes concernientes a la quiebra, intereses, subastas, modalidades de sociedades de banqueros.

Sin embargo, no debe desconocerse que la existencia de este corpus bancario coincide con la vigencia de las instituciones comunes, ordinarias, sin distinción de sujetos, para la organización de las empresas y otras actividades, como es el caso de la estipulación o del uso del mandato con fines de garantía, sin olvidar que ciertas soluciones creadas para los *argentarii*, como la compensación, pronto ampliaron sus límites.

Esta primera aproximación al régimen jurisdiccional y sustantivo en aspectos de organización y actividades bancarias, incluyendo patologías financieras como las medidas de reacción frente a la insolvencia generalizada de una *societas argentarii* permite constatar la presencia de algunos rasgos inequívocos de un "derecho de clase" o "*ius singulare*"⁹⁰⁷, cuyas fuentes son el edicto del pretor, la jurisprudencia, y la legislación por vía de las constituciones imperiales, entre cuyas disposiciones, algunas se dirigen a los banqueros, y otras, regulan actividades objetivamente bancarias.

⁹⁰¹ Petrucci: "Profil giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane. Torino 2002. P. 5 y ss.

⁹⁰² D. 2, 13, 10, 1.

⁹⁰³ D. 16, 3, 8.

⁹⁰⁴ D. 42, 5, 24, 2.

⁹⁰⁵ D. 2, 13, 9, 2.

⁹⁰⁶ De Castro-Camero, Rosario: Estipulaciones edictales en el Derecho Romano. Universidad de Sevilla. Servicios de Publicaciones. 2009.

⁹⁰⁷ Véase Velasco García, C., Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*, Sevilla, 1985, p. 138;

Orestano, *Ius singulare e privilegio in diritto romano*, Annali Macerata, XI 1937. p.37 y ss.

21.2.- ACERCAMIENTO AL CONTENIDO SUSTANTIVO BÁSICO DE LA PROBLEMÁTICA ROMANA DE LA QUIEBRA DE LOS MIEMBROS DE LA SOCIETAS ARGENTARIORUM.

Las operaciones comprendidas dentro de la gestión de un banco testimoniadas por las fuentes resultan muy variadas, y corresponden a depósitos abiertos y cerrados de dinero, mutuos con interés, financiamientos mercantiles, préstamos garantizados con prendas, pagos o promesas de pago por encargo del cliente, transferencias de sumas de dinero por movimientos contables, novaciones de créditos o cesiones con el mismo efecto, intermediaciones en subasta, cambio de moneda. Algunas de ellas se consideran típicas y, por lo mismo, se reflejan en cuenta bancaria, (depósito, crédito en subastas, receptum); en cambio otras, como los nomina transcripta o los mutuos garantizados con la entrega de una prenda, son comunes al resto de los agentes financieros.

Tal variedad empírica, traducida en un amplio abanico de actividades, contribuye a aportar una naturaleza compleja y singular al tratamiento que da respuesta a la situación de quiebra de sociedad bancaria, intentando encauzar las vías de solución en aras de satisfacer los intereses de aquéllos afectados por la insolvencia de los operadores bancarios.

Especialmente, enriquece nuestro tema de estudio en este punto, el comentario y reflexión acerca del siguiente pasaje, antes presentado, de Ulpiano, 63 ad ed.⁹⁰⁸: "In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia. < Ha parecido bien que al venderse los bienes de un banquero sea preferente, después de los privilegios⁹⁰⁹, la condición de los que ateniéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco. Mas no se distinguen de los demás acreedores los que recibieron de los banqueros intereses por el dinero depositado, y con razón: porque una cosa es dar dinero a crédito y otra depositar: Pero si existieran las monedas, opino que pueden ser reivindicadas por los depositantes, y quien reivindica será

⁹⁰⁸ D . 42, 5, 24, 2.

⁹⁰⁹ A diferencia de lo que acaece en el derecho moderno, el privilegio romano no depende sólo del origen del crédito, por ello el acreedor privilegiado cobra antes que los deudores quirografarios, pero después de los hipotecarios. Así resulta de la obra de. Ourliac y Malafosse, Histoire de Droit Privé (Le Droit Romain et l'ancien droit), París, 1960 (2ª ed, Barcelona, 1968), p.536 y ss.

preferente a los privilegiados>. Es decir, el hecho de que las monedas estén individualizadas y sean susceptibles de reivindicación, implica la posibilidad de depósitos cerrados. La existencia de depósitos irregulares sin causación de intereses o con producción de los mismos, deriva particularmente de lo siguiente: los que se atuvieron a la fe pública, no son los mismos que pueden reivindicar las monedas, pero tampoco son los que recibieron intereses; y si la posibilidad de reivindicar descansa en que las monedas están individualizadas porque no se consintió usarlas al banquero, se concluye que se trata de depósitos abiertos, en los que no se causaban intereses.

Otro pasaje de Ulpiano de la misma obra, aunque del libro 30⁹¹⁰, arroja más luz sobre los depósitos con interés, puesto que señala que puede convenirse que se produzcan incluso con posterioridad a la celebración del contrato: " *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. Et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.*"

Contando con ambas citas, es evidente el problema de clasificación al que se enfrenta Ulpiano cuando aborda los depósitos que producen intereses (sólo los irregulares, pero no todos los irregulares: lo que también prueba la variante de este tipo), al punto de no considerarlos auténticos depósitos, como tampoco Paulo: " *Si pecuniam deposuero ea que uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita...*". (Si yo depositare una suma y te permitiere usarla, más parece la suma mutuada que depositada...).

Continua diciendo Ulpiano⁹¹¹: *Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur. Et constat simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur*". (Se pregunta asimismo si se atiende a un orden de los depositantes, o si por el contrario se consideran las cuentas de todos los depositantes como simultáneas. Y consta que han de ser admitidos simultáneamente, pues así se expresa en un rescripto imperial).

Además, se tiene noticia por un fragmento de Papiniano (9 *quaest.*), que la recuperación de tales créditos se ejecutaba sobre todos los bienes del deudor, a quien el

⁹¹⁰ D. 16, 3, 7, 2.

⁹¹¹ D. 16, 3, 7, 3.

jurista llama "defraudador", por cuanto ha traicionado la confianza de los depositantes⁹¹²: "Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est...". <El cual privilegio se ejercita no sólo en la cuantía que resulta del dinero depositado que se encontró en el patrimonio del banquero, sino sobre todos los bienes del defraudador; y esto es admitido por utilidad pública a causa de necesidad de banqueros...>.

Se ve claramente que en el otro pasaje de Ulpiano (63 *ad ed.*, ya transcrito), enfocado en el contexto de la venta del patrimonio de la sociedad banquera, hay una aparente antinomia con el apenas recordado: en efecto, el último establece que los depositantes tienen preminencia sobre los privilegios, mientras que el del libro cuadragésimo segundo del Digesto, afirma que los depositantes deben ser pagados después de haberse liquidado los privilegios. La respuesta que ha dado la doctrina ha sido, obviamente, la interpolación de uno de los dos textos del jurisconsulto.

Sin embargo, resulta realmente razonable aceptar la opinión de Petrucci⁹¹³ para quien ambos textos deben conciliarse en atención a su ubicación originaria en el comentario de Ulpiano al edicto del pretor (libro trigésimo y sexagésimo tercero), de lo cual se desprende que en una cita (D. 16, 3) el énfasis recae en la diferencia entre quienes reciben intereses y quienes, no, por el orden en el que deben ser liquidados los créditos, dando por resultado que se descienda a los pormenores.

Consecuentemente, el orden de prelación⁹¹⁴ para satisfacer los créditos frente a una *societas argentarii* era el siguiente: en primer lugar, eran solventados los créditos de quienes hubieran celebrado con el banquero depósitos cerrados (regulares); enseguida, los créditos privilegiados; en tercer lugar, los créditos provenientes de depósitos abiertos (irregulares) sin producción de intereses; finalmente, como créditos quirografarios,

⁹¹² Por otra parte, según Solazzi, los juristas habrían aconsejado el privilegio de los deponentes para proteger la confianza que el público en general debería poner en la banca. Consejo éste que debió ser seguido por los pretores. Vid. Solazzi, *Il concorso dei creditore nel diritto romano*, Nápoles 1937-1942.P. 186.

⁹¹³ Petrucci, *mensam exercere exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C..metá dell III secolo d JC.* Napoli, 1991, p.160 yss.

⁹¹⁴ García Garrido, M.J., *La sociedad de los banqueros (societas argentaria)*, en "Studi a Biscarti", III Milano, 1982, p.375; también en *Miscelánea romanística II*, 2006, p.571. En su obra mantiene que es más

aquéllos en los que se causaron intereses (*in continenti* o *ex intervallo*). Asimismo, según ha quedado expuesto, todos los depositantes que no hubieran percibido intereses, podían ejecutar sus créditos sobre todo el patrimonio del concursado (siempre que estuviere al frente al esquema organizativo de responsabilidad ilimitada; en caso contrario, (lo cual es posible, como tendré ocasión de exponer en el apartado siguiente), la ejecución podría alcanzar como tope máximo hasta el importe del peculio existente. En cualquiera de tales hipótesis, los mencionados depositantes podrán ejecutar sin orden de prioridad entre sí⁹¹⁵ es decir, simultáneamente; ellos mismos podrían ser denominados “ahorradores”, en contraposición a los que percibieron intereses, que bien podrían llamarse “inversionistas”.

Desde la perspectiva de todo lo expuesto⁹¹⁶, puede bien colegirse que tampoco en el caso de quiebra o concurso estaban facultados los acreedores a exigir sus créditos al gerente, aun cuando libre, lo que se traduce en un temprano reconocimiento de la representación directa en los límites de esta actividad empresarial, régimen basado en la tutela de la confianza que debía prevalecer entre los clientes que acudieran al servicio de

aparente que real la diversidad de criterios de D. 13,3,7,2 y D. 45, 5, 24, 2. Ambos textos son conciliables y establece un orden de prelación similar al establecido por Petrucci.

⁹¹⁵ Herrero Chico, “Argentari, (un estudio sobre el régimen de la banca en Derecho Romano)”. Ann. Estudios Sociales y Jurídicos (VII), Granada, 1987, p. 309.

⁹¹⁶ Véase, Nocera, G., *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nell diritto romano*, Roma 1942. Se dedica en su obra a desarrollar ampliamente la responsabilidad subsidiaria por insolvencia en las relaciones entre *cofideiusores*, (que en un contexto societario sería efectiva en el caso de no poderse hacer efectiva la responsabilidad directa que recaería sobre los socios). Para ello, analiza las fuentes desde época clásica hasta el derecho justinianeo, alcanzando a la Paráfrasis de Teófilo. Así, presta especial interés al reparto de responsabilidad entre *fiadores* y su desarrollo justinianeo (analizando la reforma introducida en la Nov. 99), prueba de la insolvencia y el beneficio de la cesión de acciones, resultando una elaboración muy minuciosa sobre el tema. Sin embargo, el estudio general de la insolvencia en relación con todos los supuestos que plantea al inicio de su trabajo, no se desarrolla, y en especial, el relativo a la insolvencia contemplada en la *Lex Aelia Sentia*. Por su parte, Pringsheim, F., *Subsidiarität und Insolvenz* en SZ 41, 1920, considera que la responsabilidad subsidiaria por insolvencia es producto de la labor compilatoria, planteando toda una serie de interpolaciones para el común de los textos que refiere en su exposición; 1 dirá que las distinciones entre buena y mala *fide emptor* y las distinciones entre solvencia e insolvencia del *prior empto* (por analogía podíamos considerar *prior socius*), junto a la *bona fides del emptor sequens* (*idem, socius sequens*) es de origen bizantino. Para Pringsheim, los bizantinos consideraron la *actio doli propicia* para paliar las lagunas del sistema de acciones clásico tomando como compilatorios todos los supuestos en los que la utilización de la *actio doli* se relaciona con la subsidiaridad por razón de la insolvencia, al no otorgarle un auténtico carácter subsidiario según los principios del derecho clásico que únicamente reconocería este recurso cuando no hubiese otro posible.

banca⁹¹⁷.

Como hemos podido comprobar, son muy pocos los textos jurídicos que se refieren a la quiebra de los argentarii en Roma⁹¹⁸: D.16, 3, 7, 2-3(Ulp. 30 d ed.), D.16.3.8 (Pap. 9 quaest.) y D. 42, 5, 24, 2 (Ulp. 63 ad ed.). Además, entre ellos, existen claras contradicciones que hacen sospechar de su manipulación bizantina. Tanto Ulpiano como Papiniano, juristas de la época de los Severos, de finales del siglo II comienzos del siglo III d. JC., necesariamente tuvieron que tener conocimiento de la quiebra de un negocio de banca del esclavo cristiano Calisto, futuro Papa San Calisto (217-222 d.C.)⁹¹⁹. El relato relativo a esta problemática contiene interesantes datos referentes al ejercicio de actividades financieras por los cristianos, a las consecuencias de la bancarrota⁹²⁰, etc.

La quiebra de Calisto se debió a no poder recobrar ni el capital ni los intereses debidos de quienes habían recibido créditos de su banca. Estaríamos ante una quiebra fraudulenta que a juicio de Torrent más que por dolo de Calisto se debió a que éste no pudo o no supo calcular el riesgo de los créditos concedidos con el dinero de sus clientes, no teniendo su banca capital propio para en caso de créditos fallidos poder devolver su capital a los depositantes ni reservas para provisionar la eventual morosidad de los prestatarios.

El banquero Calisto daba apariencia de actuar en nombre de Carpóforo (persona de intachable reputación, liberto de la casa imperial, quizá de Marco Aurelio) o al menos los clientes confiaban su dinero a Calisto debido a su cercanía con Carpóforo, actuando Calisto como gestor de un negocio de banca que recibía depósitos de sus clientes, sobre todo cristianos, a los que defraudó malgastando o invirtiendo negligentemente el dinero confiado, hasta el punto de no poder devolver ni el capital ni los intereses debidos a los acreedores. Antiguamente, la falta de devolución del depósito era un hecho reprobable para los cristianos⁹²¹. Hipólito dirige su anatema contra Calisto por haber defraudado a

⁹¹⁷ Así lo sostiene Andreau, J., *La'impresa finanziaria romana*. En *Labeo* 42.2, 1996, p.267-274.

⁹¹⁸ Un supuesto extraído de fuentes literarias puede verse en Torrent, *Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto*, en *AUPA*,LVI, 2013, p.2013. Sobre los argentarii en general en los textos literarios y jurídicos, Andreau, *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent (I-Ve. Siècle av. JC.-IIIe siècle ap JC.)*, Roma, 1987.

⁹¹⁹ Los hechos sucedieron en tiempos de Cómodo (180-192 d.C.) y la información se recoge en la obra *Refutatio Omnium Haeresium*, escrito en griego y atribuido tradicionalmente a Hipólito de Roma.

⁹²⁰ Según Torrent, op. cit., lo que le pasó a Calisto es lo mismo que ha ocurrido en España y en Estados Unidos a partir de 2007.

⁹²¹ De Churruca, J., *La quiebra de la banca del cristiano Calisto (ca.185-190)* en *SCRD*, III,1992, p. 61-86. Plinio informa que los cristianos cuidaban mucho su devolución

viudas y huérfanos que habían confiado su dinero a Calisto por su proximidad a Carpóforo⁹²². Además, era una actuación especialmente reprochable, sancionada mediante el ejercicio de la *actio depositi* que implicaba infamia⁹²³. El fraude a los depositantes entrañaba un ataque a la *fides negocial*. Los depositantes podían exigir la devolución del dinero confiado al banquero interponiendo la *actio depositi*, que tenía una doble formulación pretoria y civil, lo que prueba su primera reprobación y consiguiente instrumentación procesal en el ámbito del *ius honorarium*.

21.3.- SOLUCIONES ALTERNATIVAS, EN EL SENO DE LA SOCIETAS ARGENTARIORUM, PARA ELUDIR O ALIVIAR LAS CONSECUENCIAS LA INSOLVENCIA BANCARIA O IMPOSIBILIDAD DE HACER FRENTE A SU PASIVO FINANCIERO.

Veamos el siguiente pasaje de Ulpiano, 31 *ad ed.*⁹²⁴:" Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat et lucri senserat: quaerebatur, an comune esse lucrum oporteret, et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: 'etiamsi maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesierat, id ad communionem non pertinere explorati iuris est.'
<Siendo socios dos banqueros, uno de ellos había adquirido algo por separado y había logrado una ganancia: se preguntaba si debería ser común dicho lucro, y el emperador Severo resolvió en un rescripto dirigido a Flavio Félix con estas palabras: 'Aunque sí hay en principio una sociedad de banca, no obstante, lo que cada socio adquirió por causa ajena al negocio de la banca es de explorado derecho que no pertenece a la comunidad.'

Como puede advertirse, las relaciones entre los banqueros estaban regidas por la normativa ordinaria del contrato de sociedad, aunque, como es natural, podían pactarse cláusulas especiales que alteraran dicho régimen, principalmente en relación a las aportaciones desiguales de los contratantes, y al reparto de pérdidas y ganancias⁹²⁵. Además de estos aspectos comunes a toda sociedad, para el caso de los banqueros, las cláusulas especiales pueden estar referidas a una importante obligación de los mismos,

⁹²² Véase Ref. 9.12.1.6

⁹²³ Así lo afirman Juliano D. 3.2.1 (1 *ad ed.*) y Gai., inst. 4.182.

⁹²⁴ D. 17, 2, 52, 5.

⁹²⁵ En relación a estos dos últimos extremos, véase, Blanch Nougés, JM., Reflexiones sobre la sociedad leonina en Derecho romano, SIHDA 2007. Téngase en cuenta la abundante bibliografía que en dicha comunicación se recoge.

como es la conservación y exhibición de la contabilidad, según se aprecia a partir de la lectura de un testimonio de Ulpiano, 4 *ad ed*⁹²⁶: "Cogentur et successores argentarii edere rationes. Quod si plures sunt heredes et unus habeat, solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant et unus ediderit, omnes ad editionem copellendi sunt. Quid enim si humilis el deploratus unus edidit, ut dubitare quis merito de fide edition possit? Ut igitur comparari rationes possint, etiam celeri edere debent aut certe unius editione subscribere. Hoc idem erit et si plures fuerint argentarii, a quibus editio desideratur; nam et si plures tutores tutelam administraverunt simul, aut omnes edere debent aut unius editioni subscribere"<También los sucesores del banquero estarán obligados a exhibir las cuentas. Mas si son varios herederos, y uno las tuviera, él solo será compelido a la exhibición; pero si las tuvieran todos, y uno las hubiere presentado, todos han de ser compelidos a la exhibición. Mas ¿qué se dirá si las exhibió uno tan humilde e infeliz, que con razón pueda alguien dudar de la fe de la exhibición? En este caso, para que puedan compararse las cuentas, deben exhibirlas también los demás o ciertamente suscribir la exhibición de aquél. Lo mismo se observará si hubieran sido muchos los banqueros de quienes se desea la exhibición; porque también cuando muchos tutores administraron juntamente la tutela, o todos deben exhibir o suscribir la exhibición de uno solo>.

Con base en el texto, puede afirmarse que entre los banqueros (presumiblemente, socios cuando en la cita se habla de que pueden ser varios, como varios pueden ser los herederos de un banquero) existirían acuerdos regulatorios de conservación de la contabilidad, dando como resultado dos alternativas: o que la lleve uno o bien todos en común, con las consecuencias que se extraen en el pasaje.

Lo anterior por lo que se refiere a las relaciones entre los banqueros. Pero ¿Quid iuris de las relaciones con terceros? En este aspecto regía el principio de la representación recíproca, traducido finalmente en la afirmación de la solidaridad activa y pasiva. La existencia de esta última encuentra su fundamento en una fuente extra jurídica anónima (*Rhetorica ad Herennium*⁹²⁷ 2, 13, 19), y en un pasaje de Paulo, destacando las siguientes

⁹²⁶ D. 2. 13. 6, 1.

⁹²⁷ *Rhetorica ad Herennium*, es el libro de oratoria, de autor desconocido, si bien inicialmente atribuída a Cicerón. Fue el primer texto en compilar las figuras retóricas de dicción y pensamiento y en analizar los efectos de la oratoria en el público. El libro II trata de cuestiones jurídicas. En el libro 2, pasajes 13 y 19, parece que tal fundamento aludido se encuentra en los pasajes XII: "... Deinde exempla proferentur, quae res, cum ab adversariis sententia et voluntas adferretur, ab scripto potius iudicatae sint. Deinde ostendetur, quam periculosum sit ab scripto recedere. Locus communis est contra eum, qui, cum fateatur se contra quod

palabras de la primera: "Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis..." < ...Con base en la costumbre, el derecho es aquello que se usa sin que exista ley, como si fuera legítimo, y de este género es que cuanto hayas escrito y debe un banquero, justamente puedes pedirlo a su socio... >

El supuesto consiste en entregar una suma a un banquero, de forma que asume la calidad de deudor de su cliente. Como resulta comprensible, en la contabilidad bancaria queda asentado el crédito, resultando que dicha anotación (que puede no sólo en contra, sino también a favor del banquero) recibe el nombre latino de *nomen transcripticium*: los asientos hechos por el banquero en su *codex*, generan una forma crediticia abstracta, de manera que el préstamo que hace a un cliente lo inscribe como *expensum ferre* y se constituye en deudor del banquero; o bien, cuando asienta una cantidad como recibida del cliente (*acceptum referre*) para ser el banquero el que se constituya como deudor de su cliente.

Volviendo al pasaje de la Retórica, se observa que puede demandarse también al socio del banquero que haya efectuado el asiento contable. De esta forma, la doctrina, constata que desde el siglo I a.C., se había consolidado la consuetudinariamente la solidaridad pasiva⁹²⁸ entre los banqueros socios, y frente a terceros.

Por su parte, la cita de Paulo *3 ad ed.*⁹²⁹ refrenda la solidaridad pasiva entre los banqueros que hubieran celebrado un contrato de sociedad, pero exige algunas precisiones previas a su transcripción. Siendo deudor un banquero socio, el jurisconsulto afirma que si pacta con su acreedor para que no se le exija la deuda (pacto de non petendo), ello aprovecha al socio, tal y como el pacto a favor de un deudor solidario por estipulación, puede oponerlo válidamente el otro, y al igual que la hipótesis en la que intervenga un fiador, colocada por los compiladores inmediatamente antes de la recordada en estas líneas: "Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis". < Lo

legibus sanctum aut testamento perscriptum sit, fecisse, tamen facti quaerat defensionem." Y XIX:

"Absoluta iuridicali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factum dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto..."

⁹²⁸ Steiner, A., Die römischen Solidarobligationen, Eine Neubesichtigung unter aktionemrechtlichen Aspekten. München 2009.

⁹²⁹ D. 2, 14, 25.

mismo vale para dos deudores por estipulación y para dos banqueros socios>.

Por otra parte, teniendo presente que el contrato de sociedad posibilita las tareas que individualmente resultarían dificultosas o imposibles, puede derivarse a partir de la existencia de la *societas argentariorum* el que los mismos banqueros pudieran desarrollar su actividad en varios lugares, incluso distantes entre sí, lo que parece corroborarse de la lectura de los pasajes en los que se atestigua que el lugar donde se desempeña la actividad es diferente a aquél en que se lleva la contabilidad⁹³⁰; (por ejemplo, Ulpiano, 4 ad ed, en D.2, 13, 4, 5 y en D. 2, 13, 6, 9, también Papiniano, 3 resp., en D.5, 1, 45,pr.). De todo ello dan cuenta las fuentes, y es precisamente a partir de la conjugación de sus datos que pueden derivarse algunas hipótesis de manejo colectivo de actividades bancarias, aunque en estos casos no se tenga el testimonio directo.

De esta forma nada impediría pensar que el encargo gerencial fuera hecho a un esclavo en copropiedad de los banqueros: la responsabilidad de éstos frente a los terceros contratantes sería solidaria⁹³¹, aunque posteriormente se procediera a efectuar el reembolso correspondiente, exigible por la *actio pro socio* o por la *actio communi dividundo*, dependiendo si mediaba o no sociedad entre sí. A propósito de los provechos, los dueños adquirirían en razón de sus cuotas, a menos que se recurriera a la mención exclusiva de uno de ellos al momento de celebrar el negocio (*nominatio*), o que también exclusivamente uno solo diera su autorización pública para concluirlo (*iussum*).

Finalmente, para el caso de evitar el régimen de responsabilidad ilimitada, podía acudir a la consabida solución romana: los banqueros dotarían al esclavo común de un *peculio*, lo que no eximía de la solidaridad, pero limitaba la condena que pudieran obtener los acreedores hasta el importe del *peculio* (o lucro conseguido)⁹³². Respecto de las adquisiciones, se repartirían en proporción a sus cuotas. También en este caso, para exigir

⁹³⁰ Por ejemplo, Ulpiano, 4 ad ed, en D.2, 13, 4, 5 y en D. 2, 13, 6, 9, también Papiniano, 3 resp., en D.5, 1, 45,pr.

⁹³¹ Sobre las características de dicha solidaridad, véase, Bouvier, E., *De la Solidarité active en droit romain: de la responsabilité pénale et civile des personnes morales en droit français*, Lyon, 1886.

⁹³² En anteriores capítulos hemos visto, cómo un esclavo puede ser puesto al frente de una taberna en común por acuerdo de los socios. Refiriéndonos a nuestro concreto ámbito de desempeño de actividades por parte de esclavos en interés y provecho de las *societates argentariorum*, cabe decir Tanto Paulo (D.14.5.8), que refiere el caso de Ticiano Primo comerciante o banquero que encarga a un esclavo la facultad de conceder préstamos y recibir prendas en garantía de las cantidades entregadas, como Ulpiano (D.14.3.13) que cita a Salvio Juliano, contemplan la posibilidad de encargar a un esclavo la realización de operaciones de préstamo. Véase, García Garrido, M.J., *El comercio, los negocios, las finanzas*, op. cit. p.51.

cuentas pendientes entre los banqueros, procedería el ejercicio de las acciones pro socio o de copropiedad, en función de la existencia o no de sociedad entre sí.

21.4.- VISIÓN PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA POR INSOLVENCIA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE NATURALEZA EJECUTIVA:

Históricamente, el tema de la ejecución se vincula a la necesidad de constreñir al deudor a cumplir una sentencia pronunciada⁹³³. Y así, aunque con la instauración de un proceso declarativo desaparece la antigua venganza privada, de alguna manera, ella reaparece cuando se hace necesario forzar al cumplimiento⁹³⁴ de la declaración judicial. En este sentido, el derecho arcaico permitió que fuese el propio interesado el que se hiciese justicia por su mano, pero debía hacerlo observando una serie de requisitos y ritualidades previamente establecidos. Ello tenía lugar a través de la *legis actio per manum iniectioem*, que aparece regulada en la ley de las XII Tablas (451-449 a.C), según nos cuenta Aulo Gelio en sus *Noctes Atticae*, y funcionaba como acción ejecutiva con la que se presionaba al deudor a pagar una sentencia que, desde tiempos remotísimos, fue siempre pecuniaria. Esta forma de litigar se tramitaba de la siguiente manera:

Se citaba al deudor ante el magistrado, pudiendo el deudor pagar o presentar un *vindex*. Si no hacía ni lo uno ni lo otro, a los 30 días el deudor era llevado a la casa del acreedor, quien debía asegurarle el mínimo de alimentación necesario para la subsistencia, y no cargarle con cadenas que excedieran de cierto peso. El acreedor retenía al deudor en su casa durante 60 días y sólo lo sacaba en días de mercado para que alguien se compadeciera de él y pagara. Sólo en el caso de que nada de esto ocurriera, se completaba la *manus iniectio* y el acreedor estaba autorizado para vender al deudor como esclavo o a darle muerte. En caso de ser varios acreedores, las XII Tablas hablan de un enigmático *partes secanto* que ha sido interpretado como la división del cuerpo en trozos para dar satisfacción a todos los acreedores. Según el propio Aulo Gelio, tal división del cuerpo nunca sucedió, pero Murga⁹³⁵ piensa que es bastante probable que, en los albores

⁹³³ Véase sobre esta materia, Vainberg, S., la faillite d'après le droit romain. Monografía juridique. París, 1874.

⁹³⁴ Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20,1,46.

⁹³⁵ Murga, J.L.: *Derecho Romano Clásico II. El Proceso*. Zaragoza, 1989, p. 147, n,161.

de la época arcaica, esto efectivamente haya ocurrido, aunque en tiempos de las XII Tablas ya no estuviese tan macabra forma de ejecución.

La severidad de la ejecución personal fue paulatinamente mitigándose. Quizá fue importante en tal evolución la *lex Poetelia Papiria*, probablemente del año 326 A.C.⁹³⁶. Con ella se mejoró la situación del deudor en el sentido de que quedaba éste obligado a resarcir al acreedor con su trabajo pero sin tener que permanecer encadenado o encarcelado, todo lo cual puede deducirse del siguiente testimonio: Varrón, *de ling. lat.* 7,105: *liber qui suas operas in servitudinem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur ut aere obaeratus.*

Un gran sector doctrinal sostiene que esta ley se dirigía a suavizar únicamente la situación de los deudores *nexi*⁹³⁷.

De todos modos, no puede decirse que con esta ley se haya sustituido la ejecución personal por la patrimonial, ya que el trabajo personal no parece que deba entenderse como forma patrimonial de ejecución. Por otra parte, la Ley admitía la posibilidad de que el deudor evitara la ejecución personal entregando al acreedor el derecho sobre sus bienes⁹³⁸.

Al aparecer el procedimiento formulario, la *manus iniectio* queda sustituida por la *actio iudicati*, que, al menos en el ámbito del *ius civile*, de todos modos conducía a la ejecución personal, consistente ahora en la obligación de satisfacer la deuda pendiente con su trabajo, tal como acabamos de ver. En esta acción se daba posibilidad al demandado de oponerse a la ejecución; en caso de resultar vencido, debía sufrir una

⁹³⁶ Importante alusión a la existencia de esta Ley y a los hechos que la llegaron a motivar, hicieron Varrón, de lingua latina 7,105; Livio 8,28,8; Cicerón, de rep. 2,34,59; Valerio Máximo 6, 1, 19, Salustio, de Catilinae Coniuratione, 33.

⁹³⁷ Así, entre otros, tenemos a Pacchioni, De Visscher, Kleineidam, Berger, Betti, Segré, Levy, Noailles Luzzato.

⁹³⁸ Esta opinión ha sido formulada por Magdelain, A., "La loi Poetelia Papiria et la loi Iulia de pecuniis mutuis", en Estudios de Derecho Romano en honor a don Alvaro D'Ors, II, Pamplona, 1987, p. 811-917. Se trata, según dicho autor, de un precedente del procedimiento recogido en la lex Iulia de pecuniis mutuis, constituida por César en el año 49 a JC., C. Caes. Civ. 3, 1, 2-3, en un momento de especial crisis financiera y que prevé la cesión al acreedor de los bienes muebles e inmuebles del deudor, la *cessio bonorum*, materializada en una ley augustea, la *lex Iulia de cessiorum bonorum*.

condena al *duplum*, y si se negaba a pagar, el pretor decretaba una *addictio* en favor del actor y el deudor era conducido por el acreedor quedando en la situación descrita.

En un momento que no es posible determinar con exactitud, se empezó a utilizar, para el caso del deudor condenado que no pagaba, el procedimiento que se había ideado para casos de indefensión: un embargo coactivo de todos los bienes del deudor, con la sola finalidad de constreñirlo a defenderse⁹³⁹. Más adelante, este embargo, ahora común a deudores indefensos y a condenados que se negaban o no podían pagar sus deudas, dejó de ser un recurso meramente coactivo y pasó a ser una medida preparatoria de una venta patrimonial llamada *bonorum venditio*. En relación con el tiempo en que habría surgido la venta del patrimonio del deudor para dar satisfacción a sus deudas podemos pensar, siguiendo el testimonio de Gayo, que ello debió de ocurrir el siglo II a.C., en tiempos del pretor Publio Rutilio Rufo, quien había creado la acción Rutiliana: *quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P.Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur...*

De todos modos, este testimonio gayano no ha sido plenamente aceptado; aunque se admite generalmente que habría sido este pretor el creador de la acción Rutiliana, suele cuestionarse, en cambio, el hecho de que con este pretor se haya introducido la *bonorum venditio*. A juicio de diversos autores, la *bonorum venditio* habría sido fruto de lentas innovaciones y adaptaciones, y no creación de un único pretor⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Según Girard, en *Histoire de l'organisation judiciaire des romains* (París 1901) p.204 y ss, la *missio in bona* ya existía en la época de las acciones de la ley, y era una forma de forzar al deudor a hacer frente a la demanda. También Ramadier, *Les effets de la missio in bona rei servandae causa* (París 1911), p. 22 y ss. parece sostener el valor originariamente coactivo de la *missio*, que habría surgido antes de la *lex Aebutia*, y, por tanto, con anterioridad a la época en que se habría desarrollado el sistema de la *bonorum venditio*.— En contra de la opinión de Girard y Ramadier, que ven en la *missio in bona* anterior a la *lex Aebutia* sólo una medida coactiva y no ejecutiva, vid. CARRELLI, *Per una ipotesi sulla origine della 'bonorum venditio'*, en *SDHI*. 4(1938) p.432 y ss, para quien la *missio in bona* conducente a la *bonorum venditio*, esto es, como medida ejecutiva y no meramente coactiva, es anterior a la introducción del procedimiento formulario.

⁹⁴⁰ Así por ejemplo, Carelli en "Per una ipotesi sulla origine della 'bonorum venditio'", en *SHDI*4, 1938, p. 436 y ss. y SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di successio*, en *IVRA* 4(1953), p. 210s. A juicio del primero de ellos, la venta patrimonial habría surgido en primer lugar respecto de los deudores muertos sin herederos, ya que no podía ejercerse en su contra una presión para que interviniesen en el juicio.

Los motivos que habrían determinado este cambio sólo pueden encontrarse en el estudio de los orígenes de la *bonorum venditio*, que es probablemente uno de los puntos más oscuros de la institución, tanto por la escasez como por la dificultad de los textos que a esta materia se refieren⁹⁴¹. Aunque el paso de la ejecución personal a la patrimonial constituye un importantísimo avance en la historia del derecho romano, al parecer la forma personal de ejecución no fue eliminada del todo. Así puede pensarse observando una serie de textos clásicos: Cic., *pro Flacco* 20,48; *lex Rubria* de G.C., cap. 21; y Ulp. 3 *disput. fragm. Argent.* (recto 1^a), en que se hace referencia a un decreto de *ducere* subsiguiente a la *addictio*. Lo mismo puede afirmarse de un texto todavía clásico donde se exime de la ejecución personal al que había hecho la *bonorum cessio*⁹⁴²

⁹⁴¹ Los autores han afrontado el problema Sólo se expondrán aquí -sin pretender dar una solución, que excedería del tema que nos ocupa- los dos principales enfoques sobre la cuestión del origen de la *bonorum venditio*.— Un grupo de autores ha dirigido su atención al supuesto del deudor muerto, relacionando el origen de la institución con la figura de la *successio*. CARRELLI, art. cit., en SDHI. 4(1938), p. 429ss., ve el origen de la institución en el caso del deudor muerto sin herederos. La *bonorum venditio* habría sido originariamente un supuesto de *bonorum possessio*, y se habría visto en el *bonorum emptor* un continuador de la persona del deudor muerto, pues se produciría, en este caso, una auténtica *successio*. La figura de la *bonorum venditio* se habría desvinculado más tarde de la *successio*, cuando se extendió el procedimiento también a los casos de indefensio. En el mismo sentido, SCHERILLO, art. cit. en IVRA 4(1953), p. 20ss.: sólo más tarde la figura se habría extendido a la *missio* de los bienes de un vivo, que, en un principio, únicamente tenía un fin cautelar o conservativo. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto* (Nápoles 1984) p.49 y ss., especialmente p.66., por su parte, explica que la *bonorum venditio* habría aparecido primero con respecto a los bienes de un muerto, por exigir un menor esfuerzo de abstracción el suponer la sucesión en los bienes de un difunto que en los bienes de un vivo.— Por otra parte, está la tendencia a argumentar sobre la base de la estructura del procedimiento judicial, en el sentido de que, al no poder plantearse un proceso sin la colaboración de ambas partes, se habría ideado la *bonorum venditio* para subsanar esta dificultad. Se basan, en otras palabras, en el concepto de indefensio, que habría justificado esta medida de fuerza por parte del pretor. En esta línea se encuentra SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel Diritto Romano I* (Nápoles 1937) p.9: el pretor habría recurrido a la *bonorum venditio* dado que la ejecución no era posible sin un regular proceso. Un planteamiento similar expone WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (Milán 1938) p.230 y ss, quien afirma ser necesaria la ejecución patrimonial donde es imposible la ejecución personal, es decir, en los casos en que el deudor ha frustrado el proceso con su falta de comparecencia. A su juicio, estas medidas, que fueron adoptadas en un primer momento con carácter coactivo, se perfeccionaron cuando, al derecho de embargo, se agrega el de venta.

⁹⁴² Acerca de la contemporaneidad de la ejecución personal, LA ROSA, *L'actio iudicati nel Diritto Romano Classico* (Milán 1963) p. 104 y ss, la *actio iudicati*, en época clásica, habría conducido a la ejecución

C.7,71,1-*Imp. Alex. A. Irenaeo*:...in eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem (a.223).

En todo caso, es probable que la ejecución personal en período clásico se aplicara a deudores que carecían de bienes, lo cual hacía imposible la ejecución patrimonial. En efecto, podemos afirmar que en época clásica lo habitual era recurrir a la ejecución patrimonial bajo la forma de *bonorum venditio*, y podemos afirmarlo así, debido a los extensos comentarios edictales, especialmente de Ulpiano y de Paulo⁹⁴³, que regulan la forma en que debía desarrollarse el embargo y la venta de los *bona debitoris*. En los comentarios de aquél los trámites de ejecución patrimonial abarcan los libros 59 al 65 y en el de éste del 57 al 62⁹⁴⁴. Así, pues, si el deudor no hacía frente a la *actio iudicati* no se pronunciaba en general una *addictio* en favor del acreedor, sino que se iniciaba, a petición del acreedor, un procedimiento de embargo al que se sumaban todos los demás acreedores interesados, que conduciría, finalmente a la venta patrimonial⁹⁴⁵. Se manifiesta, así,

personal y a la *bonorum venditio*. Para hacer esta afirmación se basa, principalmente, en el cap. 22 de la *lex Rubria de G. C.*, y en una constitución de Caracalla del año 213 d.C. donde se señala que la *actio iudicati* se ejercitaba *adversus ipsam bonaque eius* (contra la destinataria del *rescripto* -ejecución personal- y contra sus bienes). En su opinión, pues, la ejecución patrimonial bajo la forma de *bonorum venditio* no eliminó el anterior sistema de ejecución, que recaía en la persona. Si no hubiera sido así, afirma, entre otras cosas, no se habría hecho tanto hincapié en la circunstancia de que la *cessio bonorum* evitaba la ejecución personal, si la *bonorum venditio* también la hubiese evitado.— Aunque este último argumento es aceptable, no parece haber otros argumentos sólidos para comprobar que se daban, simultáneamente, los dos tipos de ejecución. Sólo podemos pensar que, debido a su antigüedad -derivaba directamente de la *manus iniectio*-, la ejecución personal no pudo desaparecer totalmente y subsistió en forma paralela a la *bonorum venditio*, a pesar del avance que constituía esta nueva forma de ejecución. En este sentido, ROYER, *Le problème des dettes a la fin de la République Romaine*, en *RHD*. 45(1967), p. 410: probablemente la ejecución personal habría subsistido en algunos casos, por ejemplo, respecto de las sentencias pronunciadas por magistrados municipales. De todos modos, de haber subsistido la ejecución personal, sólo habría permitido al acreedor, a partir de una determinada época, resarcirse con el trabajo del deudor, no pudiendo ya disponer directamente de su persona.

⁹⁴³ También se encuentran comentarios relativos a esta materia en Gayo y en Juliano.

⁹⁴⁴ Véanse los comentarios *ad edictum* relativos al fraude de acreedores, que en Ulpiano ocupan los libros 66 y 73, y en Paulo parte del 62.

⁹⁴⁵ En concreto, Gaius, *Inst.* 3, 79: "postea iubet convinere creditores et ex eo numerum creari, id est eum quem bona veneat." Cfr. Lenel, *Edictum Perpetuum*, 429. Véase también, Talamanca, *Vendite all'asta* 105; "la vendita all'incanto nei processi esecutivi romano", *Studi Francisci* II, Milano, 1956, 248-249. En esta obra Talamanca compara el texto citado con otro del autor bizantino Teófilo, *inst. Ius.3, 12, pr.*, afirmando positivamente que la *addictio* correría generalmente a cargo del magister.

aquella conocida función que habría tenido el derecho pretorio en relación con el *ius civile*: recurriendo a la venta de todos los bienes se procuraría una satisfacción más adecuada de los acreedores y se estarían corrigiendo las drásticas y anquilosadas prescripciones del derecho civil antiguo. Para comprender este nuevo procedimiento, basado en la jurisdicción pretoria, es necesario atender a las causas edictales que permitían iniciarlo: Condena, y, por asimilación, *confessio in iure*⁹⁴⁶, cesión de bienes o cesio bonorum⁹⁴⁷; ocultamiento (*latitatio*), herencia vacante, e indefensión.

Como bien puede observarse, el embargo o *missio in bona* y la *bonorum venditio*⁹⁴⁸ son consecuencia de diversas conductas que impiden iniciar un proceso; que

⁹⁴⁶ Quizá pueda estimarse que el demandante que jura debérsele una cantidad cierta, por habersele devuelto el juramento, también ponía al demandado en una situación muy similar a la condena. Así se desprende de D.44,5,1, pr.-Ulp.76 ad ed.: *iusiurandum vicem rei iudicatae optinet*, que hace procedente una *actio in factum ex iureiurando* con carácter ejecutivo.

⁹⁴⁷ Albert C., Th, *The insolvency Law*.op. cit., considera que la cesio bonorum constituye un fiel antecedente del concurso de acreedores (o quiebra) voluntario:” Some of the principal aspects of Caesar’s temporary measures became permanently embodied in a new law which is the ancestor of much of our modern bankruptcy jurisprudence, the *Lex Julia de bonis cendenis* (“*Lex Julia*”). This law is also known by the description of it as a remedy, *cessio bonorum* (“cession” or “assignment” of goods). Unfortunately, no text of the *Lex Julia* survives and scholars are left with only obscure references to the law in the writings of ancient jurists and in some surviving statutes written centuries after. We are also not certain whether this next milestone in debt reform came just before or shortly after Caesar’s assassination in 44 BCE. There are many scholars who attribute this law directly to Caesar and surmise that it was enacted around 46-45 BCE(...)Regardless of its authorship, *cessio bonorum* was a profound innovation. There had already existed a form of extra legal composition arrangement whereby the debtor would profess insolvency and creditors and the debtor could stipulate to an assignment of goods and forbearance from further suit. These are sometimes referred to as *cessio bonorum extra ius* and probably also relate to the *decoxit creditoribus suis* arrangements that are spoken of in ancient sources, although it is unclear whether the debtor escaped *infamia* under these composition arrangements. But unlike the decoction agreements, *cessio bonorum* did not depend on the voluntary forbearance of creditors. Instead, this was a proceeding *in iure* to compel debt relief, although apparently the granting of relief by the praetor was discretionary. In return for assignment of all of his properties to a curator, except an amount necessary to sustain some minimal livelihood, the debtor would become exempt from actions in *addictio* against his person and free from any future actions on the debts, unless he came into future possession of significant additional property. Moreover, the debtor who filed a *cessio bonorum* proceeding would avoid *infamia*. Consequently, *cessio bonorum* was a landmark change in debtor-creditor relations and a beginning recognition of debtors’ rights.”

⁹⁴⁸ En torno a la misma, véase, Giuffré, Sull’origine della “*bonorum venditio*” como escuzione patrimoniale. *Labeo*, 39, 1993, p. 320-321.

perturban la prosecución del mismo; o que implican una negativa o incapacidad de pago, ya sea de las propias obligaciones o de la condena. En consecuencia, la ejecución patrimonial en derecho romano clásico no se refiere únicamente a la ejecución de una sentencia, sino que abarca todas estas otras conductas obstaculizadoras de un proceso.

Desde otro punto de vista, el embargo de este patrimonio es pedido por cualquiera de los acreedores que pueda alegar una de estas causas o títulos ejecutivos, pero tiene un efecto colectivo⁹⁴⁹. Una vez iniciado el procedimiento, a él se suman todos los acreedores interesados, tengan o no títulos ejecutivos. Únicamente quedarían excluidos de la posibilidad de solicitar y de participar, los acreedores a plazo o bajo condición⁹⁵⁰. Los acreedores que cuentan con garantías reales, tienen a su favor un régimen separado y más seguro para obtener el pago de sus créditos⁹⁵¹. Los titulares de acciones reales, por su parte, sólo pueden pedir la *missio* con posibilidad de venta de los *bona* cuando se trata de *latitatio* del adversario⁹⁵².

En el embargo entran todos los bienes del deudor⁹⁵³; y así, los bienes que se encontraban materialmente en su poder por ser depositario, comodatario o arrendatario, o los que recibió en prenda, o incluso los que ha dado en prenda o sobre los que ha constituido hipoteca, quedan al margen de la *missio*.

Una vez decretado el embargo, los acreedores están facultados para vender los frutos y arrendar el disfrute de aquellos bienes⁹⁵⁴, pero no son poseedores; sus funciones se limitan a la custodia de los bienes⁹⁵⁵ y a evitar que ellos disminuyan de valor. Se incluye también en estas facultades la posibilidad de conocer y revisar los documentos contables del deudor y la facultad de hacer un bosquejo de inventario⁹⁵⁶. Por último, los acreedores se reúnen en una asamblea⁹⁵⁷ para elegir al *magister*. En algunos casos, se

⁹⁴⁹ D.42,5,12pr.-Paul. 59 ad ed.; D.36,4,5,2-Ulp. 52 ad ed.

⁹⁵⁰ D.42,4,14,2-Paul. 2 quaest

⁹⁵¹ C.7,72,6-Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Agathemero; D.43,4,1,4-Ulp. 72 ad ed D.36,4,11Hermog 4 Iuris Epit.

⁹⁵² D. 42,4,7,16ss.-Ulp 59 ad ed.

⁹⁵³ D. 50,16,49-Ulp 59 ad ed.

⁹⁵⁴ D. 42,5,8,1-Ulp. 61 ad ed.

⁹⁵⁵ Cic. pro Quinctio, 27, 84.

⁹⁵⁶ D. 42,5,15pr.-1-Ulp. 62 ad ed.; D.50,16,56pr.-Ulp. 62 ad ed.

⁹⁵⁷ Gayo, 3,79; Cic., ad Atticum 1, 1, 3.

procedía a nombrar un curador, encargado de ejecutar aquellos actos que los acreedores no pueden realizar como era el ejercicio de acciones que corrían peligro de perecer⁹⁵⁸; y quizá cuando urgía el pago de deudas particularmente gravosas⁹⁵⁹.

Una figura especialmente importante de este procedimiento es el *magister*, que se encargaba de preparar la *bonorum venditio*⁹⁶⁰, para lo cual confeccionaba un inventario y una *lex venditionis*⁹⁶¹ donde aparecían las condiciones generales de la venta. Sus funciones más importantes son: la realización de la *bonorum venditio* propiamente tal, que, como sabemos, tenía lugar bajo la forma de una pública subasta⁹⁶², y en donde el *magister* actuaba como mandatario de los acreedores que le habían elegido⁹⁶³; el cobro del precio ofrecido por el mejor postor y; el reparto proporcional del precio obtenido entre los acreedores⁹⁶⁴.

Si las deudas no quedaban satisfechas con los resultados de la venta, los acreedores podían exigir los créditos residuales al deudor⁹⁶⁵ hasta lograr satisfacerse plenamente⁹⁶⁶, de lo cual se deduce la finalidad de pago -no de sustitución de un sujeto por otro a través de la figura de la *successio* - que tenía el procedimiento concursal clásico: es el patrimonio de un determinado deudor el que responde. En efecto, el adjudicatario de ese patrimonio, que recibe el nombre de *bonorum emptor*, no es realmente un *successor*⁹⁶⁷, sino, como su nombre lo indica, el comprador de un

⁹⁵⁸ D. 42,5,14pr.-Paul. 59 ad ed

⁹⁵⁹D. 42,7,1,2-Paul. 57 ad ed.; D.28,5,23,3-Pomp. 1 ad Sab.

⁹⁶⁰ D. 50,16,57pr.-Paul 59 ad ed.

⁹⁶¹ Cic. pro Quintio 15, 50

⁹⁶² Cic. pro Quintio 15, 49-50.

⁹⁶³ D. 17,1,44-Ulp. 62 ad ed.; D.50,16,57,1-Paul. 59 ad ed.; D.17,1,22,10-Paul.32 ad ed.

⁹⁶⁴ D. 17,1,22,10-Paul. 32 ad ed.

⁹⁶⁵ Gayo 2,155; D.42,3,7-Mod. 2, pandect.

⁹⁶⁶ Esta posibilidad estaba excluida a los acreedores cuando se trataba de un deudor que, por haber hecho *cessio bonorum*, gozara del beneficio de competencia.

⁹⁶⁷ La consideración del *bonorum emptor* como un sucesor pretorio tiene su fundamento en la exposición que hace Gayo de unas figuras que, a su juicio son sucesorias, pero que, en verdad, constituyen modos de adquirir universalidades. En efecto, Gayo en el libro 2 y 3 se refiere al término *successio* en el contexto de la herencia, donde adquiere el significado tradicional, según el cual, el heredero (*successor*) asume la misma posición del causante y responde, en consecuencia, de sus deudas. También utiliza Gayo el término *successio* fuera de la herencia, en relación con la *bonorum emptio*, la *adrogatio* y la *conventio in manum*, pero en estos supuestos no se dan las características propias del fenómeno hereditario, sino una especie de

patrimonio, de unos *bona*. Y, en esa calidad, no asume las deudas del deudor concursado; su única obligación es la de pagar, por los bienes comprados, un precio, que se reparte entre los acreedores. Después de cumplir con su obligación, se desentiende de complicaciones futuras.

Existía también durante el derecho romano clásico una forma de ejecución detallada de los bienes del deudor, y ello sucedía en atención de los que pertenecían a la clase senatorial: *bonorum distractio ex senatus consulto*⁹⁶⁸El procedimiento es bastante distinto al de la *bonorum venditio* puesto que no parece necesaria la *missio in bona*, y no acarrea infamia para el deudor. También parece existir una *bonorum distractio ex privato consilio*⁹⁶⁹ cuando el deudor reconoce explícita o implícitamente su insolvencia ante los acreedores y éstos, de común acuerdo, deciden iniciar trámites ejecutivos que escapan de las normas edictales ya explicadas.

Hasta aquí los rasgos principales del procedimiento de ejecución patrimonial en el derecho clásico, configurado sobre la idea del concurso. Veremos ahora si ellos han perdurado con el correr de los siglos.

En el derecho de Justiniano, varias de las causas por las que se iniciaba la ejecución del patrimonio han desaparecido como consecuencia de la posibilidad de entablar un juicio por contumacia⁹⁷⁰. En efecto, aún existe en su época una promesa de

adquisición que, en estos casos, es de un conjunto patrimonial. Otro factor determinante que ha inducido a confusión y que ha impulsado a la doctrina a calificar de sucesor pretorio al *bonorum emptor* es la comparación que hace Gayo entre éste y el *bonorum possessor* desde el punto de vista de la propiedad y de las acciones (Gayo 3,80-81 y 4,34-35). Pero es evidente que existen importantes y fundamentales diferencias entre ambas figuras. En primer lugar, y, en relación con los *bona* adquiridos, el *bonorum emptor* posee ad usucapionem en virtud del título pro emptore (D.41,4,2,7-Paul. 54 ad ed.) a diferencia del *bonorum possessor*, que posee ex decreto. En segundo lugar, el *bonorum possessor* adquiere la totalidad de los bienes del causante y se obliga por el total de las deudas, a diferencia del *bonorum emptor*, que compra los bienes que figuran en la *lex venditionis* y no asume más obligación que la de pagar por tales bienes un precio. Y, por último, es fundamental el hecho de que cuando los resultados de la *bonorum venditio* son insuficientes, los acreedores no se dirigen contra el *bonorum emptor* sino contra el propio deudor concursado. Este argumento es, a nuestro juicio, determinante para sostener que el *bonorum emptor* no es realmente un sucesor -ni siquiera pretorio- del deudor concursado, sino un mero comprador de sus bienes.

⁹⁶⁸ D.27,10,5-Gayo 9 ad de prov.

⁹⁶⁹ D.42,7,5-Iul. 47 dig.

⁹⁷⁰ D.5,1,73-Ulp. 4 de omn. Trib.

comparecencia llamada ahora *cautio iudici sisti*, pero el proceso puede tramitarse sin la presencia de una de las partes. Y así, el procedimiento concursal no se vincula ya tanto a mecanismos que constriñen al deudor a comparecer o a defenderse, sino que se relaciona más bien con los trámites que sirven para ejecutar una sentencia en el caso de existir varios acreedores⁹⁷¹ o para encauzar la liquidación de un conjunto patrimonial perteneciente al deudor cedente. Aunque ya se había difundido ampliamente en el período postclásico, adquiere ahora plena vigencia el sistema de la *bonorum distractio*, pero ahora en forma generalizada, y no sólo en consideración de la categoría del deudor. De la eliminación de la *bonorum venditio*, que habría desaparecido con el ocaso de los juicios ordinarios, nos da noticia *Inst. 3,12pr.: ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditionis exspiraverunt.*

A diferencia del procedimiento clásico, el de esta época no puede ser iniciado a petición de un solo acreedor; se requiere que la *postulatio* sea hecha al menos por dos. De todos modos, el embargo sigue teniendo efecto colectivo⁹⁷². Por otra parte, las facultades que tienen ahora los acreedores sobre los bienes embargados son mucho más fuertes. De esta forma, se configura respecto de los bienes poseídos una verdadera *possessio*⁹⁷³, pudiendo además los acreedores ejercitar actos de administración que antes correspondían al *curator bonorum*, el cual, en cambio, no parece cumplir ninguna función específica en el desarrollo de los trámites concursales. Por otra parte, tienen los acreedores atribuciones amplísimas en cuanto a la forma de liquidar el patrimonio. Ahora son ellos mismos quienes, además de poseer los bienes, pueden venderlos e incluso disponer de ellos de la forma que parezca más conveniente, sin que resulte necesaria la intervención del curador, y sin que deba necesariamente realizarse la liquidación por medio de una subasta⁹⁷⁴. Así lo ponen de manifiesto diversos textos de Justiniano en los que se habla no sólo de

⁹⁷¹ En el supuesto de acreedor singular se permitía la ejecución manu militari si la sentencia había recaído en la cosa misma que se reclamaba (*ipsa res*); al contrario, si se trataba de una condena pecuniaria, se tomaban en prenda bienes suficientes (normalmente muebles), para, después de un determinado plazo, proceder a la venta en subasta y pagar al acreedor (*pignus ex iudicati.causa captum*).

⁹⁷² C. 7,72,10pr.- *Imp. Iust. A. Ioanni p. p.* (a 532).

⁹⁷³ Véase Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoles, 1938. Según dicho autor, la formación de tal *possessio* tendría su base en D.42,5,35-Marcian. libr.sing. ad form. hypoth., donde se señala que el acreedor permanece en la posesión hasta la completa satisfacción de su crédito: *iure in possessione esse placet, donec solvitur solvatur*.

⁹⁷⁴ Véase al respecto, García Morcillo, M., *La venta*

venditio sino también de *translatio rerum*⁹⁷⁵ e incluso de un *disponere* o de un *dividere* de los *bona* poseídos⁹⁷⁶ realizado por los propios acreedores. Además de este procedimiento ejecutivo patrimonial, subsiste en derecho postclásico la ejecución personal -no sabemos en qué supuestos concretos- siendo todavía lícito el encarcelamiento privado del deudor *iudicatus*. Así se desprende de C.7,71,8-*Imp. Iust. A. Ioanni p.p.: salva eorum videlicet existimatione et omni corporali cruciatu semoto...*, que exime de la ejecución personal al deudor cedente de sus bienes.

Como puede observarse, la *missio* se va configurando lentamente como un procedimiento de ejecución que se dirige ahora más precisamente contra deudores insolventes⁹⁷⁷ y no tiene ya una naturaleza coactiva como en tiempos anteriores. Y así, podemos decir que el procedimiento ejecutivo patrimonial de la época justiniana es ahora más preciso en cuanto a su objeto -se dirige a ejecutar una sentencia impaga o a liquidar el patrimonio del deudor cedente- pero menos elaborado y regulado en cuanto a los sujetos que intervienen en ella. En efecto, han desaparecido las figuras del *bonorum emptor* y del *magister bonorum*, eliminadas sistemáticamente de los textos de la compilación que a esta materia se refieren, y, aunque los acreedores concursales asumen un rol determinante en los trámites de la liquidación patrimonial, no parece haber reglas demasiado claras respecto de la manera de llevarla a cabo.

Por otra parte, es interesante destacar que Justiniano, por medio de una constitución del año 531 introdujo el *moratorium*, que era un plazo de cinco años concedido al deudor y que se planteaba a los acreedores como una alternativa más humana por la que reemplazar la cesión y venta de los bienes del deudor. Así se establece en C.7,71,8-*Imp. Iust. A. Iuliano P.P.* lo siguiente: se da a los acreedores la elección de conceder el plazo de cinco años de espera o de aceptar la cesión de bienes. Frente al problema de que algunos de los acreedores estuviesen de acuerdo en conceder la espera y otros no, tiene mayor peso el o los acreedores cuyas deudas asciendan a un importe superior. De ser igual la cuantía de las deudas, decide la mayoría de los acreedores. En caso de haber igualdad, tanto de deudas como de número de acreedores, se opta por la

⁹⁷⁵ C. 7,72,10, 2, 3.- *Imp. Iust. A. Ioanni p. p.* (a 532).

⁹⁷⁶ *Inst.* 2,19,1; 3,10,3 y 3,12pr.

⁹⁷⁷ En la época clásica, no necesariamente derivaba de la insolvencia ya que bastaba con la iliquidez pecuniaria o con la indefensión -entendida en su sentido más amplio- para dar comienzo al procedimiento concursal.

solución más equitativa y provechosa para todos, intentando, en la medida de lo posible, permitir la conservación de la actividad societaria, sin perjuicio de la efectividad de sus responsabilidades.

22.- OTROS CASOS PROTOTIPO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LA ETAPA POSTCLÁSICA

22.1.- EL CASO DE LA SOCIEDAD DE CARPINTERIOS DILIGENTES: BREVE PREÁMBULO

Los Archivos de Dióscoro de Afrodita (siglo VI d. J.C.) contienen el conjunto papirológico jamás hallado en Egipto. Fueron descubiertos por Gustave Lefebvre en 1905 accidentalmente en el pueblo de Kom Ashkaw (también llamado Kom Isgau) , y han revelado al ámbito del conocimiento de la Antigüedad, alrededor de 650 papiros que cubren los diferentes aspectos de la historia y la cultura del Egipto Protobizantino⁹⁷⁸, incluyendo la historia y el desarrollo de su derecho⁹⁷⁹.

Exposición del supuesto de hecho

Observemos el citado Papiro del Cairo (Masp. II 67158⁹⁸⁰), probablemente de fecha 568⁹⁸¹. En dicho supuesto⁹⁸², las partes, Aurelios Psois, hijo de Isakios y Aurelios Iosephis también conocido por Pekysis, hijo de Paulos junto con su mujer Aurelia Tikollouthos, hija de Horouchios, finos carpinteros celebran un acuerdo conjunto de sociedad⁹⁸³. En virtud del mismo, se obligan a trabajar juntos en su negocio de carpintería y a dividir las ganancias de las ventas de los objetos realizados. Las pérdidas deberían ser

⁹⁷⁸ Fournet J.L.: Les archives de Dioscore d'Aphrodité cent ans après leur découverte. Actes du Colloque du Strasbourg (8-11 décembre 2008), publicadas por Paris de Bocard 2008, p. XXXII.

⁹⁷⁹ Urbanik, Jakub, Dioskoros and the law (on successions): Lex Falcidia.

⁹⁸⁰ Maspero, Jean, 1908-1910: "Études sur les Papyrus d'Aphrodité I. Bulletin de l'Institut français d'Archéologie Orientale, 6. P. 97 y ss.

⁹⁸¹ A.Worp.: "Chronological Systems in Byzantine Egypt". Leiden 2004.

⁹⁸² A.Worp: op. cit: "During the reign and consulship of our most pious Lord, Flavius Iustinus, the eternal August and Emperor, year third, on the third of Pachon (ζ) of the second indiction (year), commenced according to the divine (i.e. imperial) will, in the most splendid city of Antinoe.

⁹⁸³ No es mi propósito analizar en detalle los fundamentos dogmáticos del contrato de sociedad en Derecho Romano. Sencillamente trataré algunos puntos, especialmente la responsabilidad standard de los socios y las garantías de la misma.

soportadas similarmente por partes iguales. Pues bien, dos circunstancias llaman especialmente nuestra atención: La primera, la más evidente, consiste en determinar el standard de conducta a la que las partes se comprometen atenerse. Estipulan que actuarán con la diligencia típica de todos los artesanos de la ciudad de Antinoopolis. Dicho criterio podría ser entendido, ateniéndonos a los términos un tanto anacrónicos de la Escuela Romanística, como *culpa levis in abstracto*: el tipo de diligencia/negligencia estandarizado que sería propio de un representante in abstracto de la clase de artesanos y trabajadores en cuestión. En la mayoría de los casos, este patrón de conducta se determina en función del comportamiento típico de un buen y diligente padre de familia (*bonus et diligens pater familias*)⁹⁸⁴; pero con harta frecuencia el standard parece fijarse en el ejemplo típico para una determinada situación, como un diligente artesano⁹⁸⁵.

El segundo rasgo de interés consiste en su pretendido propósito o finalidad. Ha de tenerse en cuenta que Psois es yerno o hijo político de la otra parte formada por Iosephis y su esposa Tikollouthos. Evidentemente, nada hay de irregular en hacer negocios con parientes sea por consanguinidad o afinidad. Aparte de ello, obsérvese que Psois pone de manifiesto expresamente su expectativa de convertirse en el heredero de la finca propiedad de sus suegros. Dicha finca parece recibir el tratamiento de finca común del matrimonio y la razón de ello estriba en que la esposa aparece junto a su marido en los términos del contrato. Sin embargo, podría argumentarse que el convenio de sociedad en este caso opera como un pacto de índole familiar en capitulaciones matrimoniales entre los suegros y el yerno marido de la hija de los primeros (quien, probablemente, no era del todo aceptado en el círculo familiar). En definitiva, podrá suponer un ingenioso ejemplo de cómo controlar la propiedad después del matrimonio y cómo asegurar el cuidado y correcta administración de la finca de procedencia familiar o troncal de un modo diferente

⁹⁸⁴ Ver, p.ej. Zimmerman, *The Law of Obligations*. Orford, Clarendon Press, 1996 pp 210-211, respecto al depósito.

⁹⁸⁵ En D. 19.2.9.5 (Ulpiano 32 ed).

al que resultaría de la conclusión de un clásico acuerdo dotal standard⁹⁸⁶ típico para todo tipo de contratos y asegurado por medio de una hipoteca general⁹⁸⁷.

Antes de dar un paso más en el estudio de la responsabilidad asumida por los carpinteros, debemos atenernos al examen de otro presupuesto, debemos presentar otro caso: P. Cairo Masp. II 67159. Se han conservado dos copias del mismo⁹⁸⁸, ninguna de ellas escrita por el propio Dioscoro. Esta circunstancia abre un interesante debate acerca de la razón de su existencia en sus archivos. Ligeramente más correcto P. Cairo Masp. II 67160, podría existir un segundo, quizás el final, proyecto de contrato. De nuevo nos encontramos ante una sociedad de carpinteros.

Las partes del contrato, Aurelios Danielis hijo de Iosephios y Aurelios Victor, hijo de Philemmon, ambos esmerados carpinteros originarios de Antinoopolis—casi lo mismo que en el caso anterior—han convenido establecer una sociedad por un año. Están de acuerdo en trabajar juntos, aceptar órdenes y pedidos de los clientes y no apartarse de la ejecución de las tareas encomendadas a cada uno. Podría parecer que cualquier daño causado por razón de su trabajo repercutiría sobre el socio responsable del mismo, desencadenando las sanciones personales pertinentes. Los ingresos que cada uno de ellos pudiera obtener singularmente, deberían ser divididos en acciones iguales entre los dos socios. Las partes además estipulan una penalización que debería pagarse en los casos de actos negligentes, en los supuestos de ausencia en el trabajo salvo por razón de enfermedad, la cual ascendería a cuatro solidi de oro. Adicionalmente los socios se prometen recíprocamente que ninguno mantendría en secreto para sí cualquier cosa sobre el trabajo común—dicha cláusula no guarda ningún paralelismo con las del documento precedente, donde quizás el contexto familiar en el que se la convertiría en improcedente y quizá obsoleta e inconveniente. Seguramente éste podría ser un típico acuerdo pues entre los Coptic ostraka de Medinet Habu encontramos dos documentos en los que los firmantes estaban comprometiéndose uno con el otro bajo sendos juramentos en virtud de

⁹⁸⁶ Otro ejemplo de tal invención que se podría encontrar entre los documentos de Dioscoro, consistiría en el acuerdo por el cual el novio y sus padres se obligan para con la novia a constituir hipoteca sobre 10 arurae de terreno con el fin de garantizar la restitución de la dote.. Acerca de esta temática, ver Esperanza Osaba: "Derecho. Cultura y sociedad en la Antigüedad Tardía". Bilbao, 2013.

⁹⁸⁷ Figura ésta, hipoteca general admitida en Roma, antítesis del principio de especialidad que constituye uno de los pilares básicos del derecho hipotecario moderno.

⁹⁸⁸ Heidelberg Gesamtverzeichnis der Papyri, erróneamente considera que P. Cairo Masp. III 67315 constituye una tercera copia del mismo documento.

los cuales los socios trabajadores se obligan entre sí a no tomar para sí ni dinero ni mercancías incluídas en el fondo común societario.

Al igual que en la hipótesis primera, este segundo modelo de contrato societario concluye con una cláusula estipulatoria y con una hipoteca general que garantice la correcta ejecución del contrato⁹⁸⁹.

22.2.- SOCIEDADES EN EL PAPIRO ROMANO BIZANTINO

La sociedad, en general, tiene un escaso reflejo en el Papiro. Sin embargo, no podemos dejar de fijarnos en figuras homólogas que datan de fecha posterior y que son comparables a la situación contractual surgida del contrato social por causa de la presunta influencia de la práctica legal romana: Estaríamos hablando de la uniones entre agricultores que acometen la tarea de cultivar conjuntamente tomada en arriendo por uno de ellos, asumiendo todos la obligación del pago de la renta (así se podría percibir, de alguna manera, cierta equivalencia en cuanto a los efectos surgidos del contrato social).

Así pues, observemos el caso de P. Amh. II 94 (= W Chr. 347, Hermoupolis, 29 August 208), en el que un arrendatario de un terreno público se obliga a pagar dos tercios de la renta estipulada y los correspondientes impuestos, y su socio el tercio restante de dicha renta. Las ganancias se distribuirían en la misma proporción. Los socios continuarán su relación siempre y cuando el arrendatario se obligara a continuar con el cultivo de la tierra tras haber expirado el término de cinco años de duración del arrendamiento inicial\$\$\$\$\$. Aparte de la genérica obligación de cultivar conjuntamente la tierra, no se especifican más obligaciones de ninguna de las partes ni el nivel o standard de responsabilidad al que aquéllos quedan sometidos\$\$\$\$\$. Otro contrato, de fecha un poco anterior, sigue el mismo patrón: en P. Oxf. 12 (Arsinoite, 153-154): un hombre, cuyo nombre se ha perdido en el tiempo, se une a tres coesses of a fishing right de dos reservoirs a tres concesionarios del derecho de pesca en dos embalses en el pueblo de Karanis, Asumiendo la participación de una cuarta parte en la empresa. El nuevo socio acepta llevar a cabo todo el trabajo que se derive de su participación y pagar un cuarto de la renta. En contra partida, recibiría una cuarta parte de los beneficios obtenidos.

El corpus de Dioskoros contiene un pacto semejante a estos dos últimos ejemplos.

⁹⁸⁹ Debe una vez más recalarse que la práctica legal bizantina virtualmente ofrecía tendencia a equiparar la hipoteca convencional con las garantías constituibles mediante traspaso posesorio (pynus- enechyron).

P. Lond. v 1705 (Afrodita, primera mitad del siglo VI), presenta un acuerdo entre Besarión, tío de nuestro notario, y Víctor. Ellos están de acuerdo en cultivar conjuntamente una granja perteneciente a la Santa Nueva Iglesia, antes arrendado por Besarión, la duración se acordó por dos años. Verdaderamente es desafortunado que las únicas líneas abiertas de la escritura se han conservado, de hecho, puede que descubramos que la porción de Besarión en el negocio tan sólo se hubiere fijado en un tercio. No sabemos si de algún modo, si se estableció por acuerdo de las partes, un estándar de conducta.

Es bastante interesante el comparar este documento con otro acto en el que interviene Besarión. En este documento, el pariente de Dioskoros subarrienda un terreno perteneciente al mismo propietario, a Aurelioi Mathias, hijo de Ponnis y a Ibeis, hijo de Apollos. La renta ha de pagarse en especie. Ambos, arrendador y arrendatario, han de hacerse cargo de los gastos de mantenimiento del riego y de la sakyá, asimismo comparten las obligaciones tales como aquéllas que consisten en el abastecimiento de semillas (Besarión es responsable de las semillas de la cosecha principal y sus arrendatarios de las semillas de la hierba y pastos). Al final, la producción del campo se ha de dividir por mitades\$\$\$\$\$. Realmente, este arrendamiento, desde el punto de vista funcional, no se aleja de una sociedad agrícola.

Una vez más, hemos de atender al arrendamiento. SB IV 7369 (Hermopolis⁹⁹⁰, Septiembre 512) recoge un acuerdo para arrendar una viña a Apollos, hijo de Isidoros y a Apollos, hijo de Isaios, por Flavius Taurinos, antiguo soldado y actualmente sacerdote en la ciudad de Hermopolis\$\$\$\$\$. El campo en cuestión constaba de dos partes: una parte completamente productiva y otra mitad con vegetación recientemente plantada allí. La renta de la viña en sí se fijó en especie, el cultivo entre el arrendador, de una parte, y por los arrendatarios, por la otra, encargándose, además éstos últimos del suministro de agua, Si bien, la cosecha en su conjunto pertenecería a Apolloi con el pago de 1/3 de lingotes de oro.

Lo que resulta especialmente interesante en nuestro caso, consiste en la forma en

Sobre este punto véase Du Plessis: *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edimburg 2013, pp.151-174.

⁹⁹⁰ Acerca de Hermópolis, se recoge una lista completa de papiros en: Muller, H.: "Untersuchung zur $\mu\iota\sigma\theta\omega\sigma\iota\varsigma$ von von Gebäuden im Recht der gräko-ägyptischen Papyri. (Köhl, 1985), especialmente p.345- 361. Llama la atención cómo muchos de los contratos recogidos siguen un lenguaje uniforme cuasiformulario.

que los arrendatarios asumen la obligación de tener cuidado de la tierra: para la explotación y cultivo de las vides, aplicarán toda la diligencia y atención posibles. Asegurarán la adecuada producción de la viña elaborando el vino de la manera en que tradicionalmente se efectúa en el citado terreno llamado Taurinos⁹⁹¹. Dieter Nörr vio en éstos términos la fijación de un standard objetivo de diligencia y cuidado, justo como en el caso de los carpinteros⁹⁹².

Como es lógico, las sociedades laborales constituyen per se una excelente comparación con nuestros supuestos. Sólo existen tres ejemplos⁹⁹³ de las mismas en el papiro.

P. Köhl II 101 (Oxyrhynchos, 28 de septiembre 274 ó 280)⁹⁹⁴ recoge la formación incipiente de un contrato entre Aurelio Sarapion y Silvanos obligándose a emprender un proyecto en común por un período de dieciocho meses desempeñando un tipo de actividad, quizás de producción de artículos de metal⁹⁹⁵. La única cláusula que se conserva prevé la venta conjunta de los objetos fabricados, necesaria para acometer su empresa en común.

El segundo ejemplo, que podemos calificar como muy particular constituyendo por sí mismo una categoría sui generis, se recoge en dos papiros del Gran Oasis, P. Genova 20 (25 de junio 319) y 21 (25 de julio 320)⁹⁹⁶. Aurelios Thimotheos y Aurelios Uonsis forman entre sí una sociedad diseñada para organizar el transporte de personas dentro y fuera del Gran Oasis. Mientras que el primer socio debe dirigir y administrar el negocio, el segundo socio proporciona el capital (12 talentos según el primer documento

⁹⁹¹ También Dioskoros P. Ham I 21 (Antinoopolis, 4 de septiembre 569, si bien sin éste término “objetivo” de comparación.

⁹⁹² D. Nörr, *Die Fahrlässigkeit im bizantinischen Vertragsrecht*, Munich, 1960 p. 191. Véase también J.L. Alonso: “Fault, strict liability and risk in the law of the papyri”.

⁹⁹³ No se toma en consideración una curiosa carta cristiana enviada a Arsinoites, P. Amb. I 3^a, en los autores como Amelotti y Migliardi Zingale ven una alusión a una sociedad para cocer pan, meramente artesanal y sin ánimo de lucro.

⁹⁹⁴ H. Harrauer, *Paläographie, Textband*, pp 368-369, n° 178, se decanta por señalar el año 280.

⁹⁹⁵ Βρυτανική τέχνη Hagedorn, Dieter Papyrussammlung, P. Köhl II 101 ZPE 13 (1974) pp. 127-129.

⁹⁹⁶ Véanse la edición original y los comentarios de los editores: M. Amelotti y Livia Migliardi Zingale, “Una società di tras porto nella Grande Oasi” en *Studi di Storia Antica in memoria di L. De Regibus*, Génova 1969m pp. 167-176. También M. Amelotti, *Scitti guiridici*, a cura di Livia Migliardi Zingale, Turín 1996, pp 87-99 y D. Gofa, “ Quelques observations sur un papyrus contenant un contrat de société (PUG II appendice I) en *Studi in onore A. Biscardi II*, Milano 1982, pp. 499-520.

y 3000 dracmas en el segundo). Ambos documentos se configuran constituyendo en sí recibos por el administrador del negocio del dinero pagado y su declaración de que lo emplearía en contratar los vigilantes⁹⁹⁷.

El tercer ejemplo que se puede reconocer como tal⁹⁹⁸, en virtud del cual se acomete el desempeño de una actividad conjunta es P Lond. V 1974 (Hermopolis, 21 junio 488). Este papiro, por desgracia gravemente destruido- se ha perdido toda su parte inferior- documenta una sociedad entre dos vendedores de fruta, Aurelio Isidoros y Dorotheos. Dado su estado de conservación, no puede saberse con certeza cuáles eran los términos exactos del contrato, incluso el acto en su conjunto parece ser mucho más simple que los casos sujetos a examen. Las partes se obligan a asumir por igual las pérdidas y a repartir así las ganancias; nada se dice sobre el modo en el que deberían desempeñar sus tareas o incluso cuál sería el carácter exacto de las mismas. Parece ser, por lógica jurídica, que el reparto de las ganancias tendría lugar después del abono de las pérdidas y del pago de los impuestos⁹⁹⁹.

Y el último ejemplo viene de la Dacia romana¹⁰⁰⁰- y por lo tanto no puede ser utilizado como un ejemplo próximo al caso de la sociedad de los carpinteros de Antinoopolis. En cualquier caso, nos llama la atención que contiene una formulación muy particular, quizá la única referencia directa al standard de responsabilidad adoptado por

⁹⁹⁷ Ver P. Genova 20, 1, 6 y 21, 1, 8.

⁹⁹⁸ Otro documento de constitución de sociedad de Hermopolis, P. Lond. V 1975 (fechado en el siglo VI), conserva únicamente una cláusula penal, algunas estipulaciones y las firmas de las partes y de los testigos; sin embargo, no es posible reconstruir o deducir cuál podría ser el objeto social o el fin perseguido por dicha sociedad.

⁹⁹⁹ P. Lond v 1794, II. 12-16: *ἐπί κοιν λημματαί καί ἀναλώμ(α)τι καί οντω ἡμάς παρασχεῖν.*

¹⁰⁰⁰ Para su descripción y visión en la literatura, véase Santucci, *Il socio di opera* pp. 206-209, que contiene un particular análisis de la engañosa responsabilidad asumida por los socios. Dicho autor evoca también en su ejemplo un fragmento de la segunda tabla de Vipasca, la llamada *lex metalli dicta*, en cuanto se refiere a la división entre los socios de los gastos necesarios para la explotación de la mina. El socio que fraudulentamente eludiera la contribución en su parte respectiva de gastos, sería privado de su correspondiente participación en las ganancias. En sentido contrario, si apareciera cualquier gasto o desembolso que hubiera sido hecho de buena fe, debe ser repercutido en los demás socios. Por lo tanto, la *lex*, por una parte prevé una eventual modificación de la tipicidad de los términos standard conforme a los cuales una sociedad minera podría explotar una mina pública, y, de otra parte, adicionalmente, salvaguarda la naturaleza de la sociedad como contrato de buena fe.

los socios¹⁰⁰¹, distinto del de P. Cairo Maspo II 67158 y 67159 antes expuesto. Las tablas de cera de Transilvania, CIL III XIII (pp.950-951 = FIRA III n° 157)¹⁰⁰², documentan una *societas (rei) danistariae*, recogiendo lo siguiente: Se constituyó una sociedad de prestamistas de dinero entre Cassius Frontinus y Iulius Alexander desde la fecha del 23 de diciembre del año 166 de nuestra era hasta el 12 de abril del año siguiente, en los términos siguientes, según los cuales, con independencia de cualquier contingencia que surgiera en la sociedad, lo que se llegara a ganar o a perder en dicha sociedad, se atribuiría a los socios por partes iguales. Iulius Alexander había aportado al fondo societario quinientos denarios obtenidos¹⁰⁰³ y Frontinus puso en sociedad doscientos sesenta y siete, a través de la agencia desempeñada por el esclavo Secundus, propiedad de Cassius Palumbus (y como bien puede deducirse la condición de liberto del mencionado Frontinus).

Si se descubriese que alguno hubiera actuado con dolo o fraude en esta sociedad, deberá al otro socio por cada denario obtenido empleando fraude, unos veinte denarios.

Si bien, después de ese tiempo pactado, y habiendo préstamos deducidos de otros, deberán dividir dicha suma prestada o bien lo que quede. Si se estipulare la concediere algún préstamo con ocasión de la situación contractual estipulada, según planteó Cassius Frontinus, deberá ser garantizado su devolución; es decir, el correcto cumplimiento del contrato, lo cual Iulius Alexander acepta.

Se redactaron y sellaron dos tablas idénticas recogiendo la situación contractual

¹⁰⁰¹ Véase FIRA I₂ n° 104, *Seconda tavola di Vispasca* (a. 117-138 d JC.), según los comentarios y enmiendas de G. Purpura en “Revisione ed integrazione del Fontes Iuris Romani

¹⁰⁰² *Inter Cassium Frontinum et Iulium Alexandrum societas dani[st]ariae ex x Kal(endas)Ianuarias q(uae) p(roximae) f(uerunt) Pudente e[t]Polione cos. In prid[i]le idus Apriles próximas venturas ita conven(i)t, ut, quidq[ui]d in ea societari ab re natum fuerit lucrum damnumve acciderit, aequis portionibus su[scip]ere debebunt. In qua societate intuli[t] Iuli]us Alexander numeratos sive in fructo (denarios) [qu]ingetos, et Secundus Cassi Palumbi servus a[ctor] intulit (denarios) ducentos sexaginta septem pr[o Fron]tin[o — —]s [—]chum eis[—]ssum Alburno [— —] d[eb]eb[er]it. In qua societ[ate] si quis d[olo ma]llo fraudem fec[isse] de]prehensus fue[rit], in a[sse] uno (denarium) unum [— in] d[en]ar[ium] unum (denarios) xx [— —] alio inferre debe[bit], et tempore perac[t]o de[duc]to aere alieno sive summam s(upra) s(criptam) s[ibi] recipere sive], si quod superfuerit, dividere d[eb]ebunt]. Id d(ari) f(ieri) p(raestari) que stipulatus est Cassius Frontin[us, spo]pon]dit Iul(ius) Alexander. De qua re duo paria [ta]bularum signatae sunt. [Item] debentur Cossae (denarii) I, quos a socis s(upra) s(criptis) accipere debet. [Act(um) Deusa]re v Kal. April(es) Vero III et Quadrato co(n)s(ulibus).*

¹⁰⁰³ Según resultaría dicho matiz de la apreciación de Arangio Ruiz recogida en “Società”, p. 482 n°1.

descrita.

Así las cosas, se debían 50 denarios a Cossa, el cual recibirá de los socios.

El documento de constitución de la sociedad fue elaborado el día 28 de marzo de 167¹⁰⁰⁴.

Los resultados (ganancias o pérdidas) se dividirían por iguales partes. Las partes refuerzan el acuerdo que han alcanzado por medio de estipulaciones, excluyendo expresamente cualquier conducta fraudulenta en su proceder y estableciendo una cláusula penal aumentando el pago de ten-fold or twenty-fold, respectivamente por los daños sean menores o mayores en valor que un denario.

Muy bien, ¿cuál es la función exacta que cumple esta cláusula? ¿Sería moderable o maleable judicialmente con arreglo a la equidad, como expresamente se establece en el derecho civil contemporáneo, y en concreto en nuestro Código Civil español, en su artículo 3.2?

En cualquier caso las partes no tenían por qué acordar o establecer una responsabilidad por conductas fraudulentas— la exclusión o renuncia de la responsabilidad por dolo podría contravenir específicamente los principios de boni mores, y por tanto podría ser nulo. Por el contrario, ¿tendríamos que hacer una lectura de dicha cláusula como una limitación a su responsabilidad, que estaría excluyendo los casos de cualquier culpa o negligencia grave o leve?

22.3.- GRADO DE DILIGENCIA EXIGIDO EN LAS SOCIEDADES LABORALES Y LA PRUDENCIA O CUIDADO TENIDO POR LOS CARPINTEROS DE ANTINOOPOLIS: GERMEN DE LAS ACTUALES SOCIEDADES PROFESIONALES.

Como es lógico, la concreta solución a esta cuestión, como ya hemos visto en capítulos anteriores, está en función de la solución que propongamos respecto a la

¹⁰⁰⁴ Para una detallada descripción del documento de constitución, dejando de lado cualesquiera otras consideraciones de índole doctrinal, véase V. Sotropa, *Le droit romain in Dacia*, Amsterdam 1989, pp. 220-223 y G. Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie (Études juridiques)*, Amsterdam 1983, pp. 61-65, “Notes sur le contrat concernant un societe”. Asimismo E.Pólay, *Ein Gesellschaftsvertrag aus dem römischen Dakien*, *Acta Scient Hung*, 1960, pp 417-436. Y del mismo autor, asimismo, *Die Rolle der Stipulation in den Urkunden der siebenbürgischen Wachstafeln*. *JJul.* 15 (1965) pp.185-220.

dogmática determinante de cuál era el grado de diligencia, en general, para en socio¹⁰⁰⁵.

Según un amplio sector de la doctrina científica clásica, ésta se limitaba al fraude¹⁰⁰⁶. Desde un acercamiento doctrinal más novedoso, se observa una extensión gradual de la responsabilidad, impuesta por la evolución de las condiciones sociales y económicas¹⁰⁰⁷. El principio de buena fe que debe presidir en todo contrato, hace que la conducta gravemente negligente del socio que se abstuvo de emplear la diligencia que debiera en sus propios negocios, ofrezca la tendencia de resultar equivalente al dolo eventual o al fraude.¹⁰⁰⁸ Sólo existe una delgada línea entre este planteamiento y ya la adopción de la diligencia quam in suis como modelo de responsabilidad. Y en definitiva, la tendencia a exigir un grado de diligencia extrema, en la práctica estaría rozando con la concurrencia de un criterio objetivo de responsabilidad. Así parecería vislumbrarse por Ulpiano en D. 17.2.52.1 que parece ir en esta dirección. Sin embargo, desde el punto de vista sostenido por Justiniano, procedería mantenerse la primera solución¹⁰⁰⁹.

Como ya hemos apuntado, ninguno de los papiros que recogen contratos de sociedades prevé de antemano un grado o nivel de responsabilidad standard impuesta por las partes¹⁰¹⁰. E incluso aun cuando exigieran una actuación con toda la debida diligencia, uno podría aventurarse a argumentar que one may venture a statement that P. Cairo Masp.

¹⁰⁰⁵ Véase al respecto, Santucci, *Il socio d'opera conferimenti e responsabilità*, 1997, pp. 193-230.

¹⁰⁰⁶ En esta dirección se encuentra, p. ej., F. Schulz, en *Classical Roman Law*, Oxford 1951, pp. 551-552, quien además apunta problemas sin clara solución según las fuentes, *irresolvable, professing at the end of the arts nescendi in this instance*.

¹⁰⁰⁷ *Zimmerman Law*, pp. 461-465. Este mismo enfoque podría ser corroborado por el hecho de que la *Lex Irnitiana* reserva la *actio pro socio* a la competencia exclusiva del gobernador provincial cuando *quod dolo malo factum esse dicatur* (*Lex Irnitiana IXB, II 9-11*). El magistrado municipal, por su parte, podría conocer de casos en los que sólo se investigaba la culpa de uno de los socios de tal forma que éste no quedaría expuesto a ser condenado por infamia. En este mismo sentido, véase Lamberti, Francesca, *Tabulae Irinae. Municipalità e ius, Romanorum*, Napoli, 1993, pp. 155-156 y Santucck, *Il socio di opera* (op. cit. P. 203-204).

¹⁰⁰⁸ Como el caso del contrato de depósito, según el punto de vista de Celso en D. 16.3.32, según recoge Zimmerman, en su libro *Law*. Op. cit. p.463.

¹⁰⁰⁹ *Just. Inst. 3.25.9* y *D.17.2.72* (*Gayo 2 rer. Cott*) con los comentarios de Zimmerman en *Law* p. 466-467. En estos pasajes, véase Santucci, *Il socio d'opera* pp. 212-230. Un examen profundo de la doctrina bizantina se contiene en la obra de Nörr, *Die Fahrlässigkeit*, pp. 30-35.

¹⁰¹⁰ Es cierto que dada la escasez y el lamentable y desafortunado estado de preservación del material poseído, no cabe llegar a sólidas e irrefutables conclusiones.

II 67158 y 67159 resultan, a este respecto, únicos¹⁰¹¹. ¿Por qué entonces encontramos tales pactos ínsitos en estos acuerdos? Puede pensarse que estas formulaciones simplemente expresan la voluntad de las partes: Ellos deciden excederse o ir más allá de los términos standard del contrato y en lugar de asumir la obligación de ser tan diligente como lo son en sus propios asuntos, eligen el modelo de *omnis culpa*¹⁰¹². Wieacker, por su parte, vio en estas cláusulas un modo en el que el Notario autor de documento, ejemplificaba los términos abstractos de falta de responsabilidad¹⁰¹³. No obstante, parece existir otra explicación un tanto pragmática, aun cuando más bien arriesgada, apoyada más que en la 'Schuldtheorie', en estilo personal y en el bagaje profesional del escriba que lo redactó.

En cualquier caso, podemos tener en cuenta como elemento fundamental de nuestro análisis y, a su vez, como referente del standard de conducta de los artesanos de Antinópolis, conocidos fragmentos de la jurisprudencia romana que describen la responsabilidad del conductor operis, así tendremos en cuenta:

D. 19.2.9.5 (Ulpiano libro 32 ad edictum): Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vínculos pascendos vel sarcendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit. *(Celso escribió en el octavo libro de este Digesto que también impericia (en el sentido de falta de habilidad) cuenta como negligencia (culpa). Si alguien arrienda ganado para ser alimentado, o acepta algo para reparar o pulir, debe responder por su negligencia, y falta de pericia entraña negligencia, porque recibe el objeto por su condición de experto artesano).*

Por otra parte, tenemos el texto siguiente:

D. 19.2.13.5 (Ulpiano libro 32 ad edictum): Si gemma includenda¹⁰¹⁴ aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex

¹⁰¹¹ Así lo suponía Kunkel en : "Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen". Gra-Wien_Khöl n, p. 55 y ss.

¹⁰¹² Steinwenter, "Gesellschaftsrecht", p.502: 'Wir sehen also, dass die Parteien über die dem Recht der 'societas' übliche eingeschränkte Sorgfaltspflicht hinausgehen und Haftung für 'culpa omnis' vereinbaren'.

¹⁰¹³ Wiacker, 'Haftungsformen', p. 76: 'Diese Versuche der Urkundenschreiber, ein konkretes Haftungsma ß zu finden, geben den Gedankengängen der vorjustinianischen Schuldtheorie ein deutlicheres Relief'.

¹⁰¹⁴ Obsérvese la similitud con la specificatio.

reperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio. (Si una piedra preciosa se entrega con el propósito de ser incrustada o montada y se rompe, si ello se debió a un defecto del material en sí, no procederá esgrimir acción alguna por la locación; pero si se debió a la falta de habilidad, habrá acción. Ésta podrá ser esgrimida, a no ser que el artesano asuma el riesgo: en tal caso, si incluso el daño fuera debido al material defectuoso, no procederá acción alguna por el arrendamiento).

Y asimismo:

D. 19.2.25.7 (Gaius ad edictum provinciale): Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentis-simus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignm transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest. (Si una columna se rompe en el momento que es levantada o llevada por alguien que se hizo cargo de ella para su transporte, será responsable por los daños, tanto si se produce por su propia culpa o por la de aquéllos cuyos servicios hubiera contratado. No obstante, no existe falta alguna, si se hubieran adoptado las mismas precauciones posibles que hubiere tenido en cuenta un hombre muy diligente y cuidadoso. Por supuesto, lo mismo se aplicaría, creemos, si alguien consiente en transportar toneles de madera; y lo mismo se aplica también a otras cosas).

Es cierto que todos estos se refieren a figuras legales distintas de la societates. Si bien, creemos, que son perfectamente aplicables a nuestro caso: Como ya hemos expuesto, en la práctica jurídica los arrendamientos de fincas para fines agrícolas¹⁰¹⁵ guardan muchos puntos de identidad con las sociedades agrícolas. Más aún, los artesanos constituídos en una sociedad de trabajo podrán aceptar encargos de sus clientes bajo el régimen de locatio conductio operis, y mientras se llevan a cabo tendrán que comportarse frente a dichos clientes con la diligencia propia de un hábil y buen artesano. Por tanto, no deja de ser sensato aproximar estos textos al contenido del contrato de sociedad. En la descripción que aportan del nivel standard de responsabilidad, Gayo y Ulpiano emplean nociones abstractas tales como imperitia artifex, “quae diligentissimus quisque observaturus fuisset”, “culpa in abstracto”. Ésta culpa in abstracto, es la misma que se tuvo en cuenta en el caso de los carpinteros de Antinoopolis, excediendo los límites de la responsabilidad

¹⁰¹⁵ Téngase en cuenta a estos efectos, Goterman van Oven: “Le papyr de Styrasbourg 248 et la locatio conductio rei suae” TI 26 (1958).

exigida por norma general en el seno de las sociedades constituídas tiempos de Justiniano¹⁰¹⁶. Podríamos dar un paso más y entender sin dificultad por qué la responsabilidad era configurada así: En las relaciones con sus clientes tenían que mostrar la diligencia típica de un artesano. La falta de ésta constituiría un incumplimiento del contrato y en consecuencia una pérdida, which would eventually befall the formed partnership. Es indiferente el que los socios tuvieran interés en asegurar este criterio dentro de la situación contractual constituida, obligándose a mantenerlo, por ende, en todas las relaciones externas resultantes de la sociedad.

La particular elaboración del P. Cairo Masp. II 67158 no se encuentra fuera del Corpus de Dióscoros. Puede suceder que traigan reminiscencias de la formación legal de Dióscoros, tanto el estilo de este Papiro, así como el del P. Cairo Masp. II 67159, también caracterizado por un matiz legal mucho más exquisito que cualquier clausulado característico de anteriores contratos de sociedad. E incluso parece más probable que los casos del Digesto que acabamos de citar, sean ejemplos didácticos, dirigidos a los estudiantes, de los particulares criterios de responsabilidad susceptibles de exigencia. Si éste fuera el caso —y en modo alguno pretendo ir más allá de los límites de la mera hipótesis— tendríamos ante nosotros un ejemplo más del bagaje jurídico de nuestro notario¹⁰¹⁷

23.- ACOPLAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA A LOS PERFILES DEL CASO CONCRETO.

SUS DIMENSIONES PRÁCTICAS Y TENDENCIA A SU LIMITABILIDAD.

En Roma, la actividad privada tuvo una amplia libertad, lo que permitió un importante desarrollo del comercio. Dado que en Roma las sociedades existentes eran tomadas como meras relaciones jurídicas contractuales, donde no existía un patrimonio diferenciado al de cada uno de los asociados, el capital afectado no constituía una garantía preferente para los acreedores sociales. Por ello, uno de los vehículos más importantes del desarrollo de la economía en aras a reforzar la posición de los socios como operadores económicos, consiste necesariamente en la concepción y reconocimiento de la

¹⁰¹⁶ Nörr, Die Fahrlässigkeit, pp. 190-191.

responsabilidad limitada de los sujetos que desempeñan una actividad de tráfico comercial conexas con dicho capital social. Indudablemente el fenómeno de la responsabilidad limitada asegura la separación y la protección de la propiedad privada de los bienes fue diseñado para a un especial fin de promoción de la actividad económico empresarial.

23.1.- CONVERGENCIA HACIA LAS RESPONSABILIDAD SOCIETARIA LIMITADA: FRUTO DEL ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA PRÁCTICA EXISTENTE.

Aun siendo diversas las fuentes jurídicas que revelan la trayectoria de una línea hacia la localización y circunscripción de la responsabilidad en la que eventualmente pudieran incurrir los agentes económicos, debemos partir siempre de una base evidente: Es cierto que la *societas* en derecho romano, en sus primeros tiempos, principalmente se aplica en el ámbito jurídico familiar y hereditario; así, en la comunidad hereditaria surgida entre los *filiis familias* con el advenimiento de la muerte del *pater* en la época arcaica, que recibía el nombre de *erctum non citum*¹⁰¹⁸. Según Gayo se trata de una forma

¹⁰¹⁷ Sobre este punto, véase P. van Minnen, “Dioscorus and the law”. Mac Donald, M.W. Twomey: Learned Antiquity. Scholarship and Society in the Near-East, the Greco-Roman World, and the Early Medieval West, Leuven – Paris – Dudley MA 2003, pp. 115-133.

¹⁰¹⁸ Figura en un pasaje famoso de Aulus Gellius, que sigue siendo el más fuerte argumento textual que se pone adelante por aquellos que la doctrina apoya la inseparabilidad de la restricción de consorcio Gellio, Noctes Atticae 1.9.12: Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium quod iure atque verbo Romano appellabatur ercto non cito.

En cambio, Gayo habla de *societas* en vez de *consortium* (legitima simul naturalis), con las mismas connotaciones que expone Gellio de *ergo non cito*.

Gayo. 3.154,154a,154b1018: (154) Sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. (154a) Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. Olim enim, mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso; erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur; ciere autem diuidere est, unde caedere et secare dicimus. (154b.) Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa¹⁰¹⁸ legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumue qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo

de sociedad especialmente reservada a los ciudadanos romanos, y sujeta a las normas del *ius civile*. A su vez, el mismo Gayo describe dos posibilidades del citado *consortium*: a) *fratrum suorum* que se formaba fundamentalmente entre los *heredes sui* y b) *ad exemplum fratrum*, es decir, se trata aquí de una sociedad constituida a imagen y semejanza de la anterior, pero realizada entre extraños a la familia. Pues bien, dicha figura constituía el antecedente de las incipientes sociedades familiares, cuyo acceso estaba vetado a terceros, y en las que los socios aportaban en común la totalidad de sus patrimonios (*societas omnium bonorum*)¹⁰¹⁹.

No obstante, en el siglo II a. JC., debido al florecimiento del comercio en Roma, adquiere mayor importancia como forma legal de empresas de índole comercial. Los mercaderes asociarse en orden a desempeñar una actividad bancaria, el tráfico de esclavos o la construcción de carreteras no tenían por qué unificar todas sus propiedades en torno al desarrollo y buen fin de tales actividades, sino únicamente una parte definida de las mismas. Así las cosas, la *societas omnium bonorum* no resultaba de lo más adecuado para tal fin. En la etapa última de la república, el pretor empezó a proteger sociedades informales que se unían para concentrar recursos con el objeto de llevar adelante transacciones de carácter internacional, y eran establecidas para la puesta en marcha de ciertas actividades comerciales específicas (*societas unius negotiationis*).

Como pone de relieve D'Ors¹⁰²⁰, el tipo más antiguo de sociedad no-universal que se conoce en Roma es el de los contratos agrarios de Catón (de agr. 136 y 137 [145 y 146], en los que la sociedad para el cultivo de una finca (aparece como contrato de *pollicio*; cfr. D. 17, 2, 52, 2) se aproxima al arrendamiento; también la *colonia partiaria* (§ 501) es una figura de arrendamiento muy próxima a la sociedad; cfr. § 498n.3. Pero los tipos más frecuentes provienen de la práctica del derecho helenístico: sociedades para el

liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat. Item unus rem communem mancipando <eius faciebat qui mancipio accipiebat> ...

¹⁰¹⁹ La *societas omnium bonorum* fue la primera sociedad sometida a las normas del *ius gentium* y ha servido de modelo a todas las otras formas de sociedades. Es propio de esta sociedad que todos los de cada uno de los socios se hagan comunes a los demás en el momento de constituirse la relación asociativa, y también que todos los bienes que los socios adquieran, independientemente del título por el que se adquiera, sean parte para la sociedad: ganancias, herencias, legados y donaciones, etc.

¹⁰²⁰ D'Ors, *Derecho Privado Romano*, ed 2008, p. 576.

comercio de esclavos, de banqueros, etc. La de publicanos constituye una corporación (. § 482n.3).

En el tiempo de los juristas clásicos, la *societas*¹⁰²¹ lograba proporcionar un marco general para todos los acuerdos y pactos societarios. Pongamos un ejemplo concreto: el medio legal más apropiado para el establecimiento de una relación legal al socaire de contratos de recaudación de rentas entre los perceptores de rentas, los principales pagadores de éstas y subcontratistas, era la *societas vectigalium*, sobre la que volveremos después, como modalidad concreta de la *societas negotiationis*¹⁰²².

A falta de un acuerdo distinto, si los miembros de la sociedad conjuntamente celebran un contrato con un tercero, resultaban ser responsables del cumplimiento y ejecución de las obligaciones resultantes del contrato, según su participación en la sociedad¹⁰²³. Sólo las sociedades de tráfico de esclavos podían desviarse de esta regla, pues en tales casos, los terceros podían esgrimir sus pretensiones contra el miembro con mayor participación en el contrato de sociedad¹⁰²⁴. En la hipótesis de que un socio individualmente celebrase un contrato con un tercero, venía a ser personalmente responsable de su actuación, y las posibles responsabilidades definidas en el contrato de sociedad no resultaban de aplicación en las relaciones con el tercero, *poenitus extranei*. Excepciones a esta regla eran los casos de la *societas exercitorum* y de la *societas argentariorum*. Estas últimas, aun cuando carecían de personalidad jurídica propia; en su contexto, se reforzaba la garantía de los clientes en operaciones crediticias, habida cuenta que los socios poseían una responsabilidad solidaria respecto a terceros, constituyendo ello un precedente de lo que sería la sociedad colectiva.

¹⁰²¹ En todas sus modalidades de *societas omnium bonorum*, *alicuius negotiationis*, *rei unius* y *omnium bonorum ex quaestu veniunt*. Ulp. D. 17.2.52.13

¹⁰²² En el caso de los publicanos, se prescribía por el Estado la constitución de esta modalidad de sociedad con carácter obligatorio. Tal sociedad no constituía una entidad legalmente independiente, como ya hemos comprobado; si bien, sus miembros era responsables mancomunadamente en favor del Estado. Véase Taubenschlag, R: Die *Societas negotiationis* im Rechte der Papyri. ZSSRom. Abt. 52 [1932]pp. 65 y ss.

¹⁰²³ Ulp. 14.1.4.

¹⁰²⁴ Trumpler, H: Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen. Untersuchungen über die Anfänge des modernen Gesellschaft- und Korporationsrechts. Berlin, 1906, p. 33.

23.2.- A VUELTAS DE NUEVO CON LA SOCIEDAD PUBLICANORUM COMO EXPONENTE DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

La *societas publicanorum*, por su parte, desempeñó un importante papel en el desenvolvimiento de la sociedad, como tal categoría contractual. Cuando la sociedad comenzó a forjarse en Roma, la economía estaba basada esencialmente en la agricultura y como consecuencia de ello, el contrato de sociedad no tuvo un relevante papel en el giro o tráfico comercial. Para seguir observando la trayectoria que fue siguiendo en el tiempo el contrato de sociedad, debemos dirigir nuestra atención por un momento al originario sistema de recaudación de fondos para el erario público. Ab initio, los tributos eran exigidos en especie, y en muchos casos bajo la forma de obras públicas (*opera pública*); la recaudación de impuestos con frecuencia era objeto de concesión o atribución pública (*vectigalia ultrove tributa*). En tiempos, este sistema condujo a la unificación de los recaudadores (*publicani*) de las rentas y servicios estatales; pues los particulares, como individuos, ni poseían suficiente capital para tomarlo en arrendamiento del Estado ni deseaban asumir en solitario los riesgos que surgieran de los contratos de percepción de rentas¹⁰²⁵.

Esencialmente, bajo el derecho Romano, puede verse la *societas publicanorum* como equivalente de la sociedad comercial, por la sencilla razón de que no sólo era réplica de la simple *societas* sino porque comprendía elementos corporativos¹⁰²⁶. Siguiendo esta construcción jurídica, el *manceps* se obligaba por medio de un contrato concertado con el Estado y sólo era responsable frente al Estado en virtud del mismo, aun cuando concluyan contratos de sociedad con otros socios capitalistas. La *societas publicanorum* también era conocida como *societas vectigalium*¹⁰²⁷, configurada para la

¹⁰²⁵Las primeras versiones documentadas de la *societas publicanorum* se remontan al año 215 a. JC. Cuando tres sociedades fueron constituidas con la participación de diecinueve individuos (Trumplerjur, op.cit. p. 25). Véase para conocer los detalles de las razones económicas del desarrollo de la *societas publicanorum*: Martino, F.: *Wirtschaftsgeschichte des alten Rom*. München, 1985, pp. 160.

¹⁰²⁶ Trumpler, op. cit. 24 ff.

¹⁰²⁷ Se debate en la literatura cuál es el concepto de *publicanus*. Según Kniep, sólo los recaudadores de *vectigal* se incluían en esta categoría (Kniep, F.: *Societas Publicanorum*, Jena, 1896, 1, ff.) La mayoría considera que también se incluían todos aquéllos que emprenden la ejecución de obras y servicios públicos, tales como los concesionarios de minas, de agua para uso doméstico y minas de sal (Cimma, M.R.: *Ricerche sulla società dei publicani*. Milano, 1981, 11, ff.)

recaudación de impuestos¹⁰²⁸. Estas sociedades combinaban las características de una *societas* y de un *collegium*. En una *societas publicanorum* los bienes y activos sociales eran los bienes y derechos privados de los miembros. Al mismo tiempo, se configuraba siguiendo el modelo de un *collegium*¹⁰²⁹, adoptando, por lo tanto, las características de las organizaciones corporativas¹⁰³⁰. La sociedad era dirigida por uno o varios magistrati, quienes eran elegidos anualmente por los miembros de la propia sociedad. Tenía su sede en Roma, y la dirección y la contabilidad de la sociedad también se hallaban allí. En las provincias, los promagistrati actuaban de parte de la sociedad, los cuales se mantenían en contacto de modo continuado con la sede oficial de la sociedad por medio de correo.

Existen pruebas que atestiguan que la existencia de las *societates publicanorum* se remonta al siglo III a. JC., y de que desempeñaron un importante papel, primero en los últimos siglos de la República y en los primeros siglos del Principado. Desde el mandato de Augusto, los tributos imperiales eran recaudados por funcionarios imperiales, los cuales controlaban incesantemente la actividad de las *societas publicanorum*. Las sociedades de publicanos sólo manejaron la recaudación de vectigal desde el siglo II a. JC. En el III d. JC, esta modalidad esencialmente deja de existir¹⁰³¹.

En cualquier caso, hay que decir que, por una parte, los *publicani* recaudaban las tasas estatales, y por otra, eran responsables por gastarlos en inversiones estatales y suministros (tales como el cereal). En diversas subastas—en las cuales las ganancias estatales recaudadas eran arrendadas—los socios podían actuar por medio de un socio senior (*magister*, *manceps*). El *manceps* celebraba un contrato con el censor o con el *quaestor* para obtener el derecho de recolectar impuestos estatales—de modo muy similar

¹⁰²⁸ Diversos autores la consideran como un subtipo dentro de la *societas*; es decir, como un especial tipo de *societas alicuius negotiationis* (Buckland W.A. *Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge, 1963.p. 507.

¹⁰²⁹ Trumpler, op. cit. p. 71.

¹⁰³⁰ En la literatura jurídica con frecuencia se pone de manifiesto el paralelismo existente entre la *societas publicanorum* y las modernas 'joint-stock companies'. En principio, podría identificarse la *societas publicanorum* como entidad legal; dado que ésta adquiere capacidad legal limitada en el siglo II d. JC. No obstante lo anterior, tal planteamiento es parcial, desde el momento en el que el *manceps* no contrata con el Estado en calidad de representante, sino en nombre propio (Cimma, M.R.: *Ricerche sulla società dei publicani*. Milano, 1981, p.98.

¹⁰³¹ Desde el reinado de Augusto, se llevaban a cabo las obras públicas, en un principio, también por los esclavos, pero el mantenimiento de las carreteras y calzadas continuaba siendo de la incumbencia de los *publicani* (Cimma, op., cit. ff. p. 101 a 120).

a las concesiones administrativas en la actualidad— y siempre por un plazo limitado de tiempo, cinco años¹⁰³². El contrato generaba obligaciones sólo para en manceps, el cual transfería a la sociedad, sobre la base del propio contrato de sociedad. Se llevaron registros públicos de todos los miembros (praedes) de la sociedad¹⁰³³.

La sociedad no cesaba por la muerte de un miembro. Incluso terceros podrían también invertir en la sociedad obteniendo a cambio una participación en la misma. La razón primordial de la aparición de las *societas publicanorum*, como más adelante indicaremos, consistían en que el Estado obtenía una gran ventaja cediendo el derecho de recaudar impuestos, que los recaudadores sólo podían recabar asociándose entre sí, y de este modo disminuían y se difuminaban sus obligaciones y riesgos.

No nos resistimos a señalar el claro paralelismo existente entre la *societas publicanorum* (*vectigalium*) y una entidad jurídica¹⁰³⁴, y en contraste, sus diferencias respecto a la *societas standard*, del modo siguiente: la *societas vectigalis* podía tener activos independientes, podía actuar a través de un actor [representante], exactamente igual que las ciudades¹⁰³⁵ e incluso podía reclamar la *bonorum possessio* (posesión hereditaria concedida por el pretor)¹⁰³⁶. De acuerdo con lo recogido en las fuentes, los miembros podían representarse unos a otros¹⁰³⁷ y, por otra parte, podían ejercitar una *actio furti* contra cualquiera que los hubiera robado¹⁰³⁸. No obstante lo anterior, los juristas generalmente enfatizan más las diferencias con la *societas strictu sensu*, que las similitudes con otras “entidades legales”.

En el caso de las *societas vectigalium*, el manceps celebraba un contrato con el Estado para la obtener la recaudación de los tributos y prestaba una garantía. Como ya

¹⁰³² Teniendo en cuenta que la sociedad celebraba un contrato con el Estado, se prohibió la participación de los senadores hacia el siglo II a. JC. Al mismo tiempo, los miembros de las clases sociales más bajas no lograban suficiente capital para participar en ellas, de ahí que la *societas publicanorum* prácticamente llegó a convertirse en un privilegio de los plutócratas romanos, de los caballeros (Trumpler: op. cit. p. 74, Cimma, M.R., op. cit. p. 3).

¹⁰³³ Además de las funciones organizatorias desempeñadas por los cargos de manceps, magister y promagister, los socios como tales contribuían al funcionamiento de la sociedad con recursos materiales o con su trabajo, o con ambas cosas, (Cimma, op. cit. p. 87).

¹⁰³⁴ Duff, P.W.: *Personality in Roman Private Law*, Cambridge, 1938, p. 159 y ss.

¹⁰³⁵ Gayo, D. 3.4.1.

¹⁰³⁶ Ulpiano, D. 37.1.3.4.

¹⁰³⁷ Flor. D. 46.1.22.

¹⁰³⁸ Ulpiano D. 47.2.31.1.

hemos expuesto, tal tipo de sociedad no se extinguía por la muerte de uno de los socios. El heredero de un socio podía, por su parte, ingresar en la sociedad en virtud de un acuerdo preliminar existente¹⁰³⁹.

Por otra parte, los publicanos eran responsables de los delicti cometidos por sus esclavos, en determinados casos, sine noxae deditioe; mas sobre este punto volveremos ulteriormente.

En suma, la *societas vectigalium* estaba sujeta, con toda probabilidad, a las mismas reglas que las otras empresas o entidades que entablaban relaciones contractuales con el Estado, tales como las sociedades mineras.

Parece ser que, *latu sensu*, diversas construcciones contractuales se integraban dentro de la categoría de *societas publicanorum*; ahora bien, las calificadas como *societas vectigalium* eran de aplicación reglas más estrictas¹⁰⁴⁰ sin desconocer la limitabilidad de la responsabilidad generada con ocasión de las mismas. Semejante fenómeno empírico tiene lugar en relación a otras construcciones societarias que cobran relevancia en momentos ulteriores, sería el caso de las *commenda*, cuya proyección histórica se expande más allá del Imperio romano, cobrando un importante desarrollo en la época medieval, las cuales pasamos a examinar. La *commenda* tiene como teniendo como elemento característico que el socio capitalista fuera un individuo que no se daba a conocer y las participaciones en la sociedad estaban divididas en partes negociables. La sociedad quedaba disuelta por voluntad de los socios, o bien por la decisión de uno de ellos, extinción del negocio, o muerte de algún socio. Producida la causal de disolución, cada socio tenía la *actio pro socio*, la cual consistía en una *bonae fidei*, consistente en una rendición de cuentas, liquidación y reparto del saldo resultante de la compensación realizada entre ganancias y pérdidas¹⁰⁴¹.

23.3.- PECULIO: PUENTE DE PASO HACIA LA RESPONSABILIDAD LIMITADA
El expediente por excelencia para el logro de la responsabilidad limitada en el ejercicio de una actividad económica, propiciando su estabilidad y la seguridad de su permanencia como negocio asentado en el tráfico comercial de un sector determinado, lo constituye la

¹⁰³⁹ Duff, op. cit. p. 160.

¹⁰⁴⁰ Buckland: "A manual of Roman Private Law", 1925 p. 513

¹⁰⁴¹ Di Pietro, Alfredo; Lapieza Elli, Angel Enrique, Manual de Derecho Romano, Depalma, Bs. As., 1992, pág. 299.

institución del peculio, configurado como patrimonio separado¹⁰⁴² y sujeto a los avatares de responsabilidades derivadas exclusivamente del desempeño de un fin comercial, permitiendo la abstracción de las vicisitudes de actividad comercial—según la estudiamos desde el enfoque de un modelo colectivo exteriorizado a través de un contrato de sociedad—del desarrollo del ámbito personal de dichos comerciantes socios. Al mismo tiempo, desde otro prisma, también aporta seguridad a terceros que entablan negocios, sabiendo a qué atenerse con la garantía preferente aportada por el alcance de dicho peculio¹⁰⁴³.

El perfil más llamativo del peculio aparece asociado a los sujetos in potestate—libres alieni iuris (hijos) y esclavos¹⁰⁴⁴—, no dotados de capacidad jurídica. No obstante, dado que son aptos para formular declaraciones válidas, y por ello tienen capacidad de obrar, pueden actuar en los negocios, en beneficio de los patres familias o de los dueños, en el sentido de que todo lo conseguido por su actuación se traduce en adquisiciones a favor de aquéllos, sea en propiedad o bien en otro derecho real o personal, incluso en la *possessio*. Para verificar tales adquisiciones in nomine patre o domino, disponiendo de bienes dejados a su gestión, es evidente que han de contar con un soporte material y económico, que es el peculio *profecticio* a patre o a domino *profectum*.

En cuanto a su contenido, dicho peculio podía consistir en toda clase de bienes o derechos susceptibles de tráfico jurídico; e incluso a veces se separaba dentro del mismo peculio, la parte consistente en mercancías (*merx peculiaris*). En los casos particulares en los que haya esclavos en el peculio, y si, a su vez, es el peculio de otro esclavo, se da la curiosidad de que éste último tiene bajo sus órdenes al esclavo (llamado entonces *servus vicarius*), que pertenece a dicho peculio.

¹⁰⁴² La idea de separación de patrimonios de un mismo titular no parece bien acogida por los juristas romanos (D. 27, 1, 30, 1), pero se dieron situaciones en las que realmente se produjo: en la *separatio bonorum*, cuando la dote adquirida por el padre del marido se aparta del reparto de la herencia y, como vamos a analizar, cuando se concede la administración de una masa de bienes a un hijo o a un esclavo.

¹⁰⁴³ Diminutivo de “*pecus*”: “*Rebañito*”. También se habla de peculio en sentido no técnico, para designar cualquier cantidad que se reserva del resto del patrimonio. P. ej. En el refrán “*pecunia sine peculium, fragilis*” (D. 32, 79, 1), de nada vale tener mucho sino se dispone de algo aparte, para imprevistos.

¹⁰⁴⁴ Los textos hablan corrientemente de peculios de los hijos y esclavos, pero también se podía dejar un peculio a las hijas y esclavas; una hija podía constituir en dote su propio peculio (D.23, 3, 24).—No es peculio cualquier objeto que se les deja, sino aquello que se les deja para uso propio permanente. Lo dicho en D. 15, 1, 25, relativo a las ropas que se dan para uso permanente, puede extenderse a las hijas y esclavas: cfr. García-Garrido *Ius uxorium* (1958).

Asimismo, puede darse el caso particular de que un esclavo que lo sea de dos o más propietarios (que pueden ser a su vez socios), puede tener distintos peculios en interés particular de cada uno de ellos, pero forman todos un solo peculio a efectos de responsabilidad de la actio de peculio contra uno de los dueños, aunque éste no tenga interés en la gestión (D. 15, 1, 11, 9; 12); pero puede reclamar de los otros socios en la medida en que el pago de la deuda peculiar carezca de interés para él (D.h.t.27.8).

Por otra parte, el padre o dueño podía en cualquier momento, en ejercicio de su potestad, retirar el peculio(*adimere peculium*) como suyo, pero, en realidad, este peculio se reservaba con frecuencia en el testamento, o también en la emancipación o manumisión, a favor, respectivamente, del hijo o del esclavo; en cierto modo era una pertenencia del hijo o del esclavo (o incluso, podemos decir, de la taberna instructa), de forma que si el esclavo era vendido o legado, era lógica consecuencia de ello el que el peculio entrara también como objeto accesorio.

Caso opuesto a tal consideración nos lo proporciona la lectura de un texto de Javoleno, (2, ex post. Lab.)¹⁰⁴⁵. Javoleno propone la cuestión de si los *figuli* (alfareros), en caso de que la mayor parte del año desempeñen su actividad en el cultivo del fundo (en el que hay *figline*, es decir, talleres de alfarería), deben considerarse comprendidos en el *instrumentum fundi*, como objeto de un legado. La respuesta negativa se hace descansar en la autoridad de Labeón y de Trebatio: “*Quidam cum in fundo figlinas haberet figulorum opera maiore parte anni ad opus rusticum utebatur, deinde eius fundi instrumentum legaverat, Labeo Trebatuis non videri figulos in instrumento fundi esse.*” (Uno que tenía en su fundo un taller de alfarería, se servía la mayor parte del año del trabajo de los esclavos de dicho taller para el servicio rústico, y luego le legó las pertenencias de aquel fundo, Labeón y Trebacio decían que no parecía que tales esclavos de la alfarería fueran pertenencias del fundo, y mucho menos los posibles peculios de los mismos.

Las líneas transcritas ponen de relieve la vinculación existente entre las tareas de producción agrícola y de alfarería: *fundus* y *figlina* están en manos de la misma persona, y los *figuli* son empleados incluso para el cultivo del fundo. Semejante situación hace surgir el problema de determinar si los *figuli* deben incluirse en el legado (llevando sus posibles peculios como objetos accesorios) del *instrumentum fundi*: La solución negativa

¹⁰⁴⁵ D. 33, 7, 25, 1.

de Trebatio y Labeón no podría estar basada en una pretendida autonomía de la filina con respecto del fundus, pues no se desprende de texto si el establecimiento está dirigido al mercado, a la venta de productos manufacturados o más bien permanece exclusivamente en función de las necesidades de la agricultura.

Mas dicho caso ha de estimarse como excepción a la regla general, habida cuenta de lo siguiente: La actividad societaria cuando se desarrolla en el ámbito de un peculio, ofrece la posibilidad de transmitir la empresa y la actividad societaria mediante la enajenación del esclavo, junto con la mensa peculiaris¹⁰⁴⁶. Desde esta misma perspectiva, puede enfocarse un caso examinado por Papiniano, 8 resp.¹⁰⁴⁷, como ejemplo de la enajenación de un esclavo como forma de transmisión de un negocio social bancario:

“Mensa negotium ex causa fideicommissu cum indemnitate heredum per cautionem susceptum emptioi simili videtur et ideo non erit quaerendum, an plus in aere alieno sit quam in quaestu. (La negociación de un banco, aceptada por causa de fideicomiso mediante caución con indemnización a los herederos, es considerada semejante a una compra y por lo tanto, no se habrá de investigar si hay mas deudas que ganancias).

Atendiendo a todo lo anteriormente expuesto, no debería situarse el peculio filii familias al mismo nivel del atribuido al esclavo¹⁰⁴⁸. Aun cuando pueda suceder en algún caso, que los jurisconsultos (en textos indudablemente retocados por los compiladores tardíos) tomen en consideración conjuntamente las dos categorías de peculios; en realidad, del estudio de la generalidad de los textos jurídicos y de hecho reflejan que con frecuencia los filii familias permanecían alejados del negocio, y que su peculio les servía en general para sufragar sus gastos no relacionados con las actividades negociales¹⁰⁴⁹.

Evidentemente, el régimen del filius es distinto al aplicable al servus, los que encuentra su explicación en la disparidad de la condición jurídica ocupada por uno u otro desde fines de la República, en concreto por la posibilidad del hijo de poder disponer libremente,

¹⁰⁴⁶ Tal supuesto, recogido en D. 34, 3, 28, 9 (Scaevola, 16 dig), referente a la gestión de una mensa dentro del peculio de un esclavo, el cual, a ser manumitido, parece conservarlo.

¹⁰⁴⁷ D. 31, 77, 16.

¹⁰⁴⁸ Y. Thomas, “Droit domestique et droit politique à Rome. Remarques sur le pécule et sur les honores des fils de famille”. MEFRA 94, 1982. P. 544-545

¹⁰⁴⁹ En relación al desarrollo de actividades comerciales y financieras, Y Thomas, o. cit. p. 546 dice: “Les maîtres utilisent leurs esclaves, mais laissent leurs fils à l’écart”.

tanto inter vivos como mortis causa del peculio castrense, es decir de los bienes que el filius hubiera obtenido con ocasión del servicio de las armas.¹⁰⁵⁰

Asimismo, la permanencia del peculio filii, la manera en la que la patria potestad y la dependencia del hijo in potestate permanecen incólumes, muestran cómo la rigidez de las estructuras derivadas del parentesco consanguíneo podían llegar a constituir un obstáculo al progreso económico. No obstante ello, aun cuando el peculio pertenecía a la esfera familiar, de alguna manera operaba contra la rigidez del parentesco. De una parte, porque el esclavo y el liberto, en la práctica, jamás fueron asimilados a los parientes o a los afines. Por otra parte, porque el peculio del hijo, incluso cuando se utilizaba para la constitución de sociedades con fin comercial, no se circunscribía las sociedades así creadas dentro de un auténtico grupo familiar al cien por cien. Tal posible aportación, tan sólo se trataba de un gesto derivado de una relación familiar bilateral, de cuño individualista, enlace del hijo con el pater familias. En la práctica, a todo ciudadano varón, adulto y liberado, de una forma o de otra, de la patria potestas; incluso si estaba vinculado a actividades lucrativas, el peculio filii no le incitaba a la constitución de sociedades o compañías que se apoyaran en la fuerza de un grupo familiar.

En los siglos II y III d. JC., los modelos de ciertas sociedades comerciales a las que A. Chastagnol dedica un artículo¹⁰⁵¹, lleva a pensar que en las provincias del noroeste, bajo el mandato de los Antoninos y los Severos, el papel desempeñado por el parentesco o el vínculo familiar en el ámbito comercial, era más relevante que en Italia dos siglos antes. Era especialmente significativo, a este respecto el caso de los Secundinii¹⁰⁵². En dichas regiones, en la época de los Severos, la influencia desencadenada por la actuación de esclavos y libertos era mucho más remarcable que en tiempos anteriores¹⁰⁵³.

Llama la atención cómo la existencia del peculio enlazado con el desarrollo de las tareas comerciales y artesanales de los esclavos, ejercen una influencia fundamental sobre la naturaleza jurídica y económica de los establecimientos comerciales romanos organizados sobre la base de la existencia de un contrato de sociedad.

¹⁰⁵⁰ D'Ors: Derecho Privado; p. 225.

¹⁰⁵¹ A. Chastagnol: "Une firme de commerce maritime entre l'île de Bretagne et le continent Gaulois à l'époque des Sévères", ZPE, 43, 1982. P. 63-66.

¹⁰⁵² Con tal propósito, según A. Chastagnol (op. cit. p. 66), habría que estudiar en detalle las inscripciones de las ánforas del Testaccio.

¹⁰⁵³ Rodríguez Almeida, E.: *Il Monte Testaccio. Ambiente, storia, materiali, Rome* 1984, p. 284.

En Roma, el socio propietario de esclavos se hallaba en disposición, gracias al peculio, de fundar negocios (*exercere negotiatones per servos*) donde se reconoce una responsabilidad limitada; pero las ventajas en sí derivadas de dicha responsabilidad limitada, únicamente estaban al alcance del socio propietario de esclavos, gracias a la posibilidad de poseer en común esclavos “managers”. Atribuyendo peculios a los esclavos, con el propósito de confiarles a ellos la explotación de tiendas, talleres, incluso navíos, el socio o socios propietarios de tales esclavos ve multiplicados sus esfuerzos como jefe de empresas separadas e independientes,—o incluso, podría suceder, como socio en un negocio en el cual él no es verdaderamente el emprendedor— y fracciona jurídicamente su patrimonio.

De todo lo anterior se deduce claramente que el peculio, tanto en su concepto, como en su extensión, delimita la legitimidad y el ámbito de responsabilidad de los esclavos y de incluso otros sujetos, como lo atestigua un supuesto de hecho recogido por Africano, 8 *quaest.*¹⁰⁵⁴, en el que se viene a decir que un heredero había defendido un juicio noxal por un delito de un esclavo manumitido en el testamento bajo la condición de dar 10.000 sesteracios y este esclavo se hizo libre al dar esa cantidad al heredero cuando se hallaba pendiente todavía el juicio noxal. Se pregunta si sólo procede la absolución del heredero demandado en caso de que éste diese al demandante la cantidad que había recibido en cumplimiento de la condición (10.000 sesteracios). Para dar una adecuada respuesta a este supuesto, Juliano advierte que es importante conocer la procedencia de la cantidad entregada. Si no procede del peculio: el heredero del *dominus negotii* debe pagar al menos los 10.000 sesteracios, equivalentes a la suma dada por el esclavo, ya que si aquél no hubiera alcanzado la libertad, habría de ser entregado por el daño causado; pero si no procede del peculio: debe resolverse en sentido contrario, porque el esclavo había dado un dinero del heredero que éste no iba a permitir ciertamente que entregara al demandante.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵⁴ D. 47, 2, 62(61)9

¹⁰⁵⁵ Véase, García Garrido.” D.P., casos y decisiones jurisprudenciales, op. cit.”, p.167.

24.- OTRAS CONSTRUCCIONES SOCIETARIAS CON RESPONSABILIDAD LIMITADA DE SUS MIEMBROS, PUENTES HACIA EL ACTUAL CONCEPTO DE SOCIEDAD.

24.1.- EXPOSICIÓN DESCRIPTIVA DE LA COMMENDA: SUS PARADOJAS COMO GÉR MEN DE LA COMPAGNIA.

Deriva etimológicamente de la palabra *commendare*; es decir, “*commendare nihil aliud est quam deponere*”¹⁰⁵⁶. Doctrinalmente, se tiende a considerar que sus antecedentes se remontan al *faenus nauticum* en derecho romano, el viejo préstamo marítimo¹⁰⁵⁷. En virtud del mismo, el inversor financiero aportaba dinero o mercancías al contratista para la empresa marítima. Si la empresa o iniciativa generaba un superávit, el inversor aportante de capital recobraba la cantidad prestada y el valor de la mercancía y compartía el resto de las ganancias obtenidas¹⁰⁵⁸. Con frecuencia, también recibía un interés a un tipo fijado previamente. Por el contrario, si el barco y el cargamento sufría la pérdida de toda su inversión. Dado que el reparto de las ganancias y abono de intereses, en su caso, funcionaban como compensación por los riesgos asumidos, nunca se pudo calificar al préstamo marítimo como préstamo usurario, prohibido civilmente, como bien sabemos, por influencia del Derecho Canónico¹⁰⁵⁹. Si bien, incrementó su popularidad, como figura jurídica por excelencia del tráfico mercantil, por el hecho de que los mercaderes italianos¹⁰⁶⁰, poco a poco fueron expandiendo su actividad comercial hacia territorios germánicos. Investigaciones sobre el contexto socio-jurídico en el que tuvo su aparición la *commenda*, consideran que pudo surgir en la ciudad de Rialto en 976¹⁰⁶¹. Como subraya Condari- Michler, si atendemos al trabajo de Jacobus Bertaldus en 1245, “*Splendor Venetorum*”, si alguien entregaba mercancía (*transmissum*) a otra parte para *poterit ipsum (transmissum) ibi in commendacione deponere ad nomen illius, qui illud*

¹⁰⁵⁶ Ulpiano, D. 50.16.186

¹⁰⁵⁷ Ashburner, W.: *The Rodian Sea-Law*. Oxford, 1909.

¹⁰⁵⁸ En virtud de dicha definición descriptiva, bien pueden hallarse elementos finalísticos convergentes con el desempeño de un fin social, de suerte que cabría concertar un *faenus nauticus* dentro de una relación contractual societaria, en aras al desempeño de dicho fin social.

¹⁰⁵⁹ “*Mutuum date nil inde aperantes*”, Lucas, 6, 34-35, y “*pecunia pecuniam parere non potest*”, *Decretum Gratiani* II, C. 14. qu. 3. cau 3,4.

¹⁰⁶⁰ Evidentemente, tras la caída del Imperio Romano, establecidos en la diferentes ciudades-estado italianas.

recipere debet, ubi morabatur¹⁰⁶² (podría colocar la mercancía en sociedad bajo otro nombre, que estaba obligado a tolerar la tardanza). Asimismo, añade Condari- Michler, los collegianta también incluían un elemento de salvaguarda o garantía similar a los efectos del depósito.

Otro autor, Dietzer, enlaza los antecedentes y surgimiento de la commenda a las acciones adiectitiae, cuya expansión y desarrollo en el tráfico mercantil romano, antes hemos señalado. Según el punto de vista de dicho autor, la responsabilidad limitada de sus miembros deriva de la transferencia de la propiedad (peculium) que recibe el hijo de su pater familias¹⁰⁶³. Sin embargo, la formación de un peculium no crea un patrimonio separado a modo de sociedad con aportaciones en propiedad al fondo común. Aquella construcción legal era tan sólo la construcción de un régimen de responsabilidad específico¹⁰⁶⁴. Asimismo, en hipótesis reconocimiento de un patrimonio separado, también concurren factores que permiten establecer un régimen de responsabilidad comparable con creado por virtud de las acciones adiecticias. En este sentido, con ocasión del ejercicio de la actio tributaria, al pater familias ya no se le atribuía el privilegium deductionis del peculium, sus reclamaciones se situaban al mismo nivel que las de los demás acreedores del hijo¹⁰⁶⁵.

Se deduce que el institor establecido en el Derecho Romano Clásico era prácticamente equivalente a los miembros de la Commenda, entrañando de este modo, el desenvolvimiento de una sociedad tácita¹⁰⁶⁶.

Por su parte Rehne, alejándose del punto de vista de la doctrina tradicional y aportando un curioso y original enfoque, traza una línea de desarrollo de la commenda que encuentra su procedencia en el Derecho Islámico, en el que existían dos formas: Una sociedad constituida con la contribución de capital de tan sólo una parte (kirad), u una sociedad forjada gracias a las aportaciones de capital de ambas partes (schrirkat inan)¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶¹ Conadari-Michler, S.: Zur frühvenezianischen Collegiantia. München, 1937. p. 9.

¹⁰⁶² Conadari-Michler: op. cit. p. 11

¹⁰⁶³ Dietzel, G.: Die Commanditen-Gesellschaft und die "actio tributari". ZHR 2 (1859), p.2 y ss.

¹⁰⁶⁴ Dietzel: op. cit, p. 5 y ss.

¹⁰⁶⁵ Dietzel op. cit. p. 7 y ss.

¹⁰⁶⁶ Dietzel op.cit. p. 11.

¹⁰⁶⁷ Rehne: Geschichte des Handelsrechts op. cit. p 94

Dado que la *commenda* podía encontrarse en casi todos los Estados europeos, aun con diferencias entre sí, bien puede ser considerada como una institución legal universal¹⁰⁶⁸.

Según Ashburner, la *commenda*, como estructura societaria, apareció a lo largo de toda Europa, así encontramos *collegantia* y *Spalato*, la *com(m)endacio* o *accomendacio* en Génova (*accomendacio sive societatas*), *recomandigio* en Ancon y *companhia* en Marsella¹⁰⁶⁹. Guardaban similitud en que una parte entregaba dinero o mercancías a otra parte, la cual podía comerciar libremente con ello y debía rendir cuenta de los resultados de su actuación en el término convenido previamente por las partes. Los riesgos eran asumidos por el *socius stan* (socio estático que sólo aporta capital). En el caso de obtenerse beneficios, el *commendatarius* estaba obligado a devolver el préstamo, en primer lugar, y tras ello, las partes repartían las ganancias restantes. Como regla general, el *socius stan* recibía $\frac{1}{4}$ y el *commendarius* $\frac{3}{4}$ del beneficio¹⁰⁷⁰.

La *rogadia* o *rogacia* presentaba algunos perfiles diferentes con este tipo de contrato, en el que el socio activo no era responsable de la pérdida de propiedad que se le había confiado, siempre y cuando su propiedad (los bienes de los que él fuera titular) se hubieran también perdido¹⁰⁷¹.

Los préstamos otorgados para el desarrollo de iniciativas marítimas (*trans mare*), pronto se extendió también a los proyectos terrestres (*in terra*). Como el prestador se involucraba de igual modo en la asunción de pérdidas y en el goce de las ganancias (*ut pecunia et lucrum et damnum sentiat*) derivadas de su inversión, la transacción nunca era susceptible de ser calificada como usuraria¹⁰⁷².

Inicialmente, la *commenda* era una comunidad incidental, más tarde funcionó como una situación negocial estable¹⁰⁷³. La *commenda* se manifestaba a través de dos formas básicas. En la forma más incipiente, en nombre del *commitor*, el *tractator* desarrollaba su actividad con el capital del *commendator* y bajo el riesgo y ventura

¹⁰⁶⁸ Rehne, op. cit. p. 94: “With regard to the *commenda*, this connection is challenged, thus it is without doubt a universal legal institution”.

¹⁰⁶⁹ Ashburner: op. cit p. 125.

¹⁰⁷⁰ Ashburner: op. cit. p. 134-

¹⁰⁷¹ Ashburner: op. cit p. 134: “The *rogadia*- according to its rules- is rather a special type of deposit contract”.

¹⁰⁷² Según la Ordenanza de Londres de 1391, la inversión no era punible si el inversor comparte tanto los riesgos como las pérdidas.

¹⁰⁷³ Rehne: op. cit. p. 102 donde se refiere a la *commenda* como una continuous business venture.

asumidos por el mismo commendator. Según la otra versión de la commenda, ambos comendador y commendatarius hacían sus contribuciones al proyecto en común. En la primera forma de commenda el socio capitalista (principal) era el commendator y el tractator era su agente. El tractator tenía una parte en las ganancias obtenidas por razón de su trabajo. Mientras que los colonna sólo cubrían las empresas marítimas, las commenda gradualmente empezaron a desempeñar un importante papel también en las empresas terrestres.

A partir de la commenda, podríamos distinguirlos *comune* (o *communitas*, *commune marinariorum* o *communitas navis*), que desplegaron su eficacia en el ámbito de la *koinoinia*, donde los socios (armador titular del barco, consignatario y tripulación) compartían la propiedad del barco y del cargamento¹⁰⁷⁴. Una forma especial de dicha estructura sería *entigum* (o *entega* o *enticha*) conocida en Amalfi (tabula Amalfitana) donde el consignatario y el dueño del barco celebraban un contrato para determinados viajes comerciales¹⁰⁷⁵. Otras estructuras legales semejantes a la *commune* (*navigatio in commune*) aparecen recogidas en la Ordenanza de 1258 de Jaime I el Conquistador¹⁰⁷⁶.

En otras regiones del continente se desarrollaron tipos especiales de compañías marítimas; tales como, la mencionada *colonna* italiana y con caracteres similares a la anterior, la *rhederij* holandesa.

En el caso de la *rhederij* holandesa, el barco era propiedad de diversos socios, los cuales participaban de las ganancias obtenidas en proporción a las cuotas que tenían en el barco. Los barcos mercantes eran utilizados en iniciativas conjuntas, en donde diversas personas, v.gr. el consignatario encargado del avituallamiento, el capitán y la tripulación, así como los propietarios del barco tenían sus propias acciones o participaciones¹⁰⁷⁷. Sobre los llamados “socios principales” pesaban las responsabilidades generadas por la empresa, los inversores (*participes*) proporcionaban el capital para la empresa o daban dinero a los miembros de la sociedad. Los inversores permanecían en la retaguardia, y por tanto no participaban en el funcionamiento de la sociedad¹⁰⁷⁸. El capitán estaba

¹⁰⁷⁴ Ashburner: op. cit. p. 202.

¹⁰⁷⁵ Ashburner: op. cit. p. 204.

¹⁰⁷⁶ Rehme: op. cit. p. 100.

¹⁰⁷⁷ Véase también sobre las sociedades holandesas, Kohler, J.: *Niederländisches Handelsrecht in der Blütezeit des Freistaates. Unter Benutzung und Beifügung der von Felix Hecht 1868 gesammelten Materialien und mit einem Effan Hechts von gleichem Jahr.* ZHR 59 (1907) p. 293 y ss.

¹⁰⁷⁸ Cf. *Societas publicanorum*.

autorizado para contratar a la tripulación, transportar mercancías o bien contratar un préstamo con objeto de cubrir las necesidades del barco o de la tripulación. Las acciones o participaciones de la empresa se podían transmitir con toda libertad. Los “socios principales” eran personalmente responsables con todo su patrimonio de las deudas contraídas por el capitán, si bien la responsabilidad de los partícipes se limitaba a la cuota de participación correspondiente a su contribución material. Según los principios de Derecho Marítimo, si uno invertía en una “avontuur der zee” (empresa marítima), uno no podía perder más de lo que había confiado al mar.

24.1.2- CARACTERES

Mientras que la primera versión de *commenda* puede considerarse jurídicamente un tipo de agencia, la segunda versión aparece configurada con la naturaleza de auténtica sociedad, en la que ambos, *commendator* y *commendatarius*, contribuyen al desenvolvimiento de la misma. Esta segunda versión tiene dos subtipos. En el primer caso, el *socius stans* (llamémosle socio estático) proporciona una cantidad fija al *tractator* o *socius tractans* (socio que pone en marcha dinámica o actividad social). El *tractator* lleva a cabo el propio negocio societario, sirviéndose en parte del capital propio y en parte del capital aportado por el *socius stans*. En el segundo subtipo, el *socius stans* y el *socius tractans* unifican sus aportaciones, considerándolo una suerte de patrimonio social separado, sometido a la administración del *tractator*, como socio activo. En ambos supuestos, el *socius stans* participa de las ganancias y de las pérdidas, pero, y en esto mismo difiere de la *compagnia*, su participación en la empresa no se exteriorizaba frente a terceros, permanecía oculta frente al mundo exterior. no se daba a conocer frente a los terceros. La vinculación entre *socius stans* y *tractator* era interna y se regulaba por escrito¹⁰⁷⁹. Así, los terceros que pudieran contratar sólo conocían nombre y patrimonio del *tractator*. Esta práctica fue utilizada hasta tanto se obligó, en Florencia en el siglo XV y en Bolonia en el siglo XVI, a registrar el contrato de *commendas*, y que dicha sociedad adoptara una razón social y a su vez, llevara adelante una cierta contabilidad. Cabe destacar que el instituto de las *commendas*, contribuyó al nacimiento de las sociedades colectivas y en comanditas. En efecto, respecto de esta última, la estructuración bajo esta forma, permitía al capitalista permanecer en el anonimato, sin que los terceros tuvieran

¹⁰⁷⁹ Zaldivar, E.; Manovil, R., Ragazzi, G.; Rovira, A.; San Millán, C., Cuadernos de Derecho Societario, tomo I, Ediciones Macchi, 1973, pág. 2.

conocimiento de su participación, lo que era beneficioso para aquellos que ocupaban una función pública y ocultaban su actuar en negocios comerciales.

Mientras que el *socius stans* era personalmente responsable con todo su patrimonio y sin limitación alguna (*ultra viribus*) en las relaciones con los acreedores, el *socius stans* era responsable tan sólo en la medida y proporción correspondiente a su aportación social (*pro rata*)¹⁰⁸⁰.

La *commenda* podía establecerse para un objeto determinado, por un plazo preestablecido o por tiempo indefinido. Si un *socius stans* y un *socio tractans* participaban como miembros, generalmente el *socius stans* aportaba $\frac{2}{3}$ del capital y el *socius tractans* $\frac{1}{3}$, si bien participan igualmente en los beneficios. Era también posible disponer que varios socios tuvieran responsabilidad limitada distinguiéndose de otros socios con responsabilidad ilimitada en la sociedad. En el caso de varios socios con responsabilidad limitada, sus relaciones jurídicas internas se regulaban por las reglas de la *compagnia* y de la *societas*. En los supuestos en los que se involucraban diversos socios con responsabilidad limitada, sus acciones eran legalmente independientes entre sí. El inversor podía garantizar el soporte financiero que proporcionaba a uno de los miembros societarios, de forma activa o pasiva, sin necesidad de entablar una relación jurídica con todos los demás socios, basándose en el principio *socii mei socii socii non sunt* (mis socios nos son socios de mi socio).

La *commenda* diseñada conforme al modelo italiano era particularmente característica de los territorios germanos del Norte de la actual Alemania donde desempeñaron un importante papel en el comercio. Sin embargo, resulta opinable determinar si se derivaban del Derecho Romano subsistente en Italia o si esta forma de sociedad verdaderamente se desarrolló de manera independiente en los territorios germanos¹⁰⁸¹.

En estos territorios germanos, la *commenda*, por su parte, revestía dos formas distintas: una que era creada por el capital invertido por una de las partes, de manera similar a la *accommodatio romana*, mientras que la otra fue establecida gracias a la contribución financiera depositada por ambas partes, de modo semejante a los *collegantia* romanos. Apareció en primer término en los territorios del norte, en el siglo XII en

¹⁰⁸⁰ Para las relaciones jurídicas internas de las partes en el caso de la *commenda*, véase Condanari-Michler: op. cit. p. 62 y ss.

¹⁰⁸¹ Rehme: *Geschichte des Handelsrechts*. P. 162.

Westford y en el siglo XIV en Lübeck, bajo el nombre de *Sendevegesellschaft* (*wedderleginge*, *contrapositio*, *compositio*)¹⁰⁸².

La *commenda* puede ser considerada como el antecedente jurídico de la *société* en *commandite* en Francia. Esta estructura se extiende al resto de la Europa Continental a través de las codificaciones. En cuanto a Inglaterra, dicha figura fue desconocida durante largo tiempo y por fin introducida en su ordenamiento en 1907 con el *Partnership Act*.

Además de constituir el germen para el desarrollo de las sociedades con posibilidad de responsabilidad limitada de sus miembros, la *commenda* desempeñó también un importante papel como punto de partida para la difusión en el Derecho Comparado actual de las llamadas sociedades tácitas.

Así, haciendo un recorrido por los diversos ordenamientos jurídicos europeos, recogemos sin ánimo exhaustivo, los ejemplos de las regulaciones siguientes: En Francia, considerando su naturaleza jurídica como sociedades tácitas, las cuentas en participación se regularon por Ley 66-537 (§ 419-422) de 1966, hasta el 1 de julio de 1978, cuando fue incluida en el *Code Civil* (§. 1871-1873). En Italia, se encuentra referencia a la *associazione in partecipazione*, considerándola como sociedad tácita, en el *Codice Civile* §. 2549, mientras que en Liechtenstein aparece regulada en 1926, en virtud de una Ley de Sociedades §. 768-778 bajo el nombre de *stille Gesellschaft*. Austria, bajo influencia germánica, reguló este tipo de sociedad en su Código de Comercio §. 335-342. En contraste, El Código de Obligaciones suizo, *Obligationenrechts*, no las especifica de forma separada; sin embargo, la práctica legal proporciona suficientes fundamentos para que su formación y aplicabilidad resulten a todas luces admisibles. El nuevo Código Civil holandés también reconoce el establecimiento de una sociedad tácita o silenciosa (*stille vennootschap*), y el Código de Comercio belga expresamente la regula (§ 3, *association commerciale en participation*). En Suecia, no se regula por el derecho positivo; sin embargo, la práctica jurídica sí que reconoce este tipo de sociedad¹⁰⁸³.

El comercio terrestre, por su parte, también poseía formas organizativas semejantes a las *commendas*, pero con una mayor variedad de supuestos, entre ellos los dos más destacados son la *Compagnia* y la *Societas terrae*. En la primera, los integrantes poseen vínculos entre sí y comparten los riesgos de la empresa. La *Societas terrae*, en

¹⁰⁸² Los vocablos *sendeve*, *sedegut* significan entregar dinero, capital. (Rehne: op. cit. p. 163).

¹⁰⁸³ Paulik, H.- Blaurock, U.: *Handbuch der stillen Gesellschaft*. Colonia, 1988, p. 32 y ss.

cambio, tenía una misma estructura a la de la *commendas*, quedando su vigencia reducida a la concreción del negocio o del viaje.

Surgen de esta manera, estructuras más complejas, constituyéndose las *compañías* generales o colectivas, tomando al término “*compañía*” en el sentido moderno de la palabra. En un principio, estas compañías revestían el carácter de familiares; eran asociaciones cerradas donde todos los integrantes de la familia tenían la representación de la sociedad y eran responsables personal y solidariamente por los actos realizados en su nombre. El elemento familiar a partir del cual despeja la *societas romana*, en cierta medida emparentada con el *consortium* como ya hemos apuntado, subsiste claramente como basamento para la formación de las sociedades modernas. Así, como muestra de ello debemos considerar como las compañías familiares más relevantes en Europa: las familias florentinas de los Medici, Peruzzi y Bardi¹⁰⁸⁴, los Saulis y los Vivaldis en Génova; así como también las familias alemanas de los Fugger, los Hochstätter y los Herwartt. Todos ellos operaban bajo el nombre de sus familias, y de alguna manera, por su línea de actuación, venían a ser verdadero germen de las compañías multinacionales¹⁰⁸⁵. _Algunas de las compañías referidas, se orientaron a la actividad bancaria. Los banqueros florentinos tuvieron una relevancia superlativa, entre las principales familias deben citarse a los Bardi y a los Peruzzi. Sin embargo, en el siglo XV surgieron los Médicis, cuya fama habría de superar rápidamente a los primeros. La vinculación societaria, seguía consistiendo en un contrato, en el cual se establecía la duración de la sociedad por períodos limitados o para determinadas operaciones comerciales. Sin embargo, se producía una constante renovación de estos contratos, convirtiéndose estas compañías en agentes financieros de empresas de gran importancia, en donde aportaban grandes sumas de dinero.

Eran conocidos en el mundo entero. Llevaban a cabo actividades diversas: comercio, importación y exportación, transacciones mineras, concesión de préstamos, etcétera. La mayoría de los miembros formaban parte de la familia, quienes participaban activamente en los negocios y eran responsables personal e ilimitadamente de las deudas de la sociedad. Había también en la sociedad, los llamados “miembros pasivos” que

¹⁰⁸⁴ Las familias de los Peruzzi y los Bardi prestaron considerables cantidades a Eduardo III, quien se negó a devolverlas; como consecuencia de ello, entraron en bancarrota.

¹⁰⁸⁵ La compañía de los Fugger se fundó por Hans Fugger en la Edad Media, fue continuada por su hijo y llegó a su máximo esplendor bajo la dirección de Jacob Fugger.

también participaban de las ganancias y pérdidas, pero sólo hasta donde alcanzaran sus aportaciones. En algún momento, los Fuggers llegaron a establecer un consortium; o sea, una de 1498, cuando compañías alemanas establecieron una unión con otras venecianas para el comercio del cobre.

A finales del siglo XIV, la gran trascendencia que en la actividad económica habían adquirido las compañías, llevó a que su organización tuviera que aceptar el ingreso de terceros que procuraran mayores capitales de acuerdo con la envergadura de los negocios que se llevaban adelante. En las compañías que tenían una actividad bancaria, el fondo social estaba compuesto por dos recursos de diferente origen; por un lado el capital que cada uno de los socios había aportado, y por el otro, los depósitos obtenidos de los terceros. En esta época, la estructuración administrativa de estas sociedades se encontraba fuertemente centralizada, la dirección de las mismas estaba en cabeza de uno o varios dirigentes, quienes se encontraban en la sede central, mientras que las sucursales de las diferentes ciudades estaban a cargo de gestores o socios.

La Casa genovesa (Banca) de San Giorgio constituía una incipiente estructura jurídica de índole mercantil en la que se ponían de manifiesto algunas características de la llamada “sociedad de capital”¹⁰⁸⁶. “La Casa” no comenzó funcionando como un banco, si bien fue una libre asociación de acreedores de la ciudad de Génova. Por falta de dinero, la ciudad de Génova tomó prestado dinero de sus ciudadanos. El capital, procedente de fuentes diversas, fue utilizado para fines seculares (montes profani y montes pietatis), y asimismo se empleó como bonos transferibles (loca, partes) representantes del valor de un préstamo (comperae). La restitución de los préstamos estaba garantizada por los réditos estatales, en particular por los ingresos generados por los monopolios estatales de la sal (compera salis) y por las colonias. Los acreedores recibieron compensación o una anualidad por su dinero. Por tanto, la adquisición de bonos no servía para probar la existencia de los préstamos, sino para poder comprar los beneficios. Asimismo, no estaban sujetos a la prohibición de los préstamos con interés. Los bonos tenían que estar registrados (cartularia), y llegaron a ser libremente transferibles en el sigloX III. En este sentido bastaba con un certificado o autenticación ante una persona acreditada para dar fe del mismo, sirviendo además como título o base para registrar la transmisión. En 1323 se instituyó la oficina de los “protectores et defensores capituli” (defensores del capital);

¹⁰⁸⁶ La Banca di Ambrosio en Milán funcionaba de modo similar. (Lehmann, K: op.cit. p.378)

sus miembros eran elegidos entre los poseedores de bonos (participes) y representaban los intereses de éstos últimos. La Casa de San Giorgio¹⁰⁸⁷, siendo originariamente una asociación de tenedores de bonos, evolucionó hasta convertirse en una compañía en 1407 (la *società delle compere e de bandri di San Giorgio*), siguiendo el modelo de una “joint stock company”. La Casa Génova asumió todas las deudas de la ciudad, y en contrapartida, la ciudad le transfirió ciertos ingresos estatales y poderes gubernativos. De esta manera, la Casa se convirtió en el acreedor de la ciudad, mientras que los iniciales acreedores (*comperae*) —acreedores de la Casa— no recibieron pagos fijos hasta 1419, pero tenían una parte en los beneficios de la Casa, en forma de dividendos. La Casa fue reorganizada en 1412 y se designaron ocho representantes (*procuratores*) y defensores (*protectores comperarum*), los cuales eran elegidos por los miembros de la compañía entre los principales accionistas.

En territorios germanos, también se encontraban compañías de similar estructura. E la zona geográfica de la actual Alemania de Sur surgieron formas asociativas que contenían un carácter netamente familiar. Entre ellas la más destacada fue la *Magna Societas Alemanorum*. Esta sociedad tenía como actividad el comercio al por mayor, excediendo los límites de sus fronteras y llegando hasta otras naciones. Si bien en un principio el aporte de esta sociedad estaba determinada exclusivamente por los socios que a su vez la manejaban, luego fueron receptando capitales de terceros. Estos, aportaban un capital de riesgo con el fin de obtener un beneficio o bien, una tasa fija. Esta forma podría considerarse la más antigua organización jurídica y empresarial que, con estrecha semejanza a las grandes empresas modernas, se encuentra en la historia económica mundial.

Por otra parte, según Gmür¹⁰⁸⁸ las compañías de Emden presentaban rasgos tanto de Derecho Civil como de Derecho Público. Estas compañías expedían certificados de títulos de participación en el capital (*Anteischeine*) para sus miembros, generalmente llamados *Actien*, como en Holanda¹⁰⁸⁹. En ocasiones, los certificados de participación

¹⁰⁸⁷ Esta gran sociedad, fue absorbiendo la totalidad de las sociedades financieras que le prestaban al Estado, con lo que se fueron consolidando los créditos contra la República; al mismo tiempo, el Banco recibió los depósitos de ahorristas y dio créditos a particulares.

¹⁰⁸⁸ Gmür, R.: *Die emder Handelscompagnien des 17. Und 18. Jahrhunderts*. Festschrift für Harry Westermann. Karlsruhe, 1974. P. y ss.

¹⁰⁸⁹ La aparición de la palabra *Actie data*, a lo sumo, de 1606, cuando se muestra en una de las resoluciones de los 17 miembros colegiados de la Compañía de Indias Orientales. (Gmür, R: op. cit. p. 187).

eran considerados como obligaciones (*obligatio*). Cada acción de la Compañía Africana en 1682 tenía un valor nominal separado, dependiendo de la cantidad con la que contribuían los accionistas en la compañía. Más tarde, las compañías establecieron emisiones con no más de dos valores nominales diversos, en nombre de los accionistas.

Las acciones podían transferirse por asignación. El *assignment* tenía que ser registrado en el libro registro de socios llevado bajo el digno cargo de la compañía. Se emitían acciones para socios extranjeros por medio del principal que era asignado para los socios extranjeros. Las acciones se distribuían en sucesivas suscripciones, frecuentemente a través de anuncios públicos. Con frecuencia el capital básico era mantenido y desembolsado por la emisión de nuevas acciones. El principal órgano de decisión de la sociedad era la junta general. Sin embargo, no todos los socios podían participar en la asamblea general. Sólo los socios mayoritarios podían ejercer este derecho en persona, los socios minoritarios elegían un representante común. Los socios principales (generalmente en número de cuatro) actuaban bajo el liderazgo respaldado por virtud de la asamblea general¹⁰⁹⁰. Los socios principales tomaban decisiones de índole societaria y manejaban los negocios de la compañía basándose en el principio de mayoría. Los principales accionistas desprendían una fuerte influencia sobre la dirección de la compañía a través del directorio (*directorate*). Los principales eran elegidos por la asamblea general, o bien el *octroi* facilitaba a los accionistas mayoritarios la posibilidad de ocupar las posiciones de directores¹⁰⁹¹. El presidente era nombrado por el emperador. Por tanto, la influencia monárquica otorgaba un aire aristocrático a los componentes societarios. Es importante mencionar que estas compañías no tenían ningún elemento homólogo o al menos semejante a los modernos consejos de vigilancia o “*supervisory boards*”. La vigilancia o supervisión era ejercida en exclusiva por la asamblea general, y raramente por supervisores designados para supuestos especiales. En este sentido, como rasgo característico de las compañías en Emden lo constituía el hecho de que su dirección —a diferencia de las compañías de comercio inglesas u holandesas— no era ejercida por un experimentado comerciante o mercader, sino generalmente por algunos políticos o personas que actuaban de parte del monarca.

¹⁰⁹⁰ Los socios de la *Societas Aلمانorum* recibían el nombre de *bewindheber* o *bewindhaber*, siguiendo el modelo de las compañías holandesas.

¹⁰⁹¹ A parte de esto, un llamado puesto de directivo presidente podía ser establecido, como lo hizo la Compañía Africana en 1682.

24.2.- REFLEJOS DE LA LIMITACIÓN DEL QUANTUM DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA A PARTIR DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN.

A partir del siglo XV, el capital comenzó a tomar un papel preponderante para el desarrollo del comercio. Este era el motor de la economía. Los descubrimientos territoriales provocaron la necesidad de explotar los mismos, y con ello el nacimiento de nuevas formas asociativas, tendientes a la obtención de gran cantidad de capitales individuales.

En 1602 se creó la *Compañía Holandesa de las Indias Orientales*, conformada en principio por ocho sociedades de navegación. En Francia se crearon las llamadas *Compañía de las Indias Occidentales* y la *de Indias Orientales* creada por Colbert en 1664; la *Compañía de Santo Domingo, del Canadá y de la Bahía de Hudson* en el mismo año; y la *Compañía General de Seguros y Préstamos a la Gruesa* en 1686. Por su parte, en Inglaterra se formó la *Sociedad inglesa de las Indias Orientales* en 1612. Semejantes se dieron en Dinamarca en 1616 y Portugal en 1649. Estas compañías tenían básicamente una estructura semejante a la de las sociedades anónimas actuales. En ellas, la participación en la sociedad estaba representada por acciones negociables y existía la limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones que surgieran del contrato. Los aportes podían ser desiguales lo que permitía un mayor ingreso de socios. Finalizada la vigencia de la sociedad, los socios se repartían el aporte más las ganancias de las expediciones. Los repartos de dividendos, generalmente se efectuaban cada dos años; además de establecerse normas para que dichas sociedades llevaran adelante una adecuada contabilidad de sus ingresos y gastos.

Tomando como premisa el planteamiento anterior, cabe destacar el ejemplo del usus hodiernus holandés inter mercatores, el cual limitaba la responsabilidad de los socios pro rata parte “etiam tunc, cum plures socii unum ex suo numero vel extraneum velut institorem societati praefecerunt”¹⁰⁹².

En contraste, una Ordonnance francesa de 1673, imponía la responsabilidad solidaria de cada socio por las deudas de una sociedad de comercio¹⁰⁹³.

¹⁰⁹² Voet, Commentarius ad Pandectas, Lib. XVII, Tit. II, XIII in fine.

¹⁰⁹³ Cf. Pothier, Traité du contrat de société n.96.

Es una aparente paradoja, pero tanto la costumbre holandesa como la ordenanza francesa persiguen favorecer el tráfico comercial¹⁰⁹⁴. Es evidente que los comerciantes se inclinarían con más facilidad a abordar empresas y proyectos comerciales colectivos si tenían seguro que su responsabilidad fuera limitada; por otra parte, puede que encontrarán difícil la obtención de crédito, pues los potenciales acreedores encontrarían más atractiva una sociedad donde todos los socios fueran responsables conjunta y solidariamente.

Pasando al sistema jurídico francés, dentro de la estructura orgánica de las compañías francesas, surge el instituto de la Asamblea de accionistas, en el que concurrían los capitalistas más poderosos de la sociedad. Las facultades de esta Asamblea, que se reunía anualmente, eran la de aprobar las cuentas presentadas por quienes administraban la sociedad, y deliberaban acerca de la distribución de los resultados obtenidos. Estas y otras cuestiones fueron plasmadas en la Ordenanza de Comercio francés de 1673. Es en este último cuerpo normativo donde también se establecieron los rasgos definitivos de la *actual* sociedad en comandita; al igual que legisló sobre la sociedad colectiva, a la que designó con el nombre de *sociedad general o libre*.

Sin perjuicio de lo expuesto, los antiguos juristas no se ocuparon de estas compañías, por estimar que eran cuerpos de derecho público y no sociedades privadas. Y ello, por la circunstancia de que en las mismas, el Estado era el accionista principal, lo que determinaba que en las asambleas de accionistas, fuera éste quien tomaba en definitiva las decisiones y por ende, quien manejaba la compañía. No ocurrió así en Inglaterra, donde el Estado adoptó un sistema de compañía privilegiada (*chartered company*), siendo el empresario particular la figura principal, quien recibía la protección del Estado inglés a través de monopolios.

En lo concerniente al sistema jurídico español, hemos de señalar como hito fundamental las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en las cuales en su Capítulo X se regularon a las “*Compañías de Comercio*”, que hacía referencia a las sociedades generales o sociedades colectivas. Como innovación, esta normativa introdujo ciertos requisitos de publicidad, tal como la exigencia de que la constitución de las sociedades generales se hiciera ante escribano quien entregaba un testimonio al archivo del

¹⁰⁹⁴ Grothius, De jure belli ac pacis, Lib.II. Cap. XI, 13. Y la obra citada de Pothier.

Consulado. Cabe destacar que las Ordenanzas de Bilbao de 1737, los Códigos de Comercio ulteriores.

25.- EL DESENVOLVIMIENTO DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIO. SU ESPECIAL IMPULSO EN LA ETAPA CODIFICADORA.

El despegue del derecho de las sociedades de comercio, comienza en el siglo XVII coincidiendo con la aparición de las compañías constituídas en las colonias. Las compañías (stock companies) tenían antecedentes en los territorios germanos en forma de asociaciones diversas, tales como la *minting house cooperative* (*Münzerhausgenossenschaft*), que esencialmente era una sociedad capitalista¹⁰⁹⁵. El desarrollo del Derecho Europeo marca el comienzo de la regulación de las sociedades de capital con la 'Compañía de Indias Orientales holandesa de 1602, hasta la adopción de la primera regulación legal completa y sistemática con el Code de Commerce francés de 1807.

Ciertamente, la Revolución Francesa trajo aparejada una sensible reducción del papel del Estado en la vida económica de las naciones. La libertad, como un derecho regulado, adquirió un papel fundamental en las diferentes legislaciones. Preparó asimismo el ambiente para el desenvolvimiento de las sucesivas codificaciones en derecho de sociedades, integrado dentro de los diversos derechos mercantiles, como vamos a analizar:

El Código de Comercio francés de 1807 constituyó el primer cuerpo normativo en consagrar una regulación general de la actividad comercial y prever allí el régimen jurídico de las sociedades comerciales. Este cuerpo legisló la sociedad colectiva (modelo de sociedades personalistas), haciendo una marcada diferenciación respecto del régimen de las sociedades de capital. Introdujo dos institutos importantes: la empresa y la sociedad anónima. La empresa apareció como un acto de comercio configurativo de la calidad de comerciante; mientras que la sociedad anónima, fue considerada como adecuación de la empresa bajo la forma de sociedad comercial. La tercera parte del Código de Comercio reguló la sociedad anónima, elevando una práctica extendida a lo largo de dos siglos al nivel de ley escrita. Una regla generalizada por el uso y ahora elevada al status de ley

¹⁰⁹⁵ Rauch, K.: Die Aktienvereine in der geschichtlichen Entwicklung des Aktiensrechts. ZSS Germ. Abt. 69 (1952). P. 239.

escrita era, por ejemplo, la cifra de capital establecida, dividida en acciones de idéntico valor (§34), la responsabilidad limitada como principio básico, la limitación de las aportaciones de los socios (§33), la presentación de la compañía bajo una denominación social, la obligatoria inclusión del término “inc.” en la denominación de la compañía, así como la negociabilidad de las acciones inscritas en un libro registro, como títulos que incorporan los derechos y obligaciones de los socios (§§35-36)¹⁰⁹⁶.

En el caso de las sociedades anónimas reguladas por el Código de Comercio, se marcó una clara distinción entre la asamblea general de todos los accionistas y la función de las personas que actúan en nombre y representación de la compañía. El Code de Commerce estableció la responsabilidad limitada de los accionistas y permitió la emisión de acciones inscritas en un libro-registro, a la vez que regulaba también la transmisión de dichas acciones. El Code de Commerce estipuló que las sociedades de estarían representadas por los llamados “administrateurs”, quienes no tenían ninguna responsabilidad personal por los contratos que celebrasen en nombre de la compañía, que sólo eran fuente de obligaciones para la compañía. El Code de Commerce no contenía normas referentes al status de los accionistas y a su representación en la asamblea general, estas materias podían regularse libremente en los estatutos sociales.

Con relación a la libertad de constitución de sociedades, otorgó una libertad total para las sociedades en comandita por acciones, pero la restringió, como hemos apuntado, en referencia a las sociedades anónimas¹⁰⁹⁷, en razón de que todos los socios de este tipo limitaban su responsabilidad, y no necesitaban estar identificados individualmente a través de una razón social, ya que podían carecer de ella. La autorización para la constitución de las sociedades anónimas bajo este régimen, era otorgada por la autoridad gubernativa, a través del Consejo de Estado¹⁰⁹⁸. Esta restricción se extendió en el sistema jurídico francés hasta 1867, año en el cual se reformó el Código autorizándose la libre constitución de sociedades anónimas.

¹⁰⁹⁶ La razón fundamental de dicho régimen jurídico consistía en procurar la misma protección jurídica tanto a los acreedores, como a los accionistas.

¹⁰⁹⁷ La introducción del sistema de concesión sustituyendo al sistema de octroi, fue un paso revolucionario (§§37, 40 y 45), lo cual sentó las bases para la libertad de empresa, resultado de la Revolución Francesa.

¹⁰⁹⁸ Este sistema implicaba un avance, un progreso en comparación con las anteriores compañías que se constituían basadas en privilegios; no obstante, ello no dio lugar aún a la libertad de asociación de los particulares

El Code de Commerce consideró la constitución¹⁰⁹⁹ de una compañía como un acto de derecho público; y consideró los estatutos sociales como actos públicos. El Código francés contiene diversas disposiciones protectoras de aquellas personas que entablan una relación contractual societaria, lo cual demuestra que la sociedad anónima no era una asociación de personas, sino una sociedad de capital con responsabilidad limitada.

Después de 1820, el número de sociedades de capital se incrementó considerablemente en Francia y Bélgica y desde 1840, también en Alemania. A lo largo de toda Europa se adoptó el principio de concesión de acuerdo con la regulación francesa. Las autoridades estatales que otorgaban la concesión, llegaron a establecer un sistema por medio del cual, el visto bueno a su aprobación se hallaba sujeto a unas reglas generales. Había prescripciones normativas en Prusia, en este sentido. Al Code de Commerce francés le siguieron más tarde otros códigos promulgados a lo largo de toda Europa¹¹⁰⁰. Los logros del Código francés comercial reflejaban los cambios políticos generales de la libertad del

¹⁰⁹⁹La constitución de sociedades con personalidad jurídica reconocida, a través del sistema de concesión, tiene sus reminiscencias en las normas de Derecho Romano, según apunta Jolowicz, H.F. en su obra "Roman Foundations of Modern Law", 1957, pág. 131: "There is thus here a basis for the 'concession' theory of corporations, i.e. that they can only have personality by a creative act of the State, and Savigny, one of the chief exponents of this theory, held in fact that there are two separate rules. One was that the formation of an association without permission was an offence, though this rule only applied when the association was or might become harmful; the other, more important and still valid in modern law, that no association whatever could become a legal person without public authorization".

¹¹⁰⁰ Véase por ejemplo, Código de Comercio español de Sainz de Andino de 1829, Wetboek van Koophandel (1838), Art 36 y ss; Gesetz über die Aktiengesellschaften, 9.11. 1843. GS für die Königlichen Preußischen Staaten 1843, Nr. 31, p.341 ss. Act for the Registration, Incorporation and Regulation of Joint Stock companies, 5. 9. 1844, 7 & 8 Vict. C. 110., Act of Incorporation, Regulation and Winding-up of Trading Companies and other Associations (Companies Act), 7. 8. 1862, 25 & 26 Vict. C. 89., Lois sur les sociétés 24. 7. 1867, Bulletin des Lois 1867, p. 94 y ss, Gesetz betr. Die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften, 11. 6. 1870, BGB1. Des Norddeutschen Bundes 1870, Nr. 21, p. 375 y ss, Loi contenant le titre IX, livre I er du Code de Commerce relatif aux sociétés, 18. 5. 1873, Pasinomie 1873, Nr. 157, p. 150 y ss. Schweizerisches Obligationenrecht (a OR 1873), Art 612 y ss, Codice di commercio italiano, 1882, art 121 y ss, Código de Comercio de 1885, art. 151 y ss, Loi modifiant la loi du 18 mai 1873 sur sociétés commerciales, 22. 5. 1886, Pasinomie 1886, Nr 156, p. 259 y ss., Código comercial 1888, art 162 y ss, Verordnung 20. 9. 1899, mit welcher ein Regulativ für die Einrichtung und Umbildung von Aktiengesellschaften auf dem Gebiete der Industrie und des Handels verlaublich wird (Aktienregulativ), RGB1. 1889, Nr. 175, p. 839-858.

individuo, la igualdad de los ciudadanos y la fundación de la democracia¹¹⁰¹. Fundada la estructura estatal sobre estos principios, la seguía, a su vez, la estructura de las sociedades de capital, poniendo de manifiesto el principio de la democracia del capital. Los socios mayoritarios con grandes aportaciones de capital y considerables aportaciones, prácticamente podrían dirigir ellos solos el completo funcionamiento de la sociedad, en detrimento de los inversores menores, quienes más tarde plantearon la cuestión de la necesidad de una regulación más extensa de los derechos de la minoría.

En Alemania, la regulación legal de las sociedades de capital fue un largo proceso. En un principio, en 1607 el emperador decidió establecer sociedades que fueran competitivas frente a las holandesas. A ello siguió la Compañía Africa de Brandenburg. En Alemania, la constitución de una sociedad de capital dependía de la aprobación del “squire”¹¹⁰², lo cual era muestra de la fuerte implicación del Estado en el proceso constitutivo. Pues bien, a todo esto hay que añadir la peculiaridad histórica de que Alemania consistía en un conjunto de ducados políticamente separados; por lo tanto, la elaboración de un único modelo normativo standard, similar al ejemplo francés, se enfrentaba a ciertas dificultades¹¹⁰³. Gracias a la ausencia de regulación, los fundadores de ciertas compañías de comercio, desde luego se beneficiaron de una completa libertad de cara a la definición de ciertas operaciones internas societarias. Los modelos genéricos de regulación fueron configurados, por tanto, por la fuerza de la práctica societaria.

Merece la pena mencionar el nombre de David Hansemann¹¹⁰⁴, quien en 1837 elaboró un proyecto relativo al funcionamiento de las sociedades de capital. El concepto de Hansemann se basaba en un modelo de sociedades de capital que funcionaban democráticamente, donde los derechos de voto de la mayoría de los accionistas eran limitados, de forma que no podían dirigir las asambleas generales de la sociedad en exclusiva, y el papel desempeñado por los socios minoritarios no podía ser menospreciado. El proyecto establecía la necesidad de mayoría absoluta en las decisiones

¹¹⁰¹ En este sentido, marcó una especial influencia en posteriores cuerpos normativos semejantes, tales el español de 1829, el portugués de 1830, el brasileño de 1850, el Código alemán de 1861 y el italiano de 1865.

¹¹⁰² Autoridad local, semejante a un juez de paz.

¹¹⁰³ En consecuencia, el ALR en 1794 no contenía una regulación sobre compañías de comercio, sino que, por el contrario, se refería a aquellas sociedades que no tenían carácter comercial (§§ 6, 25).

¹¹⁰⁴ (1790-1864) Fue el fundador y director de la primera compañía de ferrocarriles alemana.

que hubieran de tomarse en las asambleas generales. Al mismo tiempo, la competencia y autoridad de la asamblea general se limitaba a la elección del presidente, del gabinete de directores y del consejo de vigilancia, y asimismo a ciertas cuestiones corporativas, en el caso de las compañías de ferrocarril, como cambios en la estructura del capital social, contratación de nuevos préstamos o la construcción de nuevas líneas de ferrocarril. Según el punto de vista de Hansemann, la dirección de la compañía se concentraba en las manos de los directores que aseguraban la continuidad en la representación de la compañía, y los empleados involucrados en los negocios podían actuar bajo su liderazgo y dirección. Camphauesen, el fundador de la Compañía de Ferrocarriles de Renania consideró que la asamblea general habría de ser el órgano supremo de la compañía. Sin embargo, definió los derechos de algunos accionistas no sobre la base de su contribución al capital, sino de su competencia profesional. Desde tal punto de vista, los directores debían ser independientes de la mayoría de los accionistas y del consejo de vigilancia, y estaban obligados a informar únicamente a la asamblea general, incrementando de este modo también, su responsabilidad personal de cara a la sociedad. Las posibilidades de una primera regulación de las sociedades de capital en Alemania, fueron propiciadas por la Ley prusiana del ferrocarril de 1838, significativamente influenciada por el Code de Commerce francés. Dicha ley también siguió el sistema de concesión, si bien no rechazó la intervención del Estado en cuestiones tales como, el aumento de capital social (§6), compra de terrenos (§7) y otras decisiones de trascendencia social sujetas a la aprobación estatal.

A la luz de este panorama, surgió la Ley sobre sociedades de capital de Prusia¹¹⁰⁵. Dicha norma no contenía disposiciones específicas sobre la organización interna de las sociedades de capital; estableció (§ 19) que el consejo de directores o administradores (Vorstand) habría de obrar en nombre y representación de la sociedad. Las secciones subsiguientes diseñaron una detallada regulación de los poderes del consejo de directores. La ley resultaba especialmente significativa en cuanto reconocía a la sociedad de capital como una entidad jurídica que podía comprar y adquirir derechos de propiedad y, además, asumir responsabilidades en su propio nombre (§8-9). Sobre dicho texto legal rezuma la influencia de Savigny, que formaba parte de la comisión legislativa prusiana en la época en la que esta ley fue elaborada.

¹¹⁰⁵ Gesetz über Aktiengesellschaften vom 9. Nov. 1843.

Como resultado de la revolución de 1848, Camphausen se convirtió en Primer Ministro y Hausemann en Ministro de Finanzas. Ellos derogaron la previa regulación e introdujeron el sistema de concesión. Consecuentemente, el número de sociedades de capital se incrementó de manera significativa. Se convirtió en una práctica generalizada, distinguir tres cuerpos u órganos en las sociedades de capital: El consejo de administración, la asamblea general y el consejo de vigilancia (Verwaltungsrat o Aufsichtsrat). El régimen de las sociedades de capital se extendió a lo largo de todo el Imperio Germánico, y así, al momento de la elaboración del ADHGB (que seguía el sistema de concesión) en 1861 ya se aplicaba como una práctica standard en todos los territorios germánicos.

El consejo de administración (o de directores) (§227), y la asamblea general (§224) se convirtieron en obligatorios, mientras que el establecimiento de un consejo de vigilancia (§225) era facultativo. De acuerdo con el §224 parágrafo 2 de la ley, todas las acciones atribuida un voto, era un título de legitimación para el tenedor de las mismas para asistir a las juntas o asambleas generales. Al mismo tiempo, se generalizaba la autoridad y el poder de la asamblea general como órgano soberano. El ADHGB¹¹⁰⁶ alemán inició el camino hacia el desenvolvimiento democrático. En el Derecho Austríaco, la regulación legal estaba basada en el ADHGB. Asimismo, la ordenanza de 1899 introdujo la llamada regulación Aktienregulativ¹¹⁰⁷.

Durante estos años se produjo en Europa la Revolución Industrial, la que trajo aparejada la expansión de las sociedades por acciones, principalmente la sociedad anónima, como instrumento para el funcionamiento de las grandes empresas industriales.

Sin embargo, las sociedades anónimas tenían un alto coste de constitución y funcionamiento, lo que determinaba que a los pequeños y medianos empresarios les fuera difícil acceder a este tipo societario. Fue entonces el momento en el que se buscó un tipo de sociedad simplificado que tuviera menores costos que la anónima, pero que al mismo tiempo permitiera a los socios la limitación de su responsabilidad a los aportes efectuados. Si bien la “*Companies Act*” sancionada en Inglaterra en 1862, estableció la posibilidad de constituir sociedades con los rasgos de la sociedad de responsabilidad limitada; fue en Alemania en 1892 donde que estructuró completamente la organización

¹¹⁰⁶ Wieland, K: “Handelsrecht I-II. München, Leipzig, 1921 II Bd p.7.

¹¹⁰⁷ Regulativ für die Einrichtung und Umbildung von Aktiengesellschaften auf dem Gebiete der Industrie und des Handels.

legal de este tipo societario. Esta ley alemana significó un modelo y antecedente para otras legislaciones que posteriormente regularon la sociedad de responsabilidad limitada de Portugal en 1901, Austria en 1906, Brasil en 1919, Polonia en el mismo año, España en 1920, Rusia en 1922, Chile en 1923, y Francia, recién en 1925, así como también el Código de Comercio de Italia de 1942, entre otros.

26.- LA EVOLUCIÓN SOCIETARIA EN EL COMMON LAW.

26.1.- ENGLISH CORPORATION LAW¹¹⁰⁸

Las primeras compañías inglesas fueron creadas a través de cartas reales o bien leyes especiales del Parlamento, destinadas principalmente a servir al Estado para comerciar con los territorios descubiertos y colonizados por la Corona británica. En los siglos XVI y XVII, era la Corona la única que otorgaba las autorizaciones para que las compañías pudieran ejercer el comercio internacional. Ejemplo de éstas fue la llamada *the Russia Company* (1555); *the East India Company* (1600)¹¹⁰⁹; *the African Company* (1619); *The Bank of England* (1674); y la *South Sea Company* en 1711, a quien el Parlamento otorgó el monopolio para comerciar con las islas británicas del Pacífico. Estas sociedades, al ser habilitadas para ejercer su actividad, quedaban incorporadas a un sistema, es decir, eran reconocidas como tales. Sin embargo, prácticamente, las referidas empresas trabajaban en definitiva para la Corona británica, ya que comerciaban con los territorios descubiertos que eran colonizados en nombre del Rey. Antecedentes anteriores a estos siglos, remiten a categorías de compañías de carácter municipal, educacional o

¹¹⁰⁸ Como premisa, véase Blackstone, W: *Commentaries on the Law of England*, I. Chicago, London, 1979, p 455 y ss. Este autor define cinco características en las compañías surgidas de la práctica jurídica inglesa: "...perpetual existence and succession, the ability to sue or be sued, grant or receive, the ability to purchase land and hold them, the common seal, and the possibility to make by-laws or private statutes for the better government of the corporation".

¹¹⁰⁹ El nombre completo de la misma, de acuerdo con la carta emitida por la Reina Isabel es: "Company of Merchants of London trading to the East Indies". Respecto de esta compañía, véase Carr, C.T.: *Select Charters of Trading Companies A.D. 1530-1707*, respecto a la cual dice: "In the case of East-India Company, it is hard to decide whether its charter provided for a regulated company or a joint stock company. Only the references found at the end of the document—that is any member who fails to pay his subscribed participation for the first trip within twenty days at the latest is excluded from the company—indicate that the company was actually established for trade on joint account".

eclesiástico, las cuales constituían instituciones de derecho público y no responden al concepto moderno de sociedad¹¹¹⁰.

En Inglaterra, los accionistas no eran responsables de las deudas de la compañía, pero la carta de la compañía podía conceder a la propia compañía el derecho de establecer contribuciones (leviations) de sus miembros. Dada esta posibilidad y con el fin de cuadrar las cuentas, los acreedores podían reclamar que las compañías

El poder discrecional que tenía la Corona, fue posteriormente reemplazado por la *Chartered Companies Act* de 1837. Esta, otorgaba gran poder a la Corona para reconocer privilegios especiales a las compañías, además de poder limitar su responsabilidad patrimonial a todos o algunos de los integrantes por las obligaciones de las mismas.

A partir de los últimos años del siglo XVIII, el Parlamento inglés otorgó autorizaciones especiales para la constitución de compañías cuyo objeto era la realización de obras de infraestructura, construcción de canales, extendido de rieles, o bien para la prestación de servicios de gas, electricidad o de transporte. También, aunque en menor medida, se efectuaban estas mismas habilitaciones, a través de *escrituras de constitución reales*¹¹¹¹. En cualquier caso, hubo situaciones en las que si una compañía contaba con una carta de constitución (chárter), sus administradores consideraban que la compañía podía desempeñar todo tipo de negocios¹¹¹². No obstante, a partir de 1720¹¹¹³, tras las

¹¹¹⁰ Blackstone, W.: Op. cit, p. 460:” ...the king’s consent is absolutely necessary to the erection of any corporation, either impliedly or expressly given. The king’s implied consent is to be found in corporations which exist by force of the common law, to which our former kings are supposed to have given their concurrence; common law being nothing else but custom, arising from the universal agreement of the whole community”.

¹¹¹¹ Holdsworth, W.S.: A History of English Law, vol VIII,p. 203:”...as early as the fifteenth century it was clear that an individual corporation was not personally liable for the debts of the corporation; and after some hesitation, this conclusion was ultimately accepted in the latter part of the seventh century”.

¹¹¹² Por ejemplo, en 1691 la YorkBuildings Company se estableció para el suministro de agua en Londres, pero llevó a cabo transacciones inmobiliarias desde 1719.

¹¹¹³ Nos referimos a la Resolución de la Cámara de los Comunes de 27 de abril de 1720, la cual condenó a compañías que funcionaban sin permiso que ponían en peligro el proceso de rehabilitación comercial: Gower’s Principles of Modern Company Law. Esta resolución básicamente sigue así:”That for some time past several large subscriptions having been made by great number of persons in the city of London to carry on public undertakings, uno which the subscribes have paid in small proportions of their respective subscriptions, though amounting on the whole to great sums of money; and that the subscribers have paid in

reclamaciones de la South-Sea Company, esta situación, alejada de la ortodoxia reguladora, fue desapareciendo.

De una u otra forma, las compañías sólo eran reconocidas como tales cuando tenían una actividad que era considerada de interés público. Las demás sociedades, con un objeto netamente comercial, no tenían posibilidad de ser incorporadas, quedando englobadas en las llamadas *joint stock companies*. Las empresas organizadas bajo esta forma asociativa sufrieron, durante los primeros tiempos, numerosas desventajas con respecto a las compañías incorporadas; tales como la responsabilidad total de los accionistas por las obligaciones sociales, especialmente respecto de aquellos socios que poseían una participación ínfima en la sociedad, con la consecuente imposibilidad de tener ingreso al órgano de administración o *management*; sin embargo, los tribunales de justicia establecieron ciertos principios básicos: por ejemplo, en el hipotético caso de bancarrota de uno de los miembros; la propiedad común e individual de los socios servían de garantía; más aún, el principio “*ius accrescendi inter mercatores locum non habet*” se aplicaba a los socios¹¹¹⁴. Por tanto, los socios eran una especie de agentes de unos de otros y sus acciones legales tenían carácter coercitivo.

Durante el final del siglo XVII, compañías incorporadas y no incorporadas ingresaron en el Mercado de Valores. Quienes actuaban como promotores para la obtención de inversionistas, tenían como instrumento de seducción, la especulación respecto de los valores de las acciones de las compañías que cotizaban. Ello no trajo inconvenientes, hasta 1720, año en el cual *The Bubble Act*¹¹¹⁵, prohibió la transferencia de acciones de compañías no incorporadas. Se produjo así, una gran incertidumbre para quienes habían invertido en las *joint stock companies*, lo que acarrió una sensible baja en el valor de sus acciones. Esta situación se mantuvo hasta la *Joint Stock Companies*

small proportions of their respective subscriptions, though amounting on the whole to great sums of money; and that the subscribers having acted as corporate bodies without any legal authority for their doing so, and thereby drawn in several unwary persons with unwarrantable undertakings, the said practices manifestly tend to the prejudices of the public trade and commerce of the kindom” (Journals of the House of Commons XIX, p. 351).

¹¹¹⁴ Ello significa que el miembro de la sociedad podía demandar al deudor de la sociedad y al mismo tiempo podía ser demandado por el acreedor de la compañía sin unirse al “*executor of the deceased associate’s legacy*”.

¹¹¹⁵ “...the Bubble Act in the end caused a rebirth of the very type of association which it had sought to destroy” (Gower’s Principles of Modern Company Law p 32).

Registration Act de 1844, la cual fue considerada como la vía para la registración, incorporación y regulación de las *joint stock companies* en Inglaterra. Además de establecer un procedimiento de registro para este tipo societario; en ella, se establecieron los caracteres típicos de la figura: se la definió como una sociedad comercial, con un mínimo de 25 socios y cuyo capital estaba dividido en acciones libremente transmisibles. A pesar de ello, dicha ley no admitió la limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales. A través de la *Limited Liability Act* de 1855, se otorgó, finalmente, a los miembros de la *joint stock company*, la limitación de responsabilidad. Esta ley requería para la referida limitación, que el capital se encontrara dividido en acciones con un valor nominal cada una de no menos de diez libras esterlinas; a su vez se requería un mínimo de 25 accionistas, debiendo los mismos integrar al menos un 20% del capital al momento de su constitución. Además, la denominación social debía ser acompañada por la palabra “*Limited*”. Esta ley no incluía a las compañías cuya actividad fuera bancaria o de seguros. La *Companies Act* de 1862, estableció la limitación de responsabilidad para todas las compañías que tuvieran una actividad comercial legítima. Por su parte, redujo el número mínimo de socios a siete. La liberalidad de esta ley dio origen a numerosos abusos que se trató de subsanar por la *Companies Act* de 1900. Sin perjuicio de ello, esta ley de 1862 significó el basamento de las modernas *Companies Acts* que se dictarían en Inglaterra en el futuro. En la evolución del *corporate law* británico, las necesidades del tráfico comercial, fueron forjando las diferentes formas de actividad empresarial existentes en el Reino Unido, tal como las *Limited Company* (similiar a nuestra Sociedad Anónima); el *Sole Traders* (equivalente al empresario individual); y las *Partnerships* (Sociedades Colectivas). La *Companies Act* de 1985 constituyó un estatuto de recolección y racionalización de diferentes normas de leyes societarias. Por su parte, adecuó el derecho interno del Reino Unido a los requerimientos establecidos en las Directivas de la Unión Europea. Ella fue complementada por la *Companies Act* de 1989, la cual intentó introducir algunos cambios importantes en la legislación, que no fueron bien receptados en su aplicación práctica, hasta tal punto que finalmente el Gobierno debió optar por dejar de lado dicha aplicación. En el año 2000, nació un flamante tipo societario, llamado *Limited Liability Partnership*¹¹¹⁶; el cual se

¹¹¹⁶ HM Williams Chartered Accountants: “The pros and cons of forming a limited liability company”, LAWPACK, 18 de junio 2012.:” The first step for anyone setting up a limited company is to register it with Companies House, which oversees the registry of companies. Company registration matters are enshrined

estructuró bajo la organización de una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Este tipo de sociedad logra conjugar la limitación de la responsabilidad¹¹¹⁷ de una *Corporation*, con la flexibilidad de estructura, unido al tratamiento impositivo de una *Partnership*¹¹¹⁸.

26.2.- AMERICAN CORPORATE LAW.

Durante el período que fue desde la post guerra revolucionaria, hasta los primeros años del siglo XIX, en los Estados Unidos de Norteamérica, las *corporations* eran creadas exclusivamente a través de leyes especiales para operaciones tales como las financieras, los seguros o construcciones de caminos, canales o puentes. Es decir, que estas sociedades tenían un carácter casi de personas jurídicas públicas, dado las actividades a las que estaban abocados. A los efectos de lograr este tipo de legislación especial, quien estaba interesado en constituir una sociedad, debía obtener que el proyecto fuera tratado por la correspondiente legislatura estatal, para que finalmente, una vez aprobado por ambas Cámaras, fuera firmada dicha ley por el Gobernador del Estado. Este régimen, también favorecía situaciones de corrupción y favoritismos inequitativo. Esta situación se mantuvo hasta tanto comenzó a ponerse de relieve, la necesidad de otorgar más flexibilidad a la constitución de las *corporations*, de abrir dicha estructura a otras actividades del ámbito privado; de igual modo, se propició también la limitación de responsabilidad patrimonial que los socios integrantes debían gozar como consecuencia de las obligaciones sociales. Esta circunstancia, fue ayudada por la adopción por parte de algunos Estados, de la interpretación de cláusulas constitucionales por las cuales, las

in the Companies Act 2006, with Companies House an executive agency of the Department for Business, Innovation and Skills. Currently, there are more than two million limited companies registered in Great Britain, with over 300,000 new firms incorporated every year. Under the Companies Act 2006, each limited company must have at least one director. However, having a company secretary is no longer mandatory.

¹¹¹⁷ HM Williams Chartered Accountants, op. cit.: "One disadvantage is, as far as liability is concerned, Banks will still require personal guarantees from the directors, which means that the directors can still be liable for the company's debt.

¹¹¹⁸ Sobre la materia, véase Jim Cousins, Austin Mitchell, Prem Sikka (2004), "Race to the Bottom: the case of the accountancy firms", Association for Accountancy & Business Affairs.

*corporations*¹¹¹⁹ solo podían ser reguladas a través de leyes de carácter general y no particular.

La primera ley general reguladora de estas figuras asociativas¹¹²⁰ se sancionó en 1811 en el Estado de New York. En ella, se limitaba la vigencia de la sociedad a un máximo de 20 años y el capital social no podía exceder de los cien mil dólares. En muy poco tiempo, otros Estados de la Confederación siguieron los pasos del de New York, y comenzaron a dictar leyes tendientes a aceptar la creación y funcionamiento de *corporations*, principalmente dedicadas a las industrias manufactureras. Sin embargo, hasta 1835, en general, no existieron legislaciones estatales que promocionara abiertamente la formación de formas asociativas con una iniciativa netamente privada, en cuanto a la actividad a desempeñar. De todas formas, la tendencia fue irreversible, en cuanto al aumento progresivo de leyes generales sobre *corporations*, lo que produjo una mayor certidumbre en los hombres de negocios, respecto del marco legal en el cual ellos podían llevar adelante sus proyectos empresarios.

En 1888, el Estado de New Jersey sancionó una ley, otorgando ventajas importantes para aquellas empresas que decidieran asentar su sede principal en su jurisdicción. Ello produjo que numerosas compañías se vieran tentadas en asentarse en New Jersey, creando empresas *holding*, con varias subsidiarias distribuidas a lo largo del país. Este fenómeno de legislación pro corporativa fue rápidamente seguida por otros Estados.

En 1896, otra vez New Jersey se adelantó al promover una política legislativa para fomentar la instalación de *corporations*, lo cual puede ser considerado como el primer antecedente concreto de lo que en el futuro serían las llamadas *incorporations* modernas. Las leyes permitieron a los promotores la constitución de estructuras asociativas bien flexibles; estableciendo a su vez un sistema de limitación de responsabilidad y de protección para los administradores corporativos, por los actos sociales efectuados en ejercicio de sus funciones. Esto llevaría a que New Jersey fuera

¹¹¹⁹ Courtney, Thomas B. (2002). *The Law of Private Companies* (2nd ed.). Bloomsbury Professional. 4.001. As a corporation, or body corporate, a private company is regarded in law as having a separate legal personality from its shareholders (owners) and directors (managers).

¹¹²⁰ los tipos societarios en EE.UU , son: Partnership, Limited Partnership, Closely Held Corporation, Publicly Held Corporation.

bautizada con nombre de “la madre de la confianza” (“*the Mother of Trust*”). Sin embargo, en 1913, con el impulso de Woodrow Wilson, New Jersey frenó la permisividad en cuanto al contenido de la legislación corporativa. Este fue el momento en el que otros Estados, entre ellos Nevada, Maine, West Virginia y principalmente Delaware, aprovecharon esta circunstancia para obtener provecho en cuanto a la radicación de *corporations*. Fue así como otorgaron excepciones impositivas y amplia flexibilidad en cuanto a estructuras asociativas¹¹²¹; fomentando que sus empresas locales no emigraran a otros estados más permisivos. Pero en definitiva, éstos no obtuvieron el éxito esperado, y solo fue Delaware, el que obtuvo una preeminencia en cuestión de radicación de nuevas compañías. En el proceso, tuvo una gran importancia el desarrollo alcanzado por la *Court of Chancery* de dicho estado, en el tratamiento de cuestiones societarias. La liberalización de la legislación norteamericana comenzó en los finales del siglo XIX, movilizada principalmente por la captación de las grandes empresas y sus capitales. Continuó durante el siglo XX, llegando a la actualidad, momento en el cual ningún Estado posee leyes de carácter paternalista, en cuanto a la radicación de sociedades comerciales. En 1914 *The Conference of the Commissions of Uniform State Laws* (Conferencia de Comisiones de Leyes Uniformes Estaduales) aprobó la *Uniform Partnership Act* y recomendó la adopción de ella por parte de todas las legislaciones de los Estados¹¹²².

En el año 1916, se dictó la *Uniform Limited Partnership Act*, que regulaba este tipo societario. Tuvo dos revisiones, la de 1976 y la de 1985, ésta última incluyó radicales cambios en el régimen. Referentes a este tipo, cabe destacar que los Estados de Vermont y Virgin Island, siguieron desde siempre aplicando la ley original de 1916. Así también, el Estado de Louisiana sigue adoptando estatutos basados en el common law. Con antecedentes legislativos en los Estados de Wyoming (1977), Florida (1982), y en los demás a partir de 1988; en el año 1994 *The Conference of the Commissions of Uniform State Laws* adoptó la *Limited Liability Company Act*, la cual reguló un tipo societario

¹¹²¹ Dicha flexibilización, según la doctrina, es fruto de la asimilación del principio de buena fe, véase, en este sentido, *Summers, R.* «The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law: a general account» en *Aa.Vv. (Zimmermann, R.; Whittaker, S., dir.) Good Faith in European Contract Law*. Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2000. Pág. 119.

¹¹²² Anteriormente a esta ley, las partnerships eran reguladas por las normas del common law y el civil law. En 1992, la misma institución adoptó la Revised Uniform Partnership Act revisión de la originaria de 1914, siendo ésta ley reviso la que fue adoptada por la mayoría de los estados de la Unión.

semejante a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pero sin personalidad jurídica¹¹²³. De acuerdo con el sistema federal de los Estados Unidos, en materia de sociedades, los Estados pueden dictar sus propias normas sobre la materia orporativa¹¹²⁴. La existencia de leyes uniformes, adoptadas por *The Conference of the Commissions of Uniform State Laws*, no implica que los Estados deban aplicar las mismas. Cada uno de ellos tiene la facultad de incorporar a su régimen jurídico toda o parte de una ley uniforme, o bien no adoptarla en ninguno de sus términos. Sin embargo, especialmente desde 1960, ha existido una concientización en los legisladores estadounidenses en cuanto a la necesidad de flexibilizar y armonizar la legislación corporativa, de modo de responder a las dinámicas necesidades del tráfico comercial.

¹¹²³ En el derecho norteamericano existe la posibilidad de constituir sociedades con un régimen de responsabilidad híbrido de socios gestores y comanditarios en un tipo casi idéntico a la sociedad comanditaria del civil law mediante la “Limited Partnership”.

¹¹²⁴The Presser Law Firm PA:”Overview of pros and cons of LLC’s assets attorney”: As with the S corporation, you can avoid double taxation with a limited liability Company. The limited liability company can avoid the C corporation’s corporate income tax, if you so elect. Income from the limited liability company can be singly taxed by to its members, as with a partnership. You may also avoid state corporate franchise tax by using an LLC.

You incur no personal liability with a limited liability company. As with the corporation, LLC managers and members are personally protected from the creditors of the limited liability company, even when its members manage the company. In contrast, general partners of a limited partnership are personally liable for partnership debts. Moreover, the limited partners of a limited partnership cannot participate in managing without incurring personal liability for partnership debts.

The limited liability company may be less frequently adopted by business owners and professionals; only because the limited liability company is a newer entity. Fewer court cases have tested the protection afforded by the limited liability company. Thus, the LLC is less battle-proven than limited partnerships or corporations.

Limited liability companies do not have the corporate advantage of prior IRS rulings concerning the sale of worthless stock or stock sold at a loss.

LLC membership interests arguably do not get the same discounted valuations for estate tax purposes as do limited partnership interests. This point, however, must still be clarified by future court cases.

If you sell 50% or more of your ownership in the limited liability company in any one year, it ends the tax advantages of the limited liability Company.

Owners of a limited liability company pay greater unemployment taxes on their earnings than corporate”.

De todo lo expuesto, podemos colegir que las compañías con responsabilidad limitada de sus miembros, desempeñaron un papel crucial durante el período de codificación del derecho de sociedades en el marco de la codificación de los diversos derechos mercantiles. Más allá de los antecedentes históricos, se puede predecir que las sociedades que reconocen la responsabilidad limitada de sus miembros respecto de las deudas de la sociedad con terceras personas son los auténticos y más importantes motores de la economía.

SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA
EN EL DERECHO ACTUAL
DIVERSIDAD DE PERFILES.

27.- «LIMITACIÓN D EN LOS LLAMADOS «PATRIMONIOS DE
DESTINO»: DIGNA SUCESORA DE LOS ANTECEDENTES ROMANOS

Estamos acostumbrados a asociar el fenómeno jurídico del beneficio legal de la limitación de la responsabilidad con la atribución de la personalidad jurídica al ente titular del correspondiente patrimonio separado del de los aportantes, y esto aunque la separación sea muy precaria, como ocurre con las sociedades personalistas (de las cuales es un modelo nuestras regulares colectivas, en que los socios responden subsidiariamente con la sociedad de las deudas sociales).

Conviene revisar esta concepción usual de la limitación de la responsabilidad. Entre otras cosas, porque suele olvidarse que las primeras manifestaciones en Derecho romano de la limitación de la responsabilidad del deudor se encuentran referidas al peculio conferido o consentido por el paterfamilias y que era administrado con relativa autonomía de gestión por el hijo, el liberto o el «institor» en relación, por ejemplo, con el patrimonio de un negocio o taberna¹¹²⁵. En cambio, por regla general, era institución desconocida en su Derecho las sociedades con responsabilidad limitada salvo el supuesto

¹¹²⁵ Véase. DI PORTO, A., *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano, 1984; SERRAO, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2002. En España: SUAREZ BLAZQUEZ, G., *Dirección y administración de empresas en Roma*, 2001.

peculiar dentro de fenómeno societario de la *societas publicanorum*¹¹²⁶. Pues bien, junto a la limitación de responsabilidad que se consigue mediante la aportación de bienes a una nueva entidad jurídica, siguen existiendo en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno —también en el nuestro—, ejemplos de limitación de responsabilidad a través de patrimonios de afectación, autónomos o de destino.

El principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, quiebra en el caso de los llamados «patrimonios de afectación» («*Patrimoine d'affectation*»), «patrimonios autónomos» o «patrimonios de destino» («*Zweckvermögen*»; «*Patrimoni destinati ad specifico affare*»). Convengamos con Ennecerus¹¹²⁷ que por ello quiere decirse aquel «conjunto patrimonial que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio».

Como quiera que la dogmática es enormemente confusa en este punto y en todo lo relativo al concepto de patrimonio, nos vemos en la obligación de realizar una mínima construcción explicativa del funcionamiento de la responsabilidad limitada en relación con los patrimonios de destino de que puede ser titular un mismo y cierto deudor persona física que, como es lógico, como prolongación de su personalidad, resulta ser titular de su patrimonio personal. Para ello, siguiendo aquí la doctrina norteamericana¹¹²⁸, señalemos que, por definición, la eventual existencia de un «patrimonio de destino» de un cierto deudor instrumenta una compartimentación dentro de su patrimonio («*Asset Partitioning*») con la separación consiguiente entre «acreedores del patrimonio de destino» y los «otros acreedores» y con un posible doble propósito:

1º) Por un lado, se trata de separar esa masa patrimonial que compone el patrimonio de destino del resto del patrimonio del deudor, y asegurar de este modo la satisfacción preferente de los «acreedores del patrimonio de destino» en relación con los otros acreedores, que son postergados. Se habla entonces de afectación patrimonial de

¹¹²⁶ CIMMA, M.R., *Ricerche sulle società di publicani*, Milano, 1981.

¹¹²⁷ Véase Ennecerus, Ludwig: *Derecho de Obligaciones*.-Decimoquinta revisión, por Heinrich Lehmann. Traducción española, con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición, con estudios de comparación y adaptación de José Ferrandis Vilella. Volumen segundo. Doctrina especial. Primera y segunda partes. Dos tomos de XII y 1.260 páginas. Bosch, Barcelona, 1966.

¹¹²⁸ HANSMANN, H.-KRAAKMAN, R., en su artículo, «The Essential Role of Organizational Law», Harvard Law School, J.M.Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper Num. 284.

ciertos bienes o —utilizando la terminología americana— una «*Affirmative Asset Partitioning*¹¹²⁹».

Esa separación patrimonial «afirmativa» que acabamos de describir puede ser de las del tipo débil: en ellas, los acreedores del patrimonio de destino tienen una mera preferencia crediticia respecto de los «otros acreedores» y sobre los bienes separados. En este supuesto de separación «afirmativa» débil, los «otros acreedores» son acreedores subordinados en relación con los «acreedores del patrimonio de destino» y sobre dichos bienes. Dicho de otra forma: los acreedores del patrimonio de destino pueden excluir a los «otros acreedores» y enervar el poder de agresión de estos últimos sobre bienes que componen el patrimonio de destino.

La separación patrimonial puede también ser fuerte, cuando el propio deudor puede excluir a los acreedores ajenos al patrimonio de destino del poder de agresión sobre los bienes que componen el mismo. Solamente en el segundo supuesto de separación de responsabilidad se habla de «limitación de responsabilidad» en un sentido estricto: el deudor no responde de las deudas no imputables al patrimonio de destino con los bienes que integran dicho patrimonio. Estamos entonces ante lo que llamaremos de aquí en adelante una «limitación positiva de responsabilidad». Es de advertir, además, que esa limitación de responsabilidad no beneficia en exclusividad al deudor, sino que antes de él beneficia a los acreedores del patrimonio de destino que pueden excluir sobre los mismos bienes a los acreedores ajenos.

2º) La existencia de un patrimonio de destino puede también servir para excluir a los acreedores del patrimonio de destino de la posibilidad de hacer efectivos sus créditos sobre el resto del patrimonio del deudor. Se habla entonces de la no sujeción o de una separación «defensiva» o cautelar: «*Defensive Asset Partitioning*¹¹³⁰». Aquí los «otros acreedores», quienes no son «acreedores del patrimonio de destino», pueden tener una simple preferencia sobre el resto de los bienes del patrimonio del deudor (separación débil) o, darse el caso que el propio deudor ostenta la posibilidad de excluir a los acreedores del patrimonio de destino de ejercitar su poder de agresión sobre el resto del

¹¹²⁹ Henri Hasmann, Renier Kraakman, Richard Squire: “Legal entities, asset partitioning and the evolution of organizations” Yale Law School, 2002, p. 3 y ss.

¹¹³⁰ Ventura, Livia: “separazione patrimoniale endosoggettiva e attivita' d'impresa: un'analisi comparatistica” Pubblicazioni aperte digitali della Università della Sapienza 2013.

patrimonio del deudor (separación fuerte). El caso de separación fuerte que describimos es superior en sus efectos jurídicos al supuesto del llamado «beneficio de excusión» o de «responsabilidad subsidiaria», típico de las sociedades personalistas¹¹³¹, en que el deudor puede resistir el ejercicio de acciones de los acreedores por deudas imputables al patrimonio separado, en cuanto concierne a su patrimonio no afecto sin que se le acredite haber intentado sin éxito la completa realización de los bienes que componen el patrimonio de destino.

Solamente en este segundo supuesto de separación defensiva «fuerte» se habla de «limitación de responsabilidad» y en el sentido siguiente: el deudor no responde de las deudas imputables al patrimonio de destino con los bienes que no integran el dicho patrimonio. Estamos ahora ante lo que llamaremos «limitación «negativa» de responsabilidad».

Obsérvese que esa limitación negativa de responsabilidad se construye o se define en beneficio no solo del deudor, sino también de los acreedores que no resultan perjudicados por la limitación y que pueden excluir a los perjudicados sobre el bien no sujeto y sobre su precio. Los acreedores no afectados pueden embargar y ejecutar el dicho bien que en relación a ellos se reputa como sujeto a su responsabilidad. Ahora bien, el sobrante no puede quedar para los acreedores perjudicados con el pretexto de la desaparición de la afectación (salida del patrimonio del bien vinculado) sino que el precio funciona como subrogado del bien en beneficio de los demás acreedores no afectados e insatisfechos y en interés, también, del mismo deudor.

Ciertamente esta situación es excepcional, y en cuanto entraña una derogación absoluta del principio de responsabilidad patrimonial, debe tener causa en una norma con rango de Ley formal. No obstante, la ocasional habilitación para que existan o se constituyan patrimonios separados, ciertamente existe en ocasiones contadas en nuestro Derecho positivo. El ejemplo paradigmático de patrimonios absolutamente separados es el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario *ex* 1010 CC e instituciones forales equivalentes, como es el caso del beneficio de inventario catalán del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña¹¹³². Esa separación patrimonial absoluta resulta extraña en

¹¹³¹ cfr. Artículo 237 del Código de Comercio Español

¹¹³² En relación con su concurso (en hipótesis de insolvencia), véase el artículo 461-22 del mismo texto legal.

nuestro Derecho positivo actual, aunque puede citarse algún otro ejemplo, como el de los fondos de inversión por compartimentos¹¹³³.

No es ocioso mencionar que la institución del «trust», adaptada recientemente en ordenamientos latinos como el francés o el italiano, responde *grosso modo* a este mismo diseño institucional: el fiduciario no responde con su patrimonio personal de las deudas imputables a su titularidad (fiduciaria) sobre el patrimonio en fideicomiso; las deudas personales del fiduciario no pueden hacerse efectivas sobre los bienes en fideicomiso.

Sin embargo, son mucho más frecuentes los casos de patrimonios autónomos o con imperfecta separación patrimonial en que el patrimonio de destino instrumenta solamente una única especie de limitación de responsabilidad. Nos interesan aquí los casos en que los acreedores del patrimonio de destino (titulares de créditos imputables al patrimonio de destino) tienen reconocida en la Ley una preferencia sobre los bienes del patrimonio de destino o concurren en paridad de condición con todos los demás acreedores sobre los bienes del patrimonio de destino, pero, en cambio, soportan una limitación de responsabilidad del tipo segundo o «defensiva»: el deudor no responde de las deudas imputables al patrimonio de destino con los bienes que no se integran en dicho patrimonio (beneficio de limitación «negativa» de responsabilidad). La Ley se refiere entonces al concepto de «patrimonio inembargable¹¹³⁴». La limitación negativa de responsabilidad puede traer causa de la Ley o del contrato.

El ejemplo paradigmático y más sencillo que existe en nuestro Derecho positivo de una limitación contractual negativa de responsabilidad es el caso de la hipoteca con pacto de limitación de responsabilidad contemplada en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria). Norma que consagra una excepción voluntaria al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 por consentimiento del acreedor. Como es pacífico, el acreedor hipotecario del artículo 140 LH solamente puede dirigirse contra la finca hipotecada para hacer efectivo el cobro de su crédito. De ser insuficiente su valor (el de la finca gravada), perderá el acreedor su derecho de agresión contra el

¹¹³³ En virtud del Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, en los fondos con compartimentos, cada compartimento del fondo responde de sus propias deudas como si se tratara de un patrimonio separado (un «subfondo»).

¹¹³⁴ Como es el caso histórico de nuestros «patrimonios familiares agrarios») o de «bienes no sujetos» (cfr. artículos 8.1 y 10.3 Ley 14/2013, de 27 de septiembre), «activo no afecto» (cfr. art. 9. 1 Ley 14/2013) etc.

resto del patrimonio del mismo deudor. En cambio, los acreedores ordinarios, respetando la preferencia especial del acreedor hipotecario, podrán hacer efectivo su derecho contra todo el patrimonio del deudor incluida la finca hipotecada (mera subordinación de rango)¹¹³⁵.

Por lo demás, en puridad el del art. 140 LH no es un caso excepcional de pacto limitativo de la responsabilidad del deudor: no creo que haya problemas en nuestro ordenamiento jurídico para construir patrimonios separados que gozan del beneficio de la limitación negativa de responsabilidad siempre que el deudor cuente con el consentimiento expreso del acreedor y fuera del caso examinado.

Asimismo, es posible crear un patrimonio de destino al modelo italiano cuando se emiten obligaciones que solamente son efectivas sobre un cierto patrimonio afecto o «vinculado» del emitente («*tracking bonds*»)¹¹³⁶

Pues bien, nos interesa aquí centrarnos en los mecanismos o técnicas de limitación de responsabilidad en el ámbito comercial:

Los antecedentes doctrinales sobre la admisión de la figura del empresario individual de responsabilidad limitada se hallan en la obra del jurista austríaco Oskar Pisko (*Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns*, 1910). Esta obra inspiró la regulación de la responsabilidad limitada en Liechtenstein, que en la ley de 20 de enero de 1926, introdujo las siguientes novedades: la empresa individual de responsabilidad limitada (*Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung*), la figura del Anstalt, y las sociedades de personas o de capital con un solo socio: (*Einmannversbandpersonen*)¹¹³⁷ y situó el debate doctrinal en el reconocimiento de esta figura. Como antecedentes más antiguos la doctrina también se refiere a la obra del juez inglés Sir George Jessel (1873) que defendía esta solución para equiparar al empresario individual respecto de las

¹¹³⁵ Cecchini Rosell, X., *El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

¹¹³⁶ «Convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte do essi» [cfr. art. 2447-bis b) CCivile].

¹¹³⁷ E. Jequier Lehuedé, 2011: 191-192.

sociedades mercantiles capitalistas¹¹³⁸. En derecho español han existido distintas propuestas para introducir la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada¹¹³⁹.

En el derecho positivo comparado, la EIRL se halla prevista en los ordenamientos de Liechtenstein (1926); Costa Rica. (arts. 9 al 16 del Ccom., Libro Primero, Título Primero, Capítulo II, referente a la “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”, redacción según Ley de 30 de abril de 1964); Portugal (Decreto-ley de 25 de agosto de 1986, referente al “Establecimiento individual de responsabilidad limitada”; en 1996, este país también incorporó la “Sociedad Unipessoal por quotas” (SUQ) en su Código de Sociedades Comerciales y ambas modalidades se encuentran vigentes; en Derecho italiano, debe reseñarse el supuesto de los «*Patrimoni destinati ad uno specifico affare*» regulados en los arts. 2447-bis a 2447-decies CCivile.; la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) también está admitida en la Ley chilena número 19.857, promulgada el 24 enero de 2003¹¹⁴⁰ aunque con posterioridad a esta Ley el legislador chileno ha admitido la constitución de sociedades unipersonales al modificar el artículo 424 CCom. (Ley n. ° 20190, D.O. 5 junio 2007), y en otros países, como Paraguay, Colombia, Perú, El Salvador, y Panamá y, según se examina a continuación, también ha sido introducida en Francia (Ley 2010-658, de 15 junio 2010).

¹¹³⁸ En el derecho anglosajón, el asunto “Salomon c/ Salomon and Co. Ltd. (1897) sancionó la admisión de las sociedades con varios socios meramente instrumentales que no precisaban tener “interés legítimo” en la sociedad, lo que suponía admitir testafierros o personas complacientes junto con el verdadero y prácticamente único propietario que utilizaba la persona jurídica como expediente para limitar su responsabilidad empresarial (“One man Company”). Con todo, en el supuesto de fraude a los acreedores se admite la doctrina del levantamiento del velo (piercing the corporate veil o lifting the corporate veil), pero sin que ello haya significado la quiebra del citado precedente.

¹¹³⁹ Cfr., entre otros, S. García Álvarez (1944); Federico Trías de Bes (1946) o Solá de Cañizares (1957); también se presentó una propuesta legislativa de fecha 23 de noviembre de 1984, por el Grupo Popular en el Senado, con el objetivo de “colocar a la empresa individual en las mismas condiciones que las empresas societarias, las cuales, casi en su totalidad, limitan su responsabilidad a las cantidades aportadas por los socios” y que se centraba en determinados aspectos de la problemática derivada de la admisión de este modelo; en la exposición de motivos de la propuesta se afirmaba que en el desarrollo de la Ley, se mantenía “la estructura de la Ley que regula las Sociedades Limitadas, y de hecho el presente texto legal es una adaptación de aquel, a las características propias de una empresa individual

28.- EXAMEN DEL MODELO FRANCÉS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: SUS MODALIDADES.

Como antecedentes doctrinales próximos de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en el derecho francés X. de Roux se refiere a la obra del civilista Michel de Juglart (1965), que partiendo de las ideas de Henri Léon y Jean Mazeaud, ponía de relieve que era deseable que los comerciantes pudieran afectar a sus empresa solamente una masa determinada de bienes con el fin de preservar para su familia una fracción de su capital contra los riesgos de la quiebra y concluía afirmando que “desde el momento en que unos bienes se afectan a un objeto particular, forman necesariamente un todo que debe poder vivir una vida jurídica común”¹¹⁴¹.

En el Informe Champaud (1979) como solución a esta problemática se proponía el reconocimiento de tres clases de patrimonios:¹¹⁴² 1. *Un patrimoine affecto* o patrimonio destinado a la empresa, por un valor mínimo de 20.000 francos (patrimonio de la empresa). 2. *Un patrimoine disponible* o porción intermedia, no afectado a la empresa, pero del cual podría disponerse, ya sea a iniciativa del empresario, ya sea a iniciativa de los acreedores de la empresa, con el fin de servir de garantía suplementaria para dichos acreedores y de garantía prioritaria para los acreedores particulares (patrimonio para la empresa) 3. *Un patrimoine indisponible e inembargable*, o porción de patrimonio no afectado a la empresa, que no podría darse en garantía a los acreedores ni ser embargado por ellos, salvo casos excepcionales unidos a una falta grave y particular del empresario. Este patrimonio estaría constituido por un conjunto inembargable de bienes muebles e inmuebles de uso personal, por una suma máxima de 250.000 francos (patrimonio indisponible e inembargable).

Para proteger la integridad de este patrimonio, se sancionaba con la declaración de nulidad toda garantía que incidiera en el mismo y se constituyera a favor de los acreedores de la empresa, y como mecanismo sustitutivo se disponía la actuación

¹¹⁴⁰ Para un estudio de la ley chilena, v. E. Jequier Lehuedé, 2011

¹¹⁴¹ Rapport De Roux, 2008: 11

¹¹⁴² Informe elaborado a instancia del gobierno francés el 26 de octubre de 1977 y publicado en la «Rev. trimm. de Droit Commercial» titulado: “Rapport du groupe d’étude chargé d’étudier la possibilité d’introduire l’entreprise personnelle à responsabilité limitée dans le droit français”. Cfr. G. Herrero Moro, L. Fernández del Pozo, F. J. González del Valle García, 1989: 1885-1902.

equivalente de una caja mutua común, a la que todo empresario debería contribuir en proporción a su peculio protegido.

Diversas normas reguladoras

En la Ley n.º 85-697, de 11 de julio de 1985, relativa a la empresa unipersonal de responsabilidad limitada y a la explotación agrícola de responsabilidad limitada, se puso en cuestión el principio de *affectio societatis* al permitirse que la sociedad pudiera constituirse por una sola persona y admitirse la realidad social de la sociedad unipersonal *de facto*, que sorteaba la prohibición legal utilizando asociados de complacencia¹¹⁴³.

La Ley n.º 2007-211, de 19 de febrero de 2007, reformada por la Ley n.º 2009-526, de 12 de mayo de 2009, introdujo en el ordenamiento jurídico francés la institución de la *fiducia*. En su regulación vigente, la ley permite que por medio de un contrato oneroso cualquier persona pueda afectar determinados bienes, derechos o garantías pertenecientes a su patrimonio, confiando su guarda a un fiduciario cualificado distinto del constituyente y a tal fin se prevé que pueda pactarse determinado aislamiento patrimonial. La fiducia constituye una especie de patrimonio de afectación pero la necesidad de confiar los bienes a un tercero no se adapta a las necesidades del empresario individual y la institución adolece de cierta complejidad y genera determinados costes. Como medidas especiales de protección patrimonial indirecta cabe citar las siguientes: En los afianzamientos ilimitados no están permitidos los pactos de solidaridad ni la renuncia a los beneficios de excusión y división (art. L. 341-5 Código del Consumo -CDC-). Por otra parte, el acreedor profesional no puede accionar contra el fiador si la obligación asumida era manifiestamente desproporcionada respecto de los bienes y rentas de la persona, salvo si en el momento de la exigencia de la fianza, su patrimonio le permite hacer frente a la obligación afianzada (art. 341-4 CDC). Estas dos normas son aplicables al gerente persona física que se obliga en favor de su empresa y al cónyuge que afianza al cónyuge empresario. También se pone de relieve que el riesgo empresarial es menor desde la reforma legal de 1985 ya que se ha reconocido el principio de no persecución del deudor con posterioridad de la extinción de una insuficiencia de activos consiguiente a una liquidación judicial, principio que iguala al empresario individual con los administradores de una sociedad y con el realismo; posteriormente esta posibilidad de liberación se ha

¹¹⁴³ La doctrina también se refiere a la Ley de 12 de julio 1999 que admitió que la sociedad anónima por acciones unipersonal.

reconocido igualmente en el Código del Consumo en relación con el sobreendeudamiento de los consumidores (arts. L. 333-5 y L. 333-9)¹¹⁴⁴.

29.- LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

La declaración de afectación conlleva la existencia de dos patrimonios independientes y autónomos; se trata de una mutación patrimonial interna -en el sentido de que no existe creación de una persona jurídica-; la estanqueidad es inmediata y cuasi-universal; es bilateral y “más que perfecta”, pero relativa¹¹⁴⁵, por otra parte, en el supuesto de un procedimiento de insolvencia la estanqueidad también se mantiene. Con todo, salvo en el supuesto de renuncia, existen determinadas casos y situaciones que implican la ruptura de la estanqueidad patrimonial¹¹⁴⁶. La declaración de afectación es oponible de pleno derecho a los acreedores con derechos de crédito nacidos con posterioridad al depósito de la declaración. También es oponible a los acreedores con derechos nacidos con anterioridad al depósito de la declaración con la condición que el declarante lo haga constar en la declaración de afectación y haya informado a dichos acreedores con los requisitos fijados reglamentariamente. En este último supuesto, dentro del plazo previsto

¹¹⁴⁴ A título de ejemplo, veamos L. 333-9: Lorsque l'actif réalisé est suffisant pour désintéresser les créanciers, le juge prononce la clôture de la procédure. Lorsque l'actif réalisé est insuffisant pour désintéresser les créanciers, lorsque le débiteur ne possède rien d'autre que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou lorsque l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale, le juge prononce la clôture pour insuffisance d'actif.

La clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. La clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

¹¹⁴⁵ Señala F. Pérochon, 2010: 5, que la estanqueidad impide el acceso a cada patrimonio de los acreedores del “otro patrimonio” pero la norma admite cierta porosidad a favor del propio empresario, que puede, con toda licitud, retirar del patrimonio afectado las rentas o resultados del negocio que considere oportuno para destinarlas a su patrimonio personal y su familia; gráficamente, la estanqueidad opera en sentido unidireccional, como si fuera una membrana tipo “Goretex”, que frena la lluvia (aquí, los acreedores), pero permite que se evacue la transpiración (aquí, las rentas). Se trata de una facultad que la autora citada califica de indispensable en la práctica que en sí no es criticable, pero que tiene su “talón de Aquiles” porque la norma deja abierta la posibilidad de efectuar disposiciones excesivas ya que se refiere a las “rentas” y no a los solos beneficios

reglamentariamente, los acreedores notificados podrán oponerse a que la declaración les sea oponible. La autoridad judicial puede denegar la oposición u ordenar el reembolso de los créditos o, si el empresario individual hace ofrecimiento de las mismas, la constitución de garantías si se juzgan como suficientes. En defecto del reembolso de los créditos o de la constitución de las garantías acordadas, la declaración será inoponible a los acreedores a los que se haya admitido su oposición, pero la oposición de un acreedor no tiene como efecto prohibir la constitución del patrimonio de afectación. Los efectos jurídicos derivados del depósito de la declaración son los siguientes: *a)* Respecto de los acreedores posteriores a la declaración con derechos de crédito nacidos con ocasión del ejercicio de la actividad profesional a la cual se han afectado determinados bienes, la responsabilidad patrimonial del deudor queda circunscrita al patrimonio de afectación. La doctrina entiende que deben incluirse como acreedores profesionales los que funden su derecho en una responsabilidad civil delictual de la empresa y que la responsabilidad debe ejercitarse sobre el patrimonio de afectación¹¹⁴⁷. Por otro lado, como punto débil de este efecto, cabe presumir que la limitación de responsabilidad a una parte del patrimonio del deudor podrá motivar que los acreedores que se sientan perjudicados intenten romper la estanqueidad patrimonial fundándose en alguna de las causas legales que así lo admiten¹¹⁴⁸. *b)* Respecto de otros acreedores -en especial, los acreedores no profesionales- a los cuales les sea oponible la declaración, la responsabilidad patrimonial del deudor se limita al patrimonio no afectado. En este supuesto, como excepción, en el caso de insuficiencia del patrimonio no afectado, la garantía patrimonial de los bienes que responden del cumplimiento de obligaciones no profesionales puede ampliarse y ejercitarse sobre el beneficio obtenido en el último cierre de cuentas anual. En consecuencia, existe una separación patrimonial que, a su vez, responde separadamente de las obligaciones contraídas a cargo de cada patrimonio. Por ejemplo, el vehículo de reparto de mercancías responderá de las deudas profesionales, pero los acreedores personales del empresario individual (por ejemplo, el beneficiario de una pensión de alimentos o el acreedor por las rentas de la vivienda habitual) no podrán accionar contra los bienes del patrimonio de afectación.

¹¹⁴⁶ F. Pérochon, 2010: 4-7

¹¹⁴⁷ Mallet-Bricout, 2010: 58.

¹¹⁴⁸ Mallet-Bricout, 2010: 53-54.

Estos radicales efectos justifican la necesidad de información a los acreedores anteriores, el reconocimiento de su derecho de oposición, la existencia de determinadas cautelas legales y la extensión de responsabilidad en los casos de fraude o incumplimientos graves de determinadas obligaciones legales (arts. L. 526-12 Ccom.). También existen excepciones en relación con las deudas tributarias y de la seguridad social¹¹⁴⁹; análogamente, lo que puede suceder en el supuesto del administrador de una persona jurídica, en los procedimientos concursales también puede producirse una ampliación de responsabilidad debida a las faltas de gestión imputables al administrador¹¹⁵⁰.

La norma legal guarda silencio y no prohíbe que a petición de los acreedores profesionales, especialmente, en el supuesto de establecimientos de crédito, puedan constituirse garantías con bienes no incluidos en el patrimonio de afectación para garantizar la financiación o inversiones empresariales. Para un sector de la doctrina, esta posibilidad debe admitirse y será inevitable; otro sector de la doctrina entiende que aunque su admisión no es contraria a la letra de la norma, en cambio, debe considerarse contraria a su espíritu. También cabe preguntarse sobre la posibilidad de pactar renunciaciones *in favorem* a la separación patrimonial con el fin de que determinado acreedor profesional pueda accionar contra los bienes no profesionales¹¹⁵¹. Por último, por lo que se refiere al supuesto contrario, garantizar una deuda privada con un bien profesional, hay que concluir que el supuesto no debe admitirse pues ello contraría abiertamente la garantía de los bienes profesionales establecida a favor de los derechos de los acreedores profesionales¹¹⁵². Para evitar que la creación de la EIRL suponga un impedimento al acceso del crédito, especialmente en los supuestos en que el patrimonio de afectación no corresponde a las necesidades económico-financieras del negocio y prevenir la problemática enunciada, una de las soluciones propuestas se basa en una utilización más intensa de las sociedades de garantía recíproca.

¹¹⁴⁹ art. L. 273 B, Libro de Procedimientos Fiscales y art. L. 133-4-7 Código de la Seguridad Social.

¹¹⁵⁰ art. L. 651-2 CCom.

¹¹⁵¹ Esta posibilidad está expresamente prevista en relación con la declaración de inembargabilidad de determinados bienes inmuebles (art. L. 526-3, párr. Cuarto Cco

¹¹⁵² Este acto podría suponer una falta grave que incidiría en las disposiciones previstas en el artículo L. 526-6, párr. segundo Ccom

30.- PAUTAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD EN DERECHO COMPARADO EXTENSIBLES AL DERECHO COMPARADO.

SEGUIMIENTO DE UNA TRAYECTORIA PARALELA AL DERECHO ROMANO.

RESPONSABILIDAD SOCIETARIA EN NUESTRO DÍAS

Procede efectuar un recorrido que nos permita vislumbrar las convergencias existentes, al menos en el plano normativo de los diversos ordenamientos de nuestro entorno, lo cual nos va a permitir observar cómo las diferencias de enfoque existentes se justifican en los diferentes criterios empíricos adoptados a la hora de abordar los diversos supuestos de hecho puestos en tela de juicio, de suerte que, sobre la base de ello, podemos afirmar que en materia de responsabilidad societaria se sigue, como principio, un método de estudio basado en la experiencia, en la construcción de pautas fundadas en el análisis- embebido por los principios de buena fe y de equidad- de supuestos concretos. De esta forma, a partir de discusiones doctrinales referentes a la casuística presentada es como se empieza a desarrollar la política normativa referente a la problemática de la responsabilidad societaria en derecho comparado.

Advertía *Manresa*¹¹⁵³ en su comentario al artículo 1678 del Código Civil¹¹⁵⁴;: «... tiene su indiscutible y sólido fundamento en la consideración de que la reunión de mayor número de capacidades encargadas de su desempeño puede proporcionar a cada uno de los asociados aquellas ventajas que ellos aislada e independientemente no tendrían facilidad de conseguir». Mas dicha unión de esfuerzos genera un amplio debate en torno a la articulación de los diversos regímenes de responsabilidad societaria a nivel de derecho comparado.

En cualquier caso, de entrada, podemos partir de las siguientes afirmaciones que cobran el cariz de indiscutibles, como pilares de articulación de la responsabilidad societaria:

De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio, nos encontramos, simplemente, ante el viejo principio de responsabilidad patrimonial universal trasladado al ámbito societario. La responsabilidad de los socios se determinará

¹¹⁵³ Manresa, Comentarios al Código Civil, tomo XI, (Edición revisada por Bloch), Madrid, 1972, pág. 440.

¹¹⁵⁴ Artículo 1678: “La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalda, o el ejercicio de una profesión o arte.”

de conformidad con las reglas de la forma social adoptada¹¹⁵⁵. No obstante lo anterior, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán¹¹⁵⁶ solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

Volviendo de nuevo sobre la problemática de la limitación de la responsabilidad anteriormente tratada por lo que concierne al contexto romano, cabe decir que dicha limitación de la responsabilidad por las deudas sociales, característica de las sociedades de capital, ha sido considerada una fórmula que podría desembocar en un perjuicio para los clientes de la sociedad. Si se pretende evitar que denominaciones distintas de la cualificación personal y profesional de los asociados equivoque o confunda a terceros cubriendo actividades a realizar por quien no posee la necesaria habilitación, nos encontramos ante un problema de auténtico orden público, como en su momento dejó claro una sentencia del Tribunal de Casación italiano de 8 de octubre de 1975. Trabajos ya clásicos entre nosotros han mostrado sin ambages que la personificación de la sociedad anónima podría albergar un ejercicio abusivo¹¹⁵⁷ cuyo único paliativo consistiría en el levantamiento del velo de toda la ingeniería societaria artificialmente construida. «Ni hay

¹¹⁵⁵ Si se trata de una sociedad civil de la responsabilidad de los socios es personal e ilimitada, pero mancomunada. Si es colectiva habrá responsabilidad directa de la sociedad, y subsidiariamente, personal, ilimitada y solidaria entre los socios (art 127 Ccom.). Esta responsabilidad de los socios será también la que corresponda a los socios colectivos en la sociedad comanditaria, aunque los socios comanditarios encontrarán su responsabilidad limitada a «los fondos que pusieran o se obligaran a poner» (Art. 1248 pº 3CCom). Si tiene forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, los socios solamente comprometen su aportación, sin responsabilidad personal por las deudas sociales. Y si la forma adoptada es la de sociedad cooperativa, la responsabilidad de los socios se limitará a las aportaciones al capital que hubiesen suscrito (art 15.3 Ley 2972/1999, si bien hay normas autonómicas que permiten que en los estatutos de la cooperativa se establezca la fórmula de la responsabilidad personal e ilimitada.

¹¹⁵⁶ Obsérvese cierta afinidad con el dilema que recoge el D.17.2.60.1 en cuanto a la procedencia y amplitud de la responsabilidad. Recordemos la polémica, según la cual, Labeón y Pomponio partán de la base de distinguir, a efectos del posible resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el socio, entre *impensas in societatem* y *propter societatem*, estableciendo el reintegro proporcional en las primeras y negándolo en las segundas, mientras que para Juliano y Ulpiano deberían hacerse comunes sin distinción, los gastos realizados *propter societatem*, *ob societatem* y *ex societate*, con tal que fueran provocados “directamente por la actividad social”.

¹¹⁵⁷ YzquierdoTolsada, M: “Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual” Dykinson 2002, p. 39.

duda, indicaba *Ferri*, en referencia al Derecho italiano, de que si la sociedad de profesionales fuese admisible en nuestro Derecho, debe ser bajo la forma de sociedad simple»¹¹⁵⁸. Entre nosotros, años antes había escrito Federico *De Castro* aquello de que «la sociedad anónima debe servir a fines más altos que al egoísmo de los hombres que la controlan»¹¹⁵⁹.

Es evidente que la sociedad es deudora contractual de sus clientes, respondiendo, frente a ellos, de los daños que deriven de un incumplimiento del contrato, de un cumplimiento defectuoso o de un cumplimiento tardío. Y si se quiere buscar un apoyo legal concreto, tal vez se encuentre en las palabras finales empleadas por el artículo 1101 del Código Civil español enumera las causas de responsabilidad por infracción de obligaciones: (los que incurrieren en) dolo, negligencia, morosidad «y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

Naturalmente, nada impide que existan terceros que puedan resultar damnificados por la actuación de la sociedad, en cuyo caso el soporte legal puede ser más explícito, ya que artículo 1903.-4º del CC, en su interpretación judicial constante, permite atribuir a la sociedad la responsabilidad por el hecho dañoso producido por cualquier persona que guarde relación de dependencia, pero entendida ésta no necesariamente en su sentido estricto jurídico-laboral, dado que, a efectos de responsabilidad civil, no resulta necesario que exista una relación jurídica concreta, ni menos que se corresponda con una determinada categoría negocial, pudiendo tratarse, incluso, de un vínculo de hecho en méritos del cual el autor del daño «se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial o esporádica, de su principal» (Sentencia, Sala 2.ª, de 9 de diciembre de 1992).

31.- PROPAGACIÓN DE LA SOLIDARIDAD COMO PARÁMETRO REGULADOR DE LA INTENSIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA. ALEJAMIENTO DE LA LÍNEA ROMANISTA

En general, (sin perjuicio que más adelante entremos en detalle en cada ordenamiento en particular), la tónica general de los regímenes legales relativos a la responsabilidad societaria a nivel de derecho comparado, responde a una tendencia

¹¹⁵⁸ Ferri, «La società di professionisti», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1972, I, pág. 232.

¹¹⁵⁹ De Castro, «La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 1409

jurisprudencial y, en buena medida, doctrinal, expansiva de la solidaridad de deudores como régimen general, contrariamente a lo que establece, por ejemplo, el Código civil español¹¹⁶⁰, francés, italiano, entre otros¹¹⁶¹. Y ello, tanto en los supuestos de daños causados por varios agentes, como en los de los causados por el miembro indeterminado de un grupo. No conviene aquí describir lo que ha sido una evolución jurisprudencial sobradamente conocida¹¹⁶², pero sí recordar en síntesis el sentido de la misma, pues llamar a responder por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento (en el concreto supuesto de sociedades profesionales de la *lex artis* a la sociedad y a los intervinientes no deja de ser una fórmula que se encontraba presente entre nosotros desde hace casi un siglo para dar respuesta a los daños causados por varios agentes. De *lege lata*, no existen apoyos suficientes en nuestro Derecho para una solución semejante, sin que, por tanto, debieran existir diferencias en este punto entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Y, ello, por varias razones, entre las cuales está una que se deduce del propio Código civil: aunque el principio de no presunción de la solidaridad recogido en el artículo 1137 del Código Civil, viene contenido en el Título I del Libro IV, y por tanto, resulta de aplicación a todas las obligaciones, cualquiera que sea su fuente. Pero, en el fondo, la completa argumentación gira alrededor de una afirmación tan simple que no precisa explicación: la solidaridad asegura más firmemente el resarcimiento a la víctima. Lo cual es incontestable, pero ¿dónde ha querido la ley procurar esa mayor firmeza? ¿En qué momento ha deseado el legislador civil prestar mayor protección a la víctima de un daño por el solo hecho de ser éste de origen extracontractual? Cuando ha querido que así sea, así lo ha dispuesto¹¹⁶³, e intentar sancionar sin apoyo legal expreso una situación de solidaridad con el pretexto de resultar así más protector resulta inadmisibles, anómalo y gratuito. La construcción vendría a ser la siguiente: como la víctima merece un reforzamiento de su derecho y la vinculación solidaria de quienes dañaron procura tal

¹¹⁶⁰ La lista de sentencias sería inagotable. Pueden verse, por escoger solamente algunas de las últimas décadas, las de 17 de junio de 1989, 24 de noviembre de 1989, 8 de febrero de 1991, 11 de octubre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 7 de mayo de 1993, 30 de noviembre de 1995, 19 de julio de 1996, 3 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, las dos de 11 de abril de 2000 o la de 5 de junio de 2003.

¹¹⁶¹ Todos estos Códigos Civiles son seguidores en este punto de las pautas establecidas en el Derecho Romano según el cual la mancomunidad constituye la regla general y la solidaridad la excepción

¹¹⁶² Yzquierdo Tolsada: op cit. Sistema de responsabilidad, ed. Dykinson, 2001, págs. 401 y ss.

¹¹⁶³ uno de los casos en donde lo ha dispuesto, es el del artículo 116 del Código Penal español; pero también es así en numerosas leyes especiales.

reforzamiento, debe imponerse la solidaridad. Y más gratuito aún es decir que el vínculo extracontractual es solidario «porque así se deduce de la naturaleza de la obligación». Más bien lo que procede decir es que las obligaciones plurales no pueden ser *por naturaleza* mancomunadas o solidarias, sino que son los particulares o la ley quienes les atribuyen uno u otro carácter.

En general, la ley y la jurisprudencia caminan por sendas distintas en lo que a la responsabilidad plural se trata, *pero no sólo en la extracontractual*. No es de recibo que el Código civil diga que la solidaridad haya que pactarla expresamente y que ello haya terminado significando, no ya que no sea necesario utilizar expresamente el término «solidaridad» para que se entienda que las partes la quisieron de verdad¹¹⁶⁴, no ya que de las circunstancias del caso se pueda deducir que, en efecto, se quiso convenir la solidaridad, sino que, sencillamente, cuando dos o más personas aparecen como codeudores en una misma obligación, se produce siempre una especie de «comunidad jurídica de objetivos» derivada de una «interna conexión entre las prestaciones de los deudores», una «unidad de fin dirigida a la satisfacción del interés del acreedor»¹¹⁶⁵. Sólo se descartará la solidaridad allí donde haya una casual identidad de fines o de prestaciones¹¹⁶⁶. Muy curiosa, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 1985: el Supremo deduce que existe una circunstancia tácitamente demostrativa de que las partes quisieron la solidaridad en el hecho de que los prestatarios dirigieron un carta al prestamista en la que le decían “queremos hacerte llegar una vez más nuestro

¹¹⁶⁴ Entre otras muchas sentencias, pueden verse las de 20 de octubre de 1986, 16 de noviembre de 1989, 18 de febrero de 1991 y 19 de diciembre de 1991.

¹¹⁶⁵ Puede verse, por ejemplo, la sentencia de 7 de abril de 1983: en un primer momento la jurisprudencia decía: «que para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma y bastando que la voluntad se manifieste siquiera no sea con palabras si los actos reveladores son bastantes a alumbrarla y darla a conocer con claridad». Pero, cuenta la sentencia, se ha pasado «últimamente a prestar acogida a la concepción actual de la obligación solidaria poniendo de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la unidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor». Posteriormente, insisten las sentencias de 14 de febrero de 1984, 13 de febrero de 1989 o 19 de julio de 1989, entre otras muchas.

¹¹⁶⁶ Así, la sentencia de 2 de marzo de 1981 o la de 9 de junio de 1992.

reconocimiento por el gran favor que nos haces al prestarnos sin interés un millón de pesetas”.

A todo ello sólo cabe precisar que siempre que hay codeudores, es obvio que la existencia de una sola obligación determina que el fin común sea la satisfacción del crédito. Pero una cosa es eso y otra alterar de modo tan opuesto y drástico lo que dispone el artículo 1137 CC. Si en la economía moderna las razones que permiten entender que debe existir solidaridad en los supuestos de culpa extracontractual quedan subsistentes cuando se trata de responsabilidad civil contractual¹¹⁶⁷, la línea de reforma legislativa no debería consistir tanto en la introducción de un precepto que estableciera expresamente la solidaridad extracontractual cuanto en invertir la regla general del artículo 1137 CC. Es el sistema, que me parece ideal, del Código italiano de 1942, cuyo art. 1294 dispone: «*Los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o del título no resulta otra cosa*»; presupuesto este artículo, sobra ya el art. 2.055, p.º 1.º, cuando, al tratar de los daños extracontractuales, dice que: «*si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño*». Ciertamente redundante, dado que el primero de los artículos transcritos regula la obligación plural en general, cualquiera que sea su fuente. Pero el resultado del sistema es el ideal en las circunstancias del momento presente. La solidaridad tuvo que entrar en el Código Civil casi a escondidas, buscando recovecos varios como correspondía a una concepción individualista y liberal del mundo. Si lo que la actualidad demanda es que un acreedor pueda dirigirse contra cualquier deudor para exigirle el cumplimiento de la totalidad de la deuda, el legislador no puede cerrar los ojos a lo que el Tribunal Supremo hace. Y lo que hace está bien, si miramos las cosas desde esa realidad social, pero es, sencillamente, extravagante, miradas desde el Derecho vigente. Como dice *Sancho Rebullida*, «la tesis jurisprudencial supone, más que una interpretación, una corrección del Código civil»¹¹⁶⁸.

En fin, nos hallamos ante un rosario de leyes especiales que consagran la responsabilidad solidaria de manera expresa. Así debemos mostrarlos art 123 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre normas reguladoras de la Navegación Aérea, 52 de la Ley 25/1964 de 29 de abril, reguladora de la Energía Nuclear, 33.5 de la Ley 1/1970 de 4 de abril, de Caza, 132 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los

¹¹⁶⁷ Fernández Hierro: Responsabilidad civil médico sanitaria. Pamplona, 1984, pág. 188.

¹¹⁶⁸ LAcruz-Sancho, Elementos de Derecho civil, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1985, pág. 49.

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, el artículo 78 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, etc. Un nuevo elemento que apunta en la dirección de lo que, tarde o temprano, terminará siendo la regla general de las obligaciones plurales, por mucho que el Código civil español, entre otros, se siga resistiendo al cambio.

32.- RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS COMETIDOS POR UN MIEMBRO INDETERMINADO DE LA SOCIEDAD.

El problema parte de la dificultad propia de un caso en el que el actuar peligroso o imprudente de todos no permite, sin embargo, anudar el daño causalmente y de manera directa a quien con seguridad fue el único causante del mismo¹¹⁶⁹.

En esta línea, el Código civil alemán establece precisamente en su § 830: «*Si varias personas han causado un daño por un acto ilícito realizado en común, cada uno de ellos es responsable del daño. Lo mismo vale si no se puede saber quién, entre varios participantes, ha causado el daño con su acto. A los coautores se equiparan los instigadores y los cómplices*».

El Código holandés dispone para los participantes la distribución de la indemnización en partes iguales, describiendo de manera muy curiosa el supuesto: una sola persona causa un daño ilícito, pero la probabilidad de causarlo debiera haber disuadido a todos los intervinientes de su conducta en grupo¹¹⁷⁰. La idea es verdaderamente sugestiva: uno sólo es el autor del daño, pero son todos o al menos un grupo dentro del colectivo de los miembros de la sociedad, los que han creado la propia confusión que ha determinado la inexistencia de medios de prueba que delimiten con

¹¹⁶⁹ Véase Ángel Yáñez, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, 1993, pág. 864. Previamente, en «Indeterminación del causante de un daño extracontractual (sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980, y de Palma de Mallorca, de 24 de enero de 1981)», en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1983, págs. 23 y ss., y en «Notas sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo», en Estudios de Deusto, 1984, págs. 281 y ss.

Asimismo, véase la monografía de Múrtula Lafuente, La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo, Madrid, ed. Dykinson, 2005

¹¹⁷⁰ Artículo 166 del Libro 6º del Código Civil Holandés de 1991.

precisión el nexo de causalidad. No es que entonces hayan de responder por ser los autores de un hecho, en sí no dañoso, como es esa inexistencia de elementos probatorios: es que han de responder por ser los autores, vgr. de unos vertidos ilícitos desde el punto de vista ecológico, de la organización de eventos sin licencia o de prácticas similares de carácter semejante. No tanto por razones de causalidad, sino por razones de organización conjunta de la actividad, indudablemente peligrosa o arriesga, alejada de toda tutela legal. Y, como dice *De Ángel Yagüez*¹¹⁷¹, no es preciso para arbitrar semejante solución el que exista un acuerdo previo de organización de la actividad: ésta puede ser concertada o espontánea.

Con arreglo a esta solución, todos responden porque todos participaron en la actividad peligrosa, por más que sólo uno haya sido el autor de la acción *causal* concreta. No existe «culpa anónima», sino «causa anónima», porque culpa la hay en todos y cada uno de los partícipes. Naturalmente, ha de quedar en pie la posibilidad de que alguno demuestre su no participación en la actividad peligrosa, o aporte un elemento de prueba que excluya racionalmente su consideración de autor¹¹⁷².

Según la jurisprudencia, se acogería la solución según la cual aparecen respondiendo todos los que intervinieron en el asunto o que hayan actuado *lato sensu*, incluido aquél miembro del grupo que no contribuyó a la acción dañosa concreta. La misma doctrina podría, desde luego, permitir la exoneración al que, habiendo intervenido en el asunto, demuestre no haber tenido contribución causal en el desenlace.

Asimismo, abordemos el supuesto siguiente:

33.- RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SURGIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD SOCIAL PROFESIONAL Y ESPECIALIZADA.

¹¹⁷¹ Para mayor desarrollo de la opinión de este autor, véase, De Ángel Yagüez, R.: “La responsabilidad *civi*”, Deusto, 1988, 253 y ss.

¹¹⁷² En tal sentido, un criterio orientador nos lo ofrecería la interpretación extensiva del Texto Refundido de la LSC en su artículo *in fine*, —siguiendo en este punto la tónica de la LSA y LSRL—, entendiendo que no sólo los administradores, sino los propios socios que pretenden zafarse de la responsabilidad fueron los que se opusieron a la producción del hecho dañoso o que hicieron todo lo posible por evitar el daño.

Efectivamente, las normas comunes en materia de sociedades se alteran cuando se trata de una responsabilidad nacida de mala práctica, o lo que es lo mismo, cuando el cliente que contrató con la sociedad, no se olvide que la relación jurídica se entabla con ésta, sufre un perjuicio derivado del incumplimiento del contrato, o del defectuoso o tardío cumplimiento del mismo. Pasó a la historia la discusión acerca de si la de los socios (o en su caso, de los profesionales intervinientes no socios) ha de ser una responsabilidad subsidiaria, o más aún, y como consecuencia extrema del individualismo en la responsabilidad, la directa de los socios y subsidiaria de la sociedad. Al respecto, hoy día debemos atenernos a lo establecido al respecto en la Ley de Sociedades Profesionales 2011/2007 de 15 de marzo, la cual recoge, en definitiva, la tradición jurisprudencial *contra legem* tendente a la genérica expansión de la solidaridad, como antes hemos expuesto, y, por ende, se decanta a favor de la solidaridad de la sociedad y los profesionales¹¹⁷³, y de éstos a su vez entre sí a la hora de hacer efectiva la responsabilidad en la que han incurrido. El perjudicado no habrá de probar la parte de responsabilidad atribuible a cada uno, entre otras cosas porque él no puede saber, por ejemplo, si el que la demanda no se presentara a tiempo se debió a un error organizativo, a ignorancia de un socio, a negligencia de un profesional no socio, a descuido de un profesional auxiliar que participó en su condición de pasante del despacho, etc.

Dando un paso más al frente, podemos plantear la polémica sostenida en torno a la responsabilidad plural, centrándola en el ámbito societario, sobre si nos encontramos ante una responsabilidad propiamente solidaria o ante una obligación *in solidum* con responsabilidad solidaria impropia, determinantes de serias consecuencias prácticas¹¹⁷⁴. Pues bien, no hay aquí solidaridad impropia, como corresponde en cambio a la situación que se da cuando se llama a responder a un empresario y, conjuntamente con él, a sus dependientes. Y ello significa, en síntesis y en aplicación de la normativa común: En primero lugar, que el perjudicado puede dirigirse contra todos los profesionales participantes y la sociedad, solamente contra ésta o solamente contra uno o algunos participantes ex artículo 1144 del Código Civil, y que las reclamaciones dirigidas contra uno o alguno de ellos no es obstáculo para posteriores reclamaciones contra los demás. Por otra parte, el demandado que se haga cargo de la responsabilidad liberará con su pago

¹¹⁷³ Artículo 11 de la Ley 2011/2007.

¹¹⁷⁴ YzquierdoTolsada, sistema..., cit., págs. 407 y ss.

a todos artículo 1145 del CC pero tendrá a continuación una acción de regreso o repetición para recuperar sólo la cuota que corresponda a cada uno, pues cada deudor es deudor por entero frente al acreedor, pero deudor por partes frente a los codeudores (a diferencia de lo que sucede cuando un empresario paga por su dependiente y repite de éste a continuación, no una parte, sino todo lo que por la actuación de éste tuvo que pagar, como permite el art. 1904). Y si en ese intento de reintegro alguno de los obligados resultara ser insolvente, los demás se hallarán obligados a salir al paso y suplir esa insolvencia a prorrata. Y por último, la sentencia que se obtenga en el procedimiento entablado sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirá de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso, según el artículo 542 de la LEC¹¹⁷⁵, por respecto al principio de tutela judicial efectiva consagrado constitucionalmente. Desde esta óptica, no ofrecería siempre garantía suficiente la solidaridad existente entre la sociedad y el único profesional que llevó a cabo el encargo del cliente. Tampoco cuando hayan sido varios los intervinientes, actuando todos en plano de igualdad. Pero será frecuente que el asunto es llevado por el cliente a la sociedad y a continuación es asignado por ésta a equipos organizados de modo vertical. Pensemos en un despacho de abogados que cuenta con un departamento de litigios (comúnmente llamado «departamento procesal» o «departamento contencioso») y diversos departamentos temáticos (laboral, inmobiliario, tributario, medio ambiente, bancario...). Una vez mantenida una reunión con el director de uno o varios departamentos, el cliente deposita su confianza en la firma. Se ve claro desde el principio que se va a proceder judicialmente para provocar el concurso voluntario de acreedores del cliente, que debe tan importantes sumas de dinero. El jefe del departamento procesal va a tener el mando, en pie de igualdad con el jefe del equipo de mercantilistas (dentro del cual actuarán varios socios profesionales, un abogado que trabaja en régimen de dependencia y un becario), y con el único profesional con que el despacho cuenta para los asuntos laborales. Parece, pues, bastante claro, que puede haber una o varias estructuras piramidales, y llamar a responder a todos al amparo del artículo 11 de la Ley de Sociedades Profesionales presenta un inconveniente de pura justicia material.

¹¹⁷⁵No existe cosa juzgada entre la sentencia recaída en el primer procedimiento y los que eventual mente se vengán a abrir después, dado que el supuesto no se halla comprendido entre los que detalla el artículo 222 de la LEC.

Siendo esto así, probablemente la solución habrá de encontrarse en el campo de las relaciones internas entre los miembros del equipo societario. No debería haber duda de que, en las acciones de reintegro existentes entre los componentes del consorcio que, frente al perjudicado, hayan sido declarado responsables, “reclamar la parte que a cada uno corresponda” ex artículo 1145 del Código Civil podrá presentar muy diversos escenarios, desde el de la repercusión que parta de la igualdad de cuotas, hasta la repercusión de todo, de nada o de partes desiguales. Naturalmente, son escenarios que normalmente originarán unos nuevos conflictos¹¹⁷⁶ en los que deberán tenerse en cuenta los pactos internos. Aunque el cliente se habrá guardado mucho de ejecutar su sentencia victoriosa sobre la sociedad, lo que, de paso, evitará estas engorrosas situaciones entre los compañeros (aunque tal vez no las acciones de reintegro que pueda entablar la propia sociedad).

34.- INCLINACIÓN HACIA LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO MANENTE SOCIETATE.

La razón a la que obedece esta tendencia a calificar la responsabilidad societaria frente a terceros, generada en el desenvolvimiento de las actividades que constituyen el objeto social es clara: evitar el cortísimo plazo anual de prescripción de la responsabilidad aquiliana¹¹⁷⁷. Naturalmente no me refiero a los casos, inequívocamente extracontractuales, en los que quien resulta dañado es un tercero extraño a la relación de la sociedad con sus clientes (cosa que podrá ser frecuente en profesiones técnicas pero bastante anecdótica en las jurídicas), sino a los supuestos cotidianos de las prestaciones debidas a los clientes e incumplidas. No fue el profesional, sino la sociedad, quien contrató con el cliente, lo cual determinaría en rigor que la responsabilidad del profesional en estos supuestos sea extracontractual o aquiliana, lo cual, dejando a un lado el inconveniente de la brevedad del plazo anual de prescripción, puede tener algunas consecuencias positivas¹¹⁷⁸. Al respecto, se han apuntado posibles mecanismos para

¹¹⁷⁶ Ha sido muy discutible si, concurriendo varios deudores solidarios, uno de ellos pueda excepcionar frente al acreedor la compensación del crédito que correspondiera a su codeudor frente a dicho acreedor.

¹¹⁷⁷ Véase el artículo 1968.1 del Código civil español.

¹¹⁷⁸ Como por ejemplo, la posibilidad de admitir, que no es de aplicación el artículo 1107 del Cc y que entonces los agentes responderán de todo el daño, haya sido previsto o no y fuera previsible o no lo fuera en el momento de la contratación.

«contractualizar el daño», Mientras que unos apuntan en dirección al contrato a favor de tercero, otros proponen utilizar el expediente de la aplicación analógica de las reglas del submandato o, más en general, la aplicación de los principios de la subcontratación.

Si fuera viable el mecanismo del contrato a favor de tercero, sería sobre la base de entender que entre la sociedad y el profesional existe un contrato celebrado con miras a beneficiar a un tercero, que no es otro que el cliente. Establece el artículo 1257 del Cc: *“Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”*. Luego, la sociedad actuaría como estipulante y el profesional como promitente. Éste se hallaría obligado frente al cliente, y el cliente también podría exigir la prestación a un profesional con quien no contrató, pero que sí comprometió con la sociedad estipulante el servicio en cuestión a favor del cliente. Por lo mismo, también dispondría éste de una acción de responsabilidad contractual en caso de incumplimiento o de cumplimiento tardío o defectuoso¹¹⁷⁹.

Sin embargo dicho planteamiento presenta algún escollo difícil de resolver: si en los contratos a favor de tercero, el promitente no puede hacer valer frente al tercero las excepciones derivadas de su relación con el estipulante, ¿habrá que seguir exigiendo del abogado que no sea socio sino que está contratado laboralmente por la sociedad, y que no está cobrando su salario, que él sigue obligado a prestar el servicio al cliente?

En cambio, si uno se decanta opta por la idea de la subcontratación, sería tanto como decir que la sociedad, a modo de mandataria del cliente, escoge a los profesionales como submandatarios, lo que posibilitaría la acción de resarcimiento contractual dirigida por el cliente contra el submandatario¹¹⁸⁰, pero sin que la sociedad desaparezca como deudora contractual. El mandante podría dirigirse contra ésta y contra los profesionales actuantes, dando con ello perfecta explicación dogmática a la situación, y dentro de los

¹¹⁷⁹ Dicha construcción se emplea para tratar de explicar la relación triangular en la que concurren las sociedades médicas, los facultativos y los pacientes. En este sentido, véase, Fernández Costales, «Las sociedades de médicos», en Moreno Quesada, Albiez Dohrmann y Pérez-Serrabona, *El ejercicio en grupo...*, cit., pág. 376.

¹¹⁸⁰ Se trataría de una acción directa, que eludiría el mecanismo de la acción subrogatoria prevista por el artículo 1111 del CC, semejante a la reconocida en otros supuestos como, v.gr. el arrendador frente al subarrendatario, o los subcontratistas frente al dueño de una obra, según reza en el artículo 1597 del CC.

cauces de la responsabilidad contractual. Y, desde luego, es ésta una mejor explicación que la de recurrir a la idea de sustitución en el mandato, porque, con arreglo al artículo 1722 del CC, tal idea permitiría que el cliente se dirigiera contra los profesionales en cuanto «sustitutos» de la sociedad mandataria; sin embargo, hay que tener en cuenta que la sustitución en el mandato sí supone la desaparición del mandatario en la relación y, también, por lo mismo, la desaparición de su eventual responsabilidad. Ello conduciría a que el único responsable frente al cliente (que no prohibió la sustitución) fuera el profesional sustituto. Pero el problema es que ni el subcontrato ni la sustitución logran explicar el fenómeno, por la sencilla razón de que en la gran mayoría de los casos, por no decir que siempre, no es que la sociedad reciba un encargo de sus clientes para, a continuación, buscar en el mercado qué profesionales son los más adecuados y celebrar con ellos el contrato que tengan a bien, incorporando a los mismos a su plantilla de socios o de dependientes. Todo lo contrario: la relación entre los profesionales y la sociedad preexiste a la relación entre ésta y el cliente. Y por otra parte, la extinción de la relación entre sociedad y cliente no determina que se extinga las que aquélla mantiene con su plantilla. Son, en fin, vidas paralelas.

34.1.- ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES

La labor jurisprudencial sigue la senda que lleva a la solidaridad de los responsables y hacia la contractualización de los daños producidos en un claro esfuerzo de reforzar la tutela judicial de los perjudicados por daños varios sufridos con ocasión del desenvolvimiento del tráfico societario.

En jurisprudencia de hace no demasiado tiempo se ha llegado a admitir que la relación entre los afiliados a la Seguridad Social y los pacientes que son víctimas de negligencia médica en los centros sanitarios públicos es «propia contractual», algo que, a mi juicio, es disparatado, aparte de contrario a lo que dice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para que así se pueda mantener que la reclamación de

responsabilidad planteada siete años después de sobreseídas las actuaciones penales no se encuentra prescrita (sentencia de 30 de diciembre de 1999)¹¹⁸¹ .

De manera parecida, la sentencia de 26 de enero de 1984 resulta muy curiosa. A consecuencia de ciertas filtraciones de aguas residuales en los locales del piso bajo de un edificio de Palma de Mallorca, se produjeron diversos daños a la entidad demandante, que los reclamaba a la sociedad que tenía a su cargo el servicio público de alcantarillado de la ciudad. El Tribunal Supremo declaró que la responsabilidad era de carácter contractual, siendo entonces aplicable el plazo de prescripción de quince años, artículo 1964 del CC, no el de un año de la responsabilidad aquiliana¹¹⁸². O lo que es lo mismo, el Ayuntamiento tenía contrato con la adjudicataria que mantenía la red, pero a su vez los ciudadanos de Palma mantienen con sus impuestos la posibilidad de que ese servicio municipal se preste a través de contratos con las empresas concesionarias y contratistas. Luego cabe pensar, según eso, que la relación entre el ciudadano cuyo local se inundó de aguas fecales y la empresa privada contratada por el Ayuntamiento era «un poquito contractual».

Eso sí, hay veces en las que esta «contractualización» es impecable, y contribuye a recordar que los contratos vinculan a muchas más cosas de las que puedan deducirse de lo estrictamente pactado. Paradigmático el supuesto de la sentencia de 20 de diciembre de 2004: La sentencia del Tribunal Supremo entiende que la agresión sufrida se produjo

¹¹⁸¹ En efecto, aquella niña había fallecido después de que en el Hospital del INSALUD no se le detectase a tiempo la apendicitis. Tras el sobreseimiento penal, la demanda se presentó casi siete años después, entendiendo el Juzgado y la Audiencia que la acción estaba prescrita. Pero el Tribunal Supremo prefiere entender que la relación entre el INSALUD y el afiliado (padre de la menor) tiene carácter «propiaamente contractual» (cosa de la que, según la sentencia, «no cabe duda»), y que el plazo aplicable era el de quince años. El Voto Particular de Gullón Ballesteros recuerda, con citas concretas de jurisprudencia constitucional, que las prestaciones de la Seguridad Social no se apoyan en un marco contractual, cosa que después ha reiterado con claridad meridiana la sentencia de 12 de febrero de 2000.

¹¹⁸² «Es indudable que entre la empresa recurrente y la demandante y actual recurrida existía una relación jurídica, si no contractual de derecho privado, al menos enmarcada en el ámbito de los servicios municipales, por virtud de la cual la recurrente se hace cargo de la conservación y reparación de la red de alcantarillado a cambio de la percepción de una suma periódica a la que contribuye la recurrida» (STS 26 de enero de 1984).

dentro de la órbita del contrato de transporte¹¹⁸³. Siendo ello así, se declara «incuestionable que en relaciones contractuales de la naturaleza de la que nos ocupa, entre los deberes de protección aludidos debe incluirse el que incumbe a la compañía de transportes demandada de velar (...) por que no sufran daño alguno las personas que, para la utilización de los servicios que aquella entidad ofrece, hayan de transitar por los espacios que forman parte de las estaciones construidas para posibilitar la prestación de los mismos. Espacios que no comprenden solamente los de las vías y andenes, sino también

Más allá de la contractualización del daño, podemos planteamos la cuestión relativa a

35.- LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES: SOCIETARIA Y EXTRA CONTRACTUAL

Hay hipótesis que pueden referirse a daños causados a las personas o a las cosas en el curso de ejecución de contratos (como el de transporte o el de depósito), celebrados por la sociedad o incluso por los socios en cumplimiento o desarrollo del fin social; pero en todos estos casos la alternativa es siempre la misma: o el daño acaeció con ocasión de la prestación y no como consecuencia de vulneración de los deberes derivados de esta, y entonces la responsabilidad es extracontractual, o sucedió justamente al revés, es decir como consecuencia de la vulneración de aquellos deberes y no de la ejecución de esta, y entonces la responsabilidad es contractual¹¹⁸⁴.

¹¹⁸³ «el artículo 1258 del CC, dentro de su función integradora de las estipulaciones de los interesados, establece reglas de conducta de carácter imperativo, ajenas a las voluntades de aquéllos, que responden a una concepción social de la función del contrato y que vienen a imponer especiales deberes de conducta en favor de la parte más débil, ampliando el contenido obligacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Esta es la clave de la doctrina proteiforme de la STS 20 de diciembre de 2004, extiende en el tiempo y en los esfuerzos la responsabilidad originariamente surgida en virtud de una relación contractual.

¹¹⁸⁴ Esta existencia conjunta de dos tipos de responsabilidad, cuando en la realidad el daño materialmente considerado es idéntico y en consecuencia abonaría la existencia de un solo tipo de responsabilidad (tal como sucede en gran medida en el derecho inglés y por extensión, en todos los países de la Common Law: decimos en gran medida porque dicho sistema no deja de distinguir los unliquidated damages y los liquidated damages, lo que no deja de ser una proyección, a la hora de fijar los daños, de la distinción entre tort y contract), provoca no pocos problemas que conviene tratar de una manera separada, no mezclando los

Si esto es así ¿por qué se plantea esta cuestión? La razón es clara y de índole práctica y consiste, como es bien fácil representarse, en que lo que se ha dicho sobre la distinción del daño con ocasión o por consecuencia puede ser de imprecisos perfiles, generando «casos dudosos» y no se puede denegar una justa reparación: a) porque el demandante haya invocado solo una de las normas de uno de los tipos de responsabilidad, de tal modo que el Juez estuviera vinculado por esta alegación. b) porque al elegir una de las dos vías, después de haber empleado otra, se viera afectada la segunda por la litispendencia o por la cosa juzgada. c) porque no se permita la opción entre una u otra pretensión, formulada de manera alternativa u subsidiaria. Si se analiza con detenimiento el otorgamiento de las facultades correspondientes para evitar que no resulte resarcido injustamente un daño, veremos que hay que conceder todas las posibilidades anteriores. Ahora bien, esto no es sino consecuencia de la distinción de la «pretensión en sentido procesal»¹¹⁸⁵, o por decirlo de otra forma, el relato histórico o relación de hechos que constituyen el soporte fáctico de la demanda, y la petición de declaración y condena, y de la «pretensión en sentido material», que no sino otra cosa que la razón jurídica de pedir: derecho subjetivo, facultad, interés legítimo, interés difuso) añádase a esta diferenciación entre «pretensión en sentido procesal» y «pretensión en sentido material», la virtualidad del principio *iura novit curia* para comprender con facilidad que son solo razones de índole procesal para facilitar la reparación en supuestos dudosos lo que lleva a afirmar la posibilidad de la concurrencia de dos vías procesales. Sin embargo, en manera alguna significa que un supuesto de hecho pueda ser al tiempo de responsabilidad societaria o de responsabilidad aquiliana o extracontractual.

Cuestión distinta, aunque íntimamente relacionada con la anterior, es la de si cabe acumular responsabilidad societaria y aquiliana o extracontractual, de forma que el dañado pueda optar por una u otra pretensión. La negativa a esta respuesta se conoce con el nombre de «tesis de la no acumulación» la respuesta positiva se conoce con el nombre de «tesis de la acumulación», siempre en el caso de la aceptación de esta en el bien entendido de que no puede obtenerse doble indemnización por un mismo daño. Una mínima coherencia con lo que llevamos expuesto nos lleva a optar por la «tesis de la no acumulación», aunque no cabe negar la existencia de numerosa jurisprudencia a favor de

unos con los otros, como hace en bastantes casos la doctrina y la jurisprudencia, tal vez en la plausible búsqueda de una solución para el caso concreto.

¹¹⁸⁵ Se configura como la suma de la causa petendi y del petitum.

la tesis de la acumulación; jurisprudencia tan numerosa y contradictoria, como confusa, casi siempre dictada al arrastre de una falta de distinción técnica entre «pretensión en sentido procesal» y «pretensión en sentido material», cuando no de vagos sentimientos de justicia, olvidando la exigencias del sistema frente al cual no puede permitirse, como muy bien dice PANTALEÓN¹¹⁸⁶ el argumento de que la existencia de un contrato no debe eliminar la protección la responsabilidad extracontractual, de la que habría gozado el perjudicado si dicho contrato no se hubiera celebrado, pues a ella puede oponerse la idea de que no debe permitirse que la aplicación de los preceptos de aquella responsabilidad desbarate la específica distribución de riegos entre los contratantes, a tenor de sus acuerdos o de la ley: exigencia ésta intrínseca al sistema sin que tampoco como ha demostrado certeramente el mismo autor, la «tesis de la acumulación» reporte ventaja alguna al que ha padecido el incumplimiento contractual, siempre que se tenga bien claro lo que hemos dicho anteriormente en relación con el tratamiento procesal de los «casos dudosos», que no tienen por qué generar indefensión alguna, si se parte del buen entendimiento de aquellas cuestiones procesales. En pocas palabras, y como tantas veces sucede en el campo del Derecho, puede acaecer que existan «casos dudosos», y no se debe permitir que la duda redunde en una injusta ausencia de protección; pero ello no debe ser solucionado desde la afirmación apriorística de que hay casos en los que se confunde intrínsecamente el daño contractual con el extracontractual; y mucho menos vulnerando las exigencias del sistema, que no son ni artificiales ni caprichosas.

Unos mismos hechos no pueden dar lugar indistintamente a las dos pretensiones. Lo que sí es posible es ejercitarlas alternativa o subsidiariamente, como concede por razones de economía procesal el art. 71.4. El momento procedimental para tal acumulación, que supone argüir desde dos razones profundamente distintas y dos regímenes profundamente distintos, por un lado un hecho dañoso al que se considera acto jurídico en sentido estricto, es decir, que produce solo efectos *ex lege*, y por otro una conducta que supuestamente vulnera la *lex contractus*, a cuya reglamentación concreta inter *partes* habrá que estar para ver si efectivamente se produce el incumplimiento de un programa obligatorio pactado, no puede ser otro que la demanda.

No es de recibo que se pretenda que sin la acusación de vulneración de un deber contractual el demandado excepcione contra él, con plenitud de garantías, más allá de invocar un plazo de prescripción; ni es de recibo que la cuestión sea una pura cuestión de

¹¹⁸⁶ Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, II, 1991, sub art. 1902, pág. 1979

selección de norma aplicable por el Juzgador¹¹⁸⁷, amparada por el principio *iura novit curia*; ni hacen falta discusiones teóricas a la hora de identificar la *causa petendi*¹¹⁸⁸, recurriendo a la teoría de la sustanciación o de la individualización¹¹⁸⁹ desde el instante en que se tenga clara que la calificación de una infracción del ordenamiento jurídico como culpa extracontractual o culpa contractual, exige calificar el relato histórico de los hechos, porque los hechos en sí mismos son distintos desde el instante en que hay que establecer, en operación fáctica-jurídica inescindible si han vulnerado el genérico *neminem laedere*, para lo que basta cualquier tipo de culpa (*in Lege Aquilia ex levissima culpa venit*), y causas de justificación distintas: estado de necesidad, legítima defensa, culpa de la víctima, o deber de soportar el daño....o si se han vulnerado los parámetros de la conducta debida *ex contractu*, que exige apreciaciones bien distintas, y por ello consecuencias distintas, y excepciones distintas: demostración del caso fortuito o la fuerza mayor, graduación de la culpa, compensación, incumplimiento contrario, existencia de vicios de la voluntad, retraso desleal (*Verwirkung*) en el ejercicio del derecho..., parciariedad o solidaridad en el cumplimiento....y solo como una más, el distinto plazo de prescripción. Es evidente que la llamada *editio actionis* dejó de ser un requisito hace largo tiempo, pero que los fundamentos jurídicos pueden conformar la *causa petendi* es obvio para la doctrina¹¹⁹⁰ y para la jurisprudencia que no considera ilimitado el principio *iura novit curia*¹¹⁹¹ Estando integrada la litis por demanda y

¹¹⁸⁷ La calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos. Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001).

¹¹⁸⁸ La identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi [causa de pedir], es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007).

¹¹⁸⁹ La relatividad de esta teoría se pone de manifiesto DE LA OLIVA SANTOS, Andrés:””, Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, 2005, págs. 51-72.

¹¹⁹⁰ Tapia Fernández, Isabel: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, coordinados por Cerdán Moreno, 2011 sub. art. 218, pág 1077-1078.

¹¹⁹¹ Paradigmática y reciente STS (civil) de fecha STS (Civil) 29 de marzo de 2010. Fundamento sexto: «En el motivo quinto se denuncia infracción por la Sentencia recurrida recurrida del principio de congruencia con las pretensiones postuladas y de respeto a la causa de pedir postulada para las mismas, con violación del artículo 218.1 de la LEC al condenar al cambio de denominación social GRUPO PUMA 1982, S.L. El motivo se estima porque la resolución recurrida adopta la decisión del cambio de denominación de la

contestación sobre la exigencia de responsabilidad extracontractual, la alegación en la audiencia de que existe responsabilidad societaria, es, sin duda una *mutatio libelli*, y ello con independencia de los planteamientos teóricos de la sustanciación o individualización, porque llevarían al mismo resultado, dado que en este caso los «hechos» vienen conformados por la «pretensión en sentido material».

No es argumento contra lo dicho el principio de la llamada «unidad de la culpa civil», expresado en la jurisprudencia, de modo ciertamente confuso y heterogéneo, con la excepción de alguna sentencia¹¹⁹² que habla de «tutela judicial unitaria de la culpa civil», con correcta visión de que el problema consiste en que una misma jurisdicción, de acuerdo con sus reglas de competencia, y por supuesto de acuerdo con las exigencias del rito, expresadas en la demanda, puede: a) utilizar las normas de la responsabilidad societaria para cubrir lagunas de la parca regulación de la responsabilidad extracontractual b) resolver en un único proceso si procede uno u otro tipo de responsabilidad. Esto no lo niega nadie, y las más de las sentencias citadas, cubren esas

sociedad codemandada en la perspectiva de un conflicto entre denominaciones sociales, y con base exclusiva en el Derecho societario (arts. 407 y 408 RRM, en relación con el artículo 2.2 TRLSA, lo que no fue planteado en la demanda. Una cosa es el conflicto de una marca o un nombre comercial con una denominación social y otra distinta entre dos denominaciones sociales. La propia resolución recurrida así lo reconoce en los fundamentos de derecho octavo y noveno al discurrir sobre el distinto régimen jurídico aplicable. Planteadas las acciones de la demanda en el ámbito de los derechos de la propiedad industrial, competencia desleal y publicidad, no cabe resolver el conflicto con base exclusiva en la normativa societaria. La aplicación de ésta no puede justificarse como un mero cambio de la norma jurídica aplicable, pues se trata de una alteración sustancial de la fundamentación jurídica que implica un planteamiento diferente que excede del ámbito del principio «*iura novit curia*».

¹¹⁹² STS de 12 de febrero del 2000 fundamento tercero: «La diversidad reguladora de citadas responsabilidades encuentra su principal diferencia en la praxis para la correspondiente tutela procesal en materia de prescripción, pues, así como a la fundada en esa relación laboral su plazo es el bien razonable de 5 años, en la de responsabilidad contractual es de 15 años ex artículo 1964 del CC, mientras que en la extracontractual rige el citado de 1 año, ex artículo 1968.2 CC, plazos tan dispares que, incomprensiblemente, se mantienen en nuestro Derecho Positivo y que, sin duda, producen una incesante polémica aplicatoria por las lógicas tensiones que emergen de las explicables aspiraciones de los afectados que ante el temor de padecer ese severísimo plazo anual, pretenden gozar del también del desmesurado de 15 años suplantando con frecuencia acciones extracontractuales evidentes acomodaticias contractuales con la consiguiente diatriba de su acogimiento jurisprudencial, semilla, tal vez, de la discutible tesis de la unidad de culpa civil, desvío que, acaso, pueda corregirse merced a la llamada "tutela procesal unitaria de la culpa civil".

necesidades, invocando «la unidad de culpa civil», sin que ello sea más que una frase retórica, que llevada a sus últimas consecuencias, es incorrecta, si se pretende que el ilícito contractual y el extracontractual son idénticos. En efecto, y en puridad, y transcribimos a la letra la opinión del gran maestro civilista Luis Diez-Picazo Ponce de León: «...el llamado principio de unidad de la culpa civil es una falacia. Evidentemente no es la misma situación en que se encuentra quien ha comprometido su actividad o el resultado de ella frente a otro y que, como consecuencia de este compromiso aceptado, se encuentra en una situación que le coloca notoriamente ante un tipo de deberes, frente a quien causa daños frente a otro sin previa relación jurídica, ni especial compromiso. El contrato, además de ser una reglamentación de intereses que las parte efectúan, puede contener no sólo reglas sobre la diligencia a prestar (art. 1104 *in fine*), sino lo que es más importante, especial distribución de los riesgos y especiales definiciones de la responsabilidad. Por ello se puede decir que quien después de adoptar y aceptar este tipo de compromisos y las formas de distribuir el riesgo y la responsabilidad, acude, para fundar su demanda, a la reglas de la responsabilidad extracontractual, está haciendo algún tipo de trampas en el juego, que deben determinar la inadecuación de la demanda»¹¹⁹³

36.1- CRITERIOS REGULADORES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHO COMPARADO, EXTRAPOLABLES AL ÁMBITO SOCIETARIO.

Procedemos a la revisión de los más relevantes modelos jurídicos europeos que abordan la articulación, alcance y efectividad de la responsabilidad patrimonial. Ante todo, como premisa, se efectúa un recorrido de presentación de los diversos principios que inspiran cada uno de dichos enfoques reguladores, los cuales resultan desde luego extensibles al ámbito societario, pues ofrecen una cobertura acoplable a todas las relaciones jurídicas con vocación generalizadora de forma que no es posible hallar reproche o inconveniente alguno a su aplicación al haz de relaciones jurídicas nacidas al socaire de un contrato de sociedad, en aquellas circunstancias dañosas derivadas de la concurrencia de un ilícito contractual o extracontractual.

¹¹⁹³ Derecho de daños, 1999, pág. 263

En aquellos sistemas donde se percibe de forma notoria y explícita el seguimiento de las huellas del Derecho Romano, como sucede en los casos del Code francés, del Código italiano o del Código Civil español, es indudable la presencia de dudas interpretativas relativas a aspectos diversos como puedan ser, las distinciones actualmente existentes sobre los grados de culpabilidad o bien el origen de la responsabilidad; distinciones éstas que suelen ser utilizadas para fijar una mayor o menor extensión del perjuicio resarcible. Por razones de justicia material, podría esbozarse cierta simplificación de los sistemas, de forma que se prescindiera de clasificaciones y conceptos oscuros y de difícil precisión, como son la previsibilidad y el daño directo o necesario. La razón de todo ello estriba en el firme propósito no sólo intentar poner fin a problemas interpretativos, sino también a la situación de inequidad que significa, ante idéntico perjuicio, dar reparación más amplia a unos que a otros. En resumen, se anhela un sistema de reparación integral para todos, cualquiera sea la fuente de la responsabilidad y el grado de culpa del responsable. Para lograr tal propósito, ¿en qué espejo nos debemos mirar? Pues bien, en este contexto, el sistema alemán aparece como el modelo a seguir: sencillo, sin distinciones ni conceptos ambiguos, y con reparación total para el dañado, cualquiera sea el grado de culpa en que haya incurrido el responsable¹¹⁹⁴. Sin embargo, llevado a la práctica, esto resulta más aparente que real, por simple razón de que la sencillez del BGB -por no decir su parquedad- ha originado serias dificultades en la práctica, circunstancia que lo ha hecho merecedor de fuertes críticas por parte de su doctrina. Dificultades y críticas que impiden estimarlo como una alternativa viable para el reemplazo de nuestros sistemas romanistas.

Dicho esto, procedamos a la revisión de los principales sistemas jurídicos, en cuanto al enfoque que proporcionan a la hora del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, su efectividad y el alcance de la misma.

En vista de lo anteriormente avanzado, comencemos con la exposición de la solución aportada frente a la problemática concerniente a la responsabilidad por el ordenamiento jurídico alemán.

¹¹⁹⁴ Hay que tener en cuenta que la reforma del BGB del año 2002 se dio una nueva redacción al artículo 276; sin embargo, se mantuvo el principio de responsabilidad del deudor por dolo o culpa. Por ello se dice que la reforma implicó una mejor redacción del precepto; pero no alteró el fundamento de la responsabilidad, y, en realidad, nada cambió. Ver AlbiezDohrmann, Klaus: “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma del BGB”, en ADC, t LV, 2002, p.1168.

36.1.- REGULACIÓN ALEMANA

El sistema de reparación del daño estructurado en el BGB presenta profundas diferencias con el de inspiración francesa; circunstancia que por lo demás tanto autores germanos como latinos han hecho notar¹¹⁹⁵ Reconocido lo anterior, debemos advertir que no se pretende realizar una descripción detallada de las diferencias entre ambos sistemas, ni tampoco efectuar una visión pormenorizada del derecho a la indemnización en Alemania. El objetivo perseguido es más sencillo: indicar los aspectos más relevantes de la normativa germana sobre reparación del perjuicio, deteniendo nuestro análisis en el aspecto que interesa al presente estudio, esto es, la solución dada al problema del quantum resarcitorio.

Aclarado lo anterior, partamos por indicar que los párrafos 249 a 255 del BGB, encargados de regular el modo y forma en que deben resarcirse los perjuicios, así como la extensión de la pretensión indemnizatorias, son de aplicación general¹¹⁹⁶ sin importar el fundamento específico de la obligación de resarcir¹¹⁹⁷En consecuencia, en Alemania el quantum indemnizatorio tiene una regulación unitaria, sin distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual¹¹⁹⁸, como hacen los códigos de inspiración latina.

El § 249 consagra dos ideas fundamentales para el régimen indemnizatorio: el principio del restablecimiento y el principio de la reparación íntegra, los que analizaremos a continuación.

¹¹⁹⁵ A título de ejemplo, entre los autores españoles pone de relieve la divergencia existente entre ambos sistemas, Roce en sus Acotaciones al libro de Fischer, Los daños civiles y su reparación, cit., págs. 278 y ss. Entre los alemanes subraya esta diferencia Coing, Helmut, Derecho privado europeo, traducido por Pérez Marín, Antonio en , t. II, España, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 574 y ss.

¹¹⁹⁶ Normas que se conocen bajo la denominación de derecho de responsabilidad civil en sentido estricto. En este sentido, Hans-Bernd Schäfer, Otto Claus, Manual de análisis económico del Derecho, traducción de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Madrid-España, Tecnos, 1991, págs. 151, 181 y 182. Véase, además, Larenz, Karl: "Derecho de obligaciones" t.1. Versión española de Jaime Santos Briz, Madrid-España, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 192-193.

¹¹⁹⁷ Sin perjuicio, en cualquier caso, de algunas normas complementarias atendiendo a la naturaleza específica de la obligación resarcitoria.

¹¹⁹⁸ Weyers, Hans-Leo: «La reforma del derecho de la contratación en Alemania», ponencia presentada en Congreso Internacional de reforma del derecho contractual y protección de los consumidores. Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1996, p. 20, Fischer, op. cit. p.141.

El BGB, manteniendo la tradición de los Derechos germánicos, tiene como una de sus características sobresalientes la primacía del principio del restablecimiento o reparación in natura, sobre la indemnización en dinero o en metálico. Según este principio, no basta con pagar una suma de dinero equivalente a la pérdida de valor del patrimonio, sino que el obligado a la indemnización debe restaurar el estado de cosas tal y como se encontrarían si el evento dañoso no hubiese ocurrido, y el patrimonio debe volver a su composición concreta. Por ejemplo, si el perjuicio consiste en la rotura de un cristal, el patrimonio se restaurará al estado anterior poniendo otro; si se daña un vehículo, éste debe ser debidamente reparado, etc. De esta forma, se protege el llamado interés de conservación o de integridad, y se ahorra al acreedor el esfuerzo de tener que dedicar un tiempo determinado a la reconstrucción de lo dañado.

Los autores hacen presente que si bien el § 249 II contempla el pago de una suma de dinero -lo que podría hacer pensar que estamos ante un caso de reparación en metálico-, se trata en verdad de un caso de restablecimiento o reparación in natura, que también protege el interés de conservación y no el mero interés del valor. La única diferencia con el caso del § 249 I sería que aquí el perjudicado, en lugar de la reposición o restablecimiento efectivo, exige el dinero necesario para conseguirlo.

De lo expuesto, resulta que en el Derecho alemán la indemnización en metálico tendrá lugar únicamente en los casos señalados en el § 250 (plazo prudencial otorgado al obligado para reparar el daño, indicándole que vencido éste no se admitirá su reparación) y en el § 251 (no es posible la reparación directa, ella es insuficiente, o solo es posible mediante gastos desproporcionados).¹¹⁹⁹

Como ya indicamos, el § 249, además del principio del restablecimiento, establece el principio de la reparación íntegra, según el cual debe indemnizarse todo el perjuicio causado, sin que el grado de la culpa o la previsibilidad subjetiva del alcance del daño puedan limitar el quantum resarcitorio. En otras palabras, aunque el deudor haya incurrido en una negligencia leve, debe reparar la totalidad del perjuicio, sin posibilidad de eludir o aminorar su responsabilidad. Como contrapartida lógica, la obligación

¹¹⁹⁹ Larenz, Derecho de obligaciones vol I, traducido al español por S.Briz, editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 227 y ss. Medicus, Dieter, edición española Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona-España, 1995, pág. 268. Y Fischer, Los daños civiles y su reparación. Madrid, 1928, p. 172 y ss.

resarcitoria nunca puede sobrepasar la cuantía del daño, ni siquiera cuando exista dolo, porque no se trata de una pena privada¹²⁰⁰.

El sistema alemán puede considerarse el prototipo del ordenamiento que fija los límites de la indemnización “sobre criterios puramente objetivos, es decir, prescindiendo en absoluto del grado de culpabilidad del obligado y atendiendo tan sólo a la entidad de los daños y su derivación causal con el hecho que fundamenta el deber de indemnizar”¹²⁰¹. Ahora bien, el § 254 comprende dos deberes que logran moderar el rigor de la reparación íntegra: el deber de mitigar el daño y de informar sobre el peligro de un perjuicio anormalmente alto¹²⁰². Volveremos más adelante sobre este aspecto.

Lo expuesto se deduce, que el BGB no tiene cabida la previsibilidad ni la facultad moderadora de la responsabilidad en atención al grado de culpa del responsable, y además considera resarcible incluso los perjuicios indirecto¹²⁰³. En otras palabras, están ausentes los criterios clásicos del sistema latino para impedir una indemnización desmesurada, y, en general, se encuentra desprovisto de toda limitación al quantum resarcitorio. Ante esto, surge la pregunta que parece obvia: ¿Por qué el legislador alemán prescinde de todo elemento de delimitación del daño?

Una primera razón la encontraríamos en el concepto mismo del perjuicio que manejaba la doctrina alemana imperante al momento de redactarse el BGB. Nos referimos a la concepción del daño abstracto o matemático propio de la *Differenztheorie*,

¹²⁰⁰ León, Gravedad del daño y extensión de Weyers, La reforma del derecho de la contratación en Alemania”, ponencia presentada en Congreso internacional, sobre reforma del derecho contractual y la protección de los consumidores, Zaragoza, 15 – 18, pág. 21; Medicus, Tratado de las relaciones obligacionales, edición española Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona – España, 1995 págs. 267 y ss.; Fischer, Los daños, cit. pags 37 y 38.

¹²⁰¹ Véase León, Gravedad del daño, cit. p. 4 y 5.

¹²⁰² El § 254 establece también la concurrencia de culpa; pero ella no cumple la finalidad de moderar la responsabilidad, sino de fijar el daño que efectivamente causó el responsable.

¹²⁰³ Larenz expresa que la doctrina alemana no se ha preocupado de la clasificación entre daños directos e indirectos, porque el BGB establece la indemnización de ambos cit., pág. 194. Ver también Von Tuhr, A., Tratado de las obligaciones, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Reus, reimpresión de la 1.ª edición, 1999, España, págs. 61 y 62. Sin embargo, se debe hacer presente que en Alemania los perjuicios directos e indirectos se identifica más bien con la clasificación de los daños *circa* y *extra rem*, lo que tiene importancia para explicar las razones que tuvo el legislador alemán para prescindir de los criterios limitativos.

según la cual la indemnización se determina mediante un cálculo diferencial perjuicio¹²⁰⁴; teoría no es sólo la herramienta o el mecanismo que permite la medición del quantum, sino que además constituye el fundamento o la razón que llevó al BGB a adoptar un sistema de reparación íntegra.

Para explicar lo anterior, partamos por indicar que en el año 1855 Friedrich Mommsen¹²⁰⁵, en su obra *Zur Lehre vom Interesse*, planteó la teoría o hipótesis de la diferencia. Según ella, el daño o interés se define como la disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del perjudicado y el valor que habría tenido de no verificarse el hecho dañoso. En otras palabras, el perjuicio a resarcir se obtiene de la comparación de dos situaciones: la hipotética que existiría de no haber intervenido el acontecimiento que obliga a indemnizar y la actual realmente existente¹²⁰⁶. Como consecuencia de esta forma de cálculo, en la *Differenztheorie* no tiene cabida las limitaciones que el Derecho común había establecido, como son la previsibilidad y la disminución de la obligación resarcitoria atendiendo al grado de culpa del responsable.

La teoría de la diferencia -y su concepción del daño-, se impuso muy rápidamente en la doctrina germana, y fue la que se tuvo en vista al momento de fijar las normas del quantum en el BGB. Esta circunstancia habría determinado la adopción del sistema de

¹²⁰⁴ Medicus, *Tratado*, cit. pág. 272, Schäfer y Claus, *Manual*, cit., pág. 182, e InfanteRuiz, Francisco José, “la reforma del derecho de daños en Alemania”. *RdP*, nº 11, p.145.

¹²⁰⁵ Para Hagen, fue Hotman el verdadero padre de la idea, que pasará luego a Mommsen a través de Pucha y Unterholzner. Así se indica en Pantaleón, Fernando: *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del derecho de daños*, tesis inédita, 1981, p.8 nota 1.

¹²⁰⁶ La expresión interés, utilizada por Mommsen como sinónimo de la obtiene del Derecho Romano. En efecto, en el *Corpus Iuris* la indemnización del daño se denomina *id quod interest*, y de la palabra *inter est* infiere Mommsen una diferencia. En opinión de Honsell, Mommsen entendió incorrectamente la palabra *interest*, pues la expresión *id quod interest* no significa «lo que está entre», sino «lo que algo importa o interesa a alguien». Medicus, por su parte, indica que en el Derecho Romano pueden encontrarse cuatro significados para *id quod interest*, y uno de ellos, aunque no el más común, sí equivale a la expresión «lo que está entre». Sin embargo, el Derecho Romano la utiliza en su sentido diferente al de la teoría de la diferencia, pues no se refiere al patrimonio en su totalidad, sino a un bien singular. Para mayores antecedentes, puede verse: Medicus, Dieter, *Id quod interest. Studium zum römischen Recht. des Schadensersatzes*, Alemania, 1962, págs. 300 y ss.

reparación íntegra en el Derecho alemán¹²⁰⁷ y la exclusión de criterios como la previsibilidad del daño.

Otra razón para prescindir de toda limitación al perjuicio indemnizable, sería la confusión que existió en el derecho precodificado respecto a los conceptos de daño circa y extra rem. Aunque esta clasificación ha sido objeto de las más variadas y encontradas interpretaciones, podemos decir, en términos generales, que se entiende por perjuicio circa rem el sufrido en la cosa misma objeto de la obligación, y por extra rem el sufrido en los demás bienes del acreedor. El problema se presentó porque los pandectistas alemanes confundieron o identificaron esta clasificación con la moderna distinción de daño directo e indirecto¹²⁰⁸; y a consecuencia de esta confusión, les resultó absolutamente injustificado limitar la responsabilidad del deudor únicamente a los directos o, lo que era lo mismo en su pensamiento, a los circa rem, esto es, a los sufridos exclusivamente en la cosa misma objeto de la obligación. Más injustificado resultaba aún, dentro ya de los propios daños circa rem, indemnizar únicamente a los que eran previsibles. Desde esta perspectiva, era lógico estimar que tanto los perjuicios directos como los indirectos debían ser indemnizados, sin que importara su falta o no de previsibilidad¹²⁰⁹

¹²⁰⁷ Coing, Derecho Privado págs. 576 y ss. Ver también la respuesta dada por Fischer en Los daños, cit., a quienes sostienen que la hipótesis de la diferencia no es conciliable con el sistema de reparación natural o efectiva establecida en el § 249, págs. 18 y ss

¹²⁰⁸ La doctrina alemana mantiene donde la indemnización la identificación entre la moderna clasificación de daño directo e indirecto y la romana de daño circa rem y extra rem, como se aprecia de los ejemplos dados por los autores. De estos mismos ejemplos, se puede percibir que estiman indemnizables no sólo los daños extra rem propiamente tales, sino también los perjuicios indirectos según el sentido dado por el Code. Así, Larenz -Derecho de obligaciones, cit., pág. 194-, señala como perjuicio indirecto aquel que «no se manifiesta en el mismo objeto que sufrió el daño, sino únicamente en el patrimonio del perjudicado». Von Tuhr -Tratado, cit., págs. 61 y 62-, da como ejemplo el deterioro de una máquina, donde el daño inmediato sería la disminución de su valor y las consecuencias ulteriores serían el paro de la industria con el perjuicio por pérdidas de ganancias, agregando que puede también sobrevenir el vencimiento de una pena convencional por demora. Este mismo autor, en nota al margen, hace presente la diferencia con el derecho francés, heredero de las enseñanzas de Pothier, tenía una amplitud tan extendida.

¹²⁰⁹ Carrasco, «Comentario al art. 1107», en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, cit., págs. 715 y ss., y Pantaleón, Fernando, «El sistema de **responsabilidad contractual** (Materiales para un debate)», cit., pág. 1087.

En relación específica al criterio de la previsibilidad, es posible encontrar otro argumento por parte de los redactores del BGB para excluirla, y se trataría de una razón de carácter dogmático. En efecto, la decisión de limitar la indemnización a los perjuicios previsibles presupone concebir al contrato mismo como el fundamento de la responsabilidad. En cambio, cuando la fuente de la obligación de indemnizar daños contractuales es la conducta dolosa o culposa del deudor causante del incumplimiento, la única previsibilidad a tener en cuenta es la de la causalidad adecuada que, a diferencia de la anterior, toma como base el momento de la realización de la conducta o hecho imputable.

Debido a que para el BGB y la doctrina alemana la culpa es el fundamento de la responsabilidad tanto contractual como extracontractual, no puede la previsibilidad del daño al momento del contrato ser un límite a la indemnización debida. Ello, a diferencia de los códigos latinos, en que la culpa no es presupuesto constitutivo, sino el caso fortuito el presupuesto extintivo de dicha obligación, siendo aquí lógica la limitación de la previsibilidad¹²¹⁰

Hacemos presente, en todo caso, que algunos autores fueron de la opinión que el § 252 establecía la exigencia del requisito de la previsibilidad para el lucro cesante¹²¹¹. Pero se trató de una opinión aislada, rechazada por la casi totalidad de la doctrina. Por lo demás, los antecedentes históricos corroboran claramente la ausencia de tal criterio. Así, la memoria que acompañaba al proyecto del BGB expresaba: El deber de indemnización abarca todo el daño patrimonial, tanto las pérdidas positivas experimentadas como las ganancias frustradas y los menoscabos de todo género. Y el causante del daño responde aún de las consecuencias no previsibles¹²¹². No obstante lo anterior, y aunque se reconoce que la previsibilidad no tuvo cabida en el BGB, modernamente se ha intentado instaurar un criterio delimitador semejante por medio de la llamada *Schutzzwecklehre*, como tendremos oportunidad de ver.

36.1.1.- PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN

Ante los perjuicios resultantes de un incumplimiento, el BGB carece de reglas que le permita discriminar entre aquellos que deben indemnizarse y los que no. Por ello, la

¹²¹⁰ Pantaleón, Del concepto de daño, cit., págs. 566 y ss

¹²¹¹ Nos referimos a los autores Planck y Scherer, citado en Fischer, Los daños, cit., págs. 60 y ss.

¹²¹² Fischer, Los daños, cit., pág. 60.

determinación del daño resarcible se plantea en Alemania, casi exclusivamente, como un puro problema causal¹²¹³. La consecuencia de esta falta de criterios delimitadores es el riesgo es una extensión desmedida de la responsabilidad; circunstancia que, por lo demás, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina .¹²¹⁴

Por estas razones, los autores alemanes han criticado duramente a su sistema, pues se resiente de la falta de reglas que permitan limitar la extensión de los perjuicios, como sería la previsibilidad propio de los códigos latinos, o un poder moderador del juez, al estilo de la legislación suiza. La ausencia de estos criterios hace que dicho ordenamiento jurídico sea extremadamente duro al momento de imponer la obligación resarcitoria. Por lo mismo, se le da el calificativo del «todo o nada», pues o no impone ninguna obligación indemnizatoria o la impone por el total sin limitación alguna¹²¹⁵

Pero la doctrina no se ha quedado en la mera denuncia, y para superar las deficiencias del BGB en materia de regulación del quantum resarcitorio, proponen dos vías: una es reformar la normativa actualmente existente; la otra, acudir a teorías causales o de imputación de daños que suplan las deficiencias legales. Lamentablemente, ninguna de las dos ha llegado a buen puerto.

En relación con la propuesta de una modificación legal, se ha sugerido introducir en el Bürgerliches Gesetzbuch el criterio de la previsibilidad; sin embargo, la propuesta que más entusiasmo parece concitar es la dirigida a otorgar al juez facultad moderadora, siguiendo como modelo el Código de las Obligaciones suizo.

¹²¹³ Carrasco, Comentario, cit., pág. 718.

¹²¹⁴ En este sentido, Medicus Medicus, Tratado, cit., pág. 273, indica que tanto la teoría diferencial de cálculo del daño aplicable en Alemania como la teoría de la causación equivalente pueden llevar a una insoportable atribución de daños. Coloca el ejemplo de G que por un pequeño descuido de S sufre un accidente, que produce un ligero daño en el coche, donde el acuerdo de reparación con S dura sólo 10 minutos; sin embargo, al reanudar el viaje G sufre un daño de consideración debido a una colisión masiva. El retraso por el primer accidente es causa necesaria del segundo, pues no lo habría sufrido de no ser por la demora, ya que habría transitado antes de su ocurrencia. Si se considera según la teoría diferencial del cálculo del daño, la situación en que se encontraría sin el primer accidente, no incluía para G las consecuencias graves derivadas del segundo accidente.

¹²¹⁵ Weyers, "La reforma, cit. P. 21; Medicus, Tratado, cit, p. 272 y ss.

Ya en el año 1940, en un proyecto redactado por la Akademie für Deutsches Recht, se proponía una equitativa reducción de la indemnización en las hipótesis en que la culpa del dañado fuese bastante leve y la condena al resarcimiento pleno pudiese contradecir gravemente el sentido de justicia, considerando las condiciones patrimoniales de las partes u otras circunstancias del caso¹²¹⁶. Con posterioridad, existieron otros proyectos de reforma en análogo sentido.

Desafortunadamente, estas propuestas no lograron concretarse en ley¹²¹⁷. Pero lo que resulta aún más lamentable es el hecho de que ninguna de las dos grandes últimas reformas legislativas al BGB significó una modificación al sistema del quantum. Nos referimos a la Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts de 26 de noviembre de 2001¹²¹⁸, y a la Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften de 19 de junio de 2002¹²¹⁹. Si bien a esta segunda ley de Modificación de las disposiciones del

¹²¹⁶ Is sein Verhalten dem Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht oder nur in ganzgeringem Masse vorzuwerfen, so tritt eine angemessene Minderung der Haftung ein, wenn nach den Vermögensverhältnissen der Beteiligten und den sonstigen Umständen des Falles die Belastung mit dem vollen Ersatz dem gesundem Volksemfinden gröblich widerspräche (Par. 8 del Proyecto: Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, en Arbeitsbericht der Akademie für deutsches Recht, München-Berlin, 1940, núm. 14, pág. 92). Para más información, pueden verse: Reinhardt, Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadensersatzrecht en Arbeitsbericht der Akademie für deutsches Recht, núm. 14, München-Berlin, 1940, pág. 64 y ss. Y especialmente pág. 70 y ss.; Id., Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts, en Arch. civ. Praxis, 1943, pág. 147 y ss.; Esser, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, en Arch. civ. Praxis, 1943, pág. 121 y ss.; Minervini, Orientamenti verso la **responsabilità** senza colpa nella pifi recente dottrina straniera, en Giustizia civile, 1952, pág. 626 y ss. Y especialmente p 632 y ss. Ver también, León: "La gravedad de la culpa". Cit., p. 8 y ss

¹²¹⁷ Nos referimos al proyecto de reforma elaborado con motivo del 43.º Deutsche Juristentag del año 1960 y el anteproyecto de 1967.

¹²¹⁸ Ver Weyers Weyers, La reforma, cit., págs. 21 y 27, nota 9, y Trimarchi, Pietro, Causalità e danno, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1967, p. 92, nota 67.

¹²¹⁹ Esta Ley conocida por conocida como la Gro e Lösung y cuyo título en español se ha traducido como Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, ha sido calificadas como la ley con más importantes reformas desde la entrada en vigencia del BGB, y como la más profunda y meditada reforma del sistema alemán de obligaciones. Se indica que tuvo como detonantes la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico alemán las directivas 1999/44 de 25 de mayo de 1999, sobre las garantías de venta de bienes de consumo; 2000/35, de 29 de junio de 2000, sobre la morosidad de las operaciones comerciales, y 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico. Entre sus objetivos, estarían la mayor claridad y transparencia del ordenamiento jurídico alemán, la modernización del Derecho de obligaciones, recuperar la

Derecho de daños se le reconoce el mérito de introducir importantes cambios en la materia -que europeízan y modernizan el BGB-, ella no significó una alteración en la esencia del sistema indemnizatorio alemán. Y en relación específica al quantum, podemos decir que, salvo la inclusión de un segundo párrafo al apartado segundo del § 249, no existió modificación alguna al respecto¹²²⁰. Queda, pues, entregada a futuras reformas la esperanza de un cambio.

37.- EL CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES SUIZO

El régimen indemnizatorio del Código de las Obligaciones suizo presenta en muchos aspectos semejanzas con el establecido en el BGB; parecido que también se aprecia en materia de quantum resarcitorio, al acoger ambos el principio de la reparación íntegra. Pero no son sistemas idénticos. Así, en materia de extensión del daño, según

centralidad del BGB, reordenación de instituciones básicas del Derecho de obligaciones, codificar figuras jurisprudenciales y lograr un BGB más europeo e internacional. Para mayores antecedentes, puede consultarse AlbiezDohrmann, *Un nuevo Derecho de obligaciones*, cit., págs. 1133 y ss.; e InfanteRuiz, Francisco José, «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución». RDP, 2002p 153 y ss.

¹²²⁰ La Ley de Modificación de las disposiciones del Derecho de daños -la primera es la de 16 de agosto del año 1978- tuvo cuatro objetivos principales: 1. Adaptar el derecho a las necesidades actuales y mejorar la protección de las víctimas de daños, particularmente en el caso de lesiones personales; 2. Mejorar la situación de los niños en caso de accidentes de tráfico; 3. Concretar la responsabilidad en los accidentes de tráfico y en las lesiones por productos farmacéuticos, y 4. Adaptar hasta cierto punto el Derecho alemán de daños a los estándares europeos. Estos objetivos se tradujeron en diversas modificaciones, que a modo meramente esquemático pueden sintetizarse en las siguientes: 1.º Reforma de la responsabilidad por medicamentos. 2.º Introducción de la indemnización por daño moral en el Derecho general de daños, extendiéndose a los supuestos de responsabilidad objetiva y responsabilidad contractual. 3.º La exclusión de la compensación por daño ficticio. 4.º Aumento de los topes indemnizatorios en los sistemas de responsabilidad objetiva. 5.º La mejora de la posición de los niños en los casos de accidentes de tráfico. 6.º La ampliación de la responsabilidad de los conductores de vehículos a motor. 7.º La ampliación de la protección del derecho de autodeterminación sexual. 8.º La responsabilidad de peritos de Tribunal por opiniones erróneas. Para más antecedentes, ver InfanteRuiz, Francisco José, *La reforma*, cit., págs. 153 y ss.; Lamarca i Marquès, Albert y RamosGonzález, Sonia, «Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del Derecho de daños», *InDret* 3/2002, Barcelona, abril 2003 (www.indret.com); y Ulrich, Magnus, «La reforma del Derecho alemán de daños

veremos, el Derecho suizo tiene una fisonomía propia que justifica su análisis independiente.

Partamos por indicar que en la disyuntiva sobre régimen único o dual atendiendo a la fuente generadora de la obligación de indemnizar, el Código de las Obligaciones optó por un sólo sistema, aplicable tanto a la responsabilidad extracontractual como contractual. Para lograr esta unidad, el inciso final del art. 99 reenvía el régimen contractual a las normas establecidas para los actos ilícitos¹²²¹. De esta forma, el ordenamiento suizo se diferencia de los sistemas latinos, que mantienen una regulación dual, y se acerca, en este aspecto, al BGB. Sin embargo, más que una regulación unitaria propiamente tal, estamos, en realidad, ante una equiparación del régimen indemnizatorio de la responsabilidad extracontractual a la contractual. Esta situación no ha pasado inadvertida a la doctrina, que considera mal redactado el art. 99 inciso tercero¹²²², y ha discutido el alcance, total o parcial, de dicha equiparación. Específicamente, se discute la aplicación en materia contractual de los arts. 44 inciso segundo y 43 apartado primero, según tendremos oportunidad de referirnos.

Respecto a la forma de reparación, y conforme a lo dispuesto en el art. 43, el juez tiene la facultad para decidir en cada caso entre la reparación del perjuicio in natura o en dinero, aunque en la práctica es más frecuente la segunda¹²²³. Particularidad del Derecho suizo es también lo dispuesto en el apartado segundo de la disposición ya citada, que también permite al magistrado fijar la indemnización dineraria bajo una forma de renta. Como en todo ordenamiento jurídico, corresponde al acreedor el peso de la prueba de los perjuicios demandados. Sin embargo, en los casos en que el daño es cierto, pero no es posible la prueba estricta de su monto u ocurrencia, el art. 42 del Código de las Obligaciones confiere al juez la posibilidad de fijar equitativamente la indemnización.

InDret. 2/2003Barcelona abril 2003.

¹²²¹ Engel: "Traité des obligations en Droit Suisse", Bern, 1997, p.341

¹²²² Manzeaud. Henri, León y Tunc, André, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t. 2.º, vol. II y t. 3.º, vol. I; traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires-Argentina, 1961, pág. 288 núm. 1677-2, donde se califica de extremadamente peligroso el hecho de que un sistema carezca de ambas limitaciones a la vez (del daño directo y del daño previsible) como existe en el Código de Obligaciones Suizo.

En cuanto a la extensión del perjuicio indemnizable, el Código de las Obligaciones prescinde de las limitaciones propias de los sistemas latinos, representadas por las clasificaciones de daños previstos -imprevistos y directos- indirectos¹²²⁴. De esta forma, de igual forma que en el derecho alemán, rige el sistema de reparación íntegra ⁽⁶¹⁾. Como consecuencia de lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia suiza coinciden en que se debe indemnizar la totalidad del perjuicio efectivamente sufrido, calculado según la teoría de la diferencia ⁽⁶²⁾. ¹²²⁵ Sin perjuicio que lo anterior constituye la regla general, en determinados contratos las partes puedan someterse a normas

¹²²³ Engel, *Traité*, cit., pág. 343; y Jeanprêtre, Corinne, *La responsabilité contractuelle du directeur des travaux de construction*, Thèse, Université de Neuchâtel, Faculté de droit et des sciences économiques Staempfli+Cie SA, Entreprise d'arts graphiques, Berne, 1996, pág. 182.

¹²²⁴ Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Sentencia del Tribunal Federal de fecha 1 de octubre de 2001, ATF128 III 22, considerando 5 (www.bger.ch). Ver también ATF 127 III 73 considerando 3c y ATF 120 II 296, considerando 3b.

¹²²⁵ Nos referimos a los arts. 1.6 del Règlement SIA 102 (1984) y 1.6 del Règlement SIA 103 (1984), que establecen, para los contratos de construcción, limitaciones a la responsabilidad del arquitecto y del ingeniero, los que sólo responderán del daño directo. En todo caso, el alcance esta limitación es discutida, pues se considera ambigua la limitación al daño directo, ya que se estima puede ser entendida de diferentes maneras. En este sentido, el considerando 9 letra c del fallo la primera Corte civil del Tribunal Federal, de fecha de 18 de julio de 2000, expresa: «c) L'art. 1.6 du règlement SIA 102 peut être compris de différentes façons. On peut y voir une véritable limitation de la responsabilité de l'architecte ne portant que sur les atteintes causées à la construction, ce qui exclurait, par exemple, le dommage provoqué à des objets se trouvant sur place (Hess, op. cit., núm. 27 in fine); on peut aussi soutenir que cette disposition ne vise que la perte effective et non le gain manqué, tel celui consécutif à une prise de possession retardée des locaux (Jean Heim/Henri Baudraz, «La révision du règlement SIA 102», in *JdT* 1984, I pág. 131) ou le préjudice économique (Hans Rudolf Suter/Philippe Abravanel/Philippe Joye, «Les nouveaux Règlements SIA 102 et 103», in *Journées du droit de la construction*, vol. 2, Fribourg 1985, pág. 75). A l'inverse, on peut considérer cette clause comme un simple rappel du droit en vigueur, plus particulièrement du principe de la causalité adéquate, dans le sens où seul le dommage se trouvant dans un tel rapport de causalité avec le manquement de l'architecte peut être mis à la charge de ce dernier (cf. Rainer Schumacher, «Die Haftung des Architekten aus Vertrag», in *Le droit de l'architecte*, 3e éd. Fribourg 1995, núm. 558; Hess, op. cit., núm. 25), en ATF 126 III 388. Ver también, Jeanprêtre, *La responsabilité*, cit. p.184.

especiales, que limitan la indemnización exclusivamente a los perjuicios de carácter directo.¹²²⁶

Pero lo que resulta más importante es el hecho que el sistema de reparación total no es rígido o absoluto, pues se concede al juez la facultad para reducir la extensión del daño a indemnizar. Es precisamente esta última la nota distintiva del Derecho suizo, y a la que nos referiremos a continuación.

. LA FACULTAD MODERADORA

La gran diferencia con el sistema de reparación total del BGB es que aquí el principio no es absoluto e inderogable, sino que puede ser atenuado en virtud de la facultad concedida al juez para fijar l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute. De este modo, se impide la disyuntiva del todo o nada, aludida por Medicus, y a la que debe enfrentarse muchas veces el juez germano. Decimos que esta encrucijada no la tiene el magistrado suizo, pues no sólo está facultado para conceder la indemnización o denegarla (en caso de no cumplirse con los requisitos legales para su procedencia), sino que también puede decidir concederla, pero atemperarla en cuanto a su extensión, si estima que las circunstancias que se dan en el caso concreto así lo ameritan.

¿Es aconsejable otorgar a los magistrados el poder para reducir el quantum resarcitorio? La respuesta a esta interrogante está íntimamente relacionada con el concepto y función de la indemnización, y más genéricamente con la idea de equidad que maneje cada sistema, pues aceptar reducir la carga indemnizatoria significa decidir que el lesionado tendrá que soportar, por lo menos en parte, el daño sufrido. Está además también relacionado con la confianza que el legislador manifieste hacia el órgano jurisdiccional respectivo. Veremos más adelante que el codificador francés, a diferencia del suizo, no demostró precisamente gran confianza.

Von Thur defiende el establecimiento de esta facultad moderadora. Reconoce que con ella puede parecer contradicha la idea del resarcimiento de daños, al traer al área civil

¹²²⁶ De Cupis, Adriano. El daño. Teoría general de la **responsabilidad** civil, traducción de la 2.^a edición italiana y estudio preliminar por A. Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1975, pág. 310. Señala este autor que para determinar el montante del daño resarcible, «el juez está en condiciones de tomar en consideración sólo la diferencia entre el dolo y la culpa en sentido estricto, sino también la diferencia en los grados de esta última.

criterios penales (donde se considera el grado de culpa), lo que no correspondería, pues en el ámbito civil únicamente se debe analizar la situación del perjudicado, siendo indiferente si existió dolo o culpa por parte del responsable, y al no proceder así se cometería una injusticia con la víctima. No obstante, señala que también debe tenerse presente que cuando se peca de negligencia, una responsabilidad muy amplia puede ser muy dura, incluso más que una pena, en especial si se considera la tenue línea que separa la culpa leve de la ausencia de tal y lo difícil de trazar los límites de la causación adecuada. Por lo anterior, concluye que no es injusto autorizar al juez para que trate a los autores del daño por simple negligencia con menor rigor; y tampoco olvidar que en el caso de que la persona lesionada sufra de una mala situación patrimonial, podrá denegar este favor¹²²⁷.

a. Factores de moderación de la responsabilidad

El ejercicio de la facultad de moderación no puede ser arbitrario ni caprichoso, pues su aplicación significa restringir o limitar la obligación resarcitoria establecida en favor de la víctima. En consecuencia, resulta evidente que su ejercicio debe fundarse en determinadas circunstancias que la hagan aconsejables; situación que, por lo demás, no escapó al legislador suizo. Corresponde, entonces, referirnos a los factores o circunstancias que posibilitan moderar el quantum resarcitorio establecidos en los arts. 43 y 44 del Código de las Obligaciones, además del art. 99, referido específicamente a la responsabilidad contractual. Para efectos metodológicos, podemos distinguir, por un lado, los factores de moderación expresamente regulados en la ley y, por otro, la causal genérica entregada a la apreciación del juez según las circunstancias del caso.

a.1. Factores de moderación expresamente contemplados

Se estiman como factores de esta clase la levedad de la culpa, el consentimiento del lesionado, la culpa del lesionado y la situación económica del responsable. Sin embargo, no todos ellos son en realidad factores de moderación o, por lo menos, no siempre lo son, y sirven más bien para excluir, total o parcialmente, la obligación resarcitoria por parte del demandado, por no ser responsable del perjuicio que se le imputa.

a') La levedad de la culpa del responsable. En su papel de elemento moderador de la responsabilidad, ha sido objeto de diversas interpretaciones. Para De Cupis, esta norma

¹²²⁷ León, "Gravedad de la culpa, op. cit., p.10.

permite aumentar o disminuir la cuantía de los daños indemnizables, según aumente o disminuya el grado de culpabilidad del deudor ¹²²⁸. Se replica a esta opinión diciendo que no es el sentido de la norma -aunque su redacción pudiera, en parte, darlo a entender-, pues a lo único que autoriza es a la reducción del daño (y no a su aumento), por razones de equidad y siempre que el deudor haya cometido solamente una culpa leve ¹²²⁹. En todo caso, tampoco es cuestión de aplicar simplemente el silogismo «culpa leve, reparación mínima», pues ello significaría que sólo la culpa grave impondría la reparación total, lo que estaría en contradicción con los principios de la responsabilidad civil fundada sobre la idea de la restitutio in integrum ¹²³⁰.

La facultad moderadora podría operar, por ejemplo, en aquellos casos en que la culpa cometida apenas se diferencia del caso fortuito y resultare contra la equidad, en el caso concreto, hacer cargar al responsable del entero daño. En este sentido, el Tribunal Federal suizo ha estimado que procede la reducción si la faute n'est pas grave et notamment si elle relève de la négligence.

Para un sector de la jurisprudencia y doctrina suiza, la levedad de la culpa sería un factor con autonomía propia, es decir, que puede concurrir o no con los demás causales de moderación; pero que por sí sola bastaría sin necesidad de otra circunstancia, y de concurrir otro factor no necesariamente se requeriría que el obligado haya incurrido en una negligencia leve. Somos más bien de la idea que se trata de un requisito o supuesto que debe estar siempre presente para que proceda el ejercicio de la facultad judicial de moderación del quantum resarcitorio. Siguiendo a León, podemos decir que el Código de las Obligaciones suizo permite la moderación de la responsabilidad «siempre que la culpa cometida sea de carácter leve y así se justifique, por razones de equidad, en atención a las circunstancias del caso». En otras palabras, sin culpa leve no puede haber moderación, con independencia de que concurren otros factores. Por lo demás, así lo deja expresamente establecido el art. 44 apartado segundo que permite aminorar la responsabilidad en atención a la situación económica del responsable, siempre que éste sea responsable únicamente de negligencia ligera.

¹²²⁸ Engel, Traité, cit. p. 344.

¹²²⁹ Engels, Traité, cit. p. 344.

¹²³⁰ RO82 II 31. Sigue esta doctrina el fallo de 25 de septiembre de 1963, y sentencia de la primera Corte civil de 22 de octubre de 1991. Este último referido específicamente a un caso de responsabilidad contractual del abogado.

b') La culpa del lesionado¹²³¹. El hecho culpa del lesionado permite al juez reducir e incluso denegar la indemnización, y puede manifestarse tanto en hechos anteriores o coetáneos al acto ilícito, como en hechos posteriores al mismo, lo que sucederá cuando no se toman las medidas necesarias para atenuar los efectos del acto o para limitar el daño.

El primer supuesto -culpa manifestada en hechos anteriores o coetáneos- es más bien un caso de concurrencia causal. Por lo mismo, no aborda un problema de la extensión del daño, ni consagra un factor reducción del perjuicio. Su finalidad es otra: precisar o determinar hasta qué punto el daño fue realmente causado por el deudor y hasta qué punto es obra del propio perjudicado. Obviamente, el obligado al resarcimiento sólo puede serlo por los perjuicios que efectivamente ocasionó y no por aquellos que son obra del propio lesionado. Es ésta la verdadera razón por la cual el Juez puede reducir el monto de la indemnización, y no porque estemos ante una causal de moderación del perjuicio.

La segunda hipótesis puede estimarse un factor de reducción del daño propiamente tal, pues se orienta al deber de mitigación. Aquí, el juez puede ordenar la moderación de la indemnización, no porque el obligado al resarcimiento no haya causado el perjuicio, sino porque el afectado, pudiendo haber impedido en todo o parte su producción, nada hizo¹²³²

c') La situación económica del responsable. Se encuentra regulada en el art. 44 apartado segundo del Código de las Obligaciones y se funda en la equidad. Tiene por finalidad impedir que el deudor quede sin recursos producto de la obligación de reparar que pesa sobre él.

En cuanto a los requisitos que la hacen procedente, resulta claro que quien desee beneficiarse con su aplicación, tiene que suministrar al juez la información necesaria sobre la situación financiera que le afecta. Además el deudor sólo puede haber incurrido

¹²³¹ La relación causal de la acción u omisión negligente con el resultado dañoso se encuentra expresamente regulado en el art. 44 apartado primero del Código de las Obligaciones, al referirse a los casos en que los hechos del lesionado ont contribué á créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

¹²³² Se indica también como factor de moderación el consentimiento del lesionado. Este factor tendrá lugar cuando el afectado haya consentido el perjuicio respecto de derechos sobre los cuales no puede disponer libremente. Al no ser derechos de libre disposición, el consentimiento del lesionado no exime de responsabilidad; pero el juez afectado haya consentido el perjuicio respecto de derechos sobre los cuales no puede disponer libremente. Al no ser derechos de libre disposición, el consentimiento del lesionado no exime de responsabilidad; pero el juez podrá reducir e incluso suprimir la indemnización. Véase, también Engel, *Traité*, cit. p. 344.

en una culpa leve. Pero se ha estimado que no basta considerar únicamente la situación económica del llamado a responder, sino que también debe tenerse en cuenta la del propio perjudicado. En otras palabras, se exige además de los requisitos establecidos en el art. 44 apartado segundo, que el actor no se encuentra por su parte en una difícil situación económica como consecuencia del hecho dañoso.

Esta causal de moderación nos recuerda el pasaje del Digesto que excluye el resarcimiento íntegro en favor del comprador evicto, cuando no era previsible que el bien vendido a un precio bajo alcanzara un valor tan alto¹²³³. Para ilustrar lo anterior, se da el ejemplo del esclavo que luego se convierte en conductor de cuadrigas o actor de teatro, incrementando, como se supondrá, considerablemente su valor. Se decide limitar la responsabilidad del vendedor, no sólo por lo imprevisible que puede resultar el aumento del precio del bien evicto, sino también por ser el responsable una persona de mediana fortuna. Por lo expuesto, no parece errado pensar que este pasaje del Digesto sea uno de los precedentes más interesantes de la norma en estudio¹²³⁴. Finalmente, la doctrina suiza discute la aplicación de esta causal en materia de responsabilidad contractual, según veremos.

a.2. *Cláusula genérica de moderación*

El art. 43 apartado primero consagra una cláusula de carácter genérico, que permite moderar la responsabilidad, tomando en consideración las circunstancias de cada caso. Obviamente, no es posible fijar de antemano cuando estamos ante un supuesto que hace procedente la moderación, pues todo dependerá de la situación concreta, y la valoración de la circunstancias corresponderá al juez.

No obstante el carácter genérico de esta facultad, que hace imposible una enumeración taxativa, la doctrina y la jurisprudencia menciona algunos supuestos que ilustran la concreción de este genérico factor de moderación. Entre ellos podemos citar: el carácter demasiado lejano e incierto de los daños, esto es, la débil intensidad del nexo causal; haber experimentado el propio deudor un grave daño, a consecuencia del hecho por el cual debe responder; existir una notable desproporción entre la ligera negligencia del deudor y la grave culpa del acreedor; ser responsable el deudor de una culpa ligera

¹²³³ D. 19, 1, 43-44.

¹²³⁴ Véase León, “la gravedad de la culpa” ,pág. 19. Del mismo autor, ver también: «De nuevo sobre el art. 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, t.II, Madrid , LA LEY 2006, p.143, nota 19.

que ocasiona un grave daño; la intervención del azar o la fatalidad en la producción del daño; o encontrarse la víctima en mejor situación económica que el deudor¹²³⁵; supuestos todos ellos que en mayor o menor medida permiten dar contenido a la causal genérica de moderación.

En lo que dice relación específica con la responsabilidad contractual, se discute si el hecho de fijar una remuneración inferior a la normal por la prestación del servicio contratado, puede incluirse en la causal genérica del art. 43 apartado primero del Código de las Obligaciones. La doctrina se encuentra dividida, y entre los que sí la consideran un factor de reducción podemos mencionar a Cuendet y Gauch. Jeanprêtre también estima que debe tomarse en cuenta para moderar la responsabilidad, pero no por el art. 43, sino en virtud del art. 99 apartado primero, cuando expresa: «... s apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l affaire n est destinée à procurer un avantage au débiteur»¹²³⁶.

b. Campo de aplicación

No existe duda respecto a la aplicación de la facultad moderadora en la responsabilidad aquiliana. En materia contractual, por el contrario, el tema ha sido discutido. Como se sabe, la atribución judicial para reducir el monto indemnizatorio se encuentra regulada en la responsabilidad por actos ilícitos (arts. 41 y siguientes) y es por reenvío del art. 99 que se entiende aplicable a la responsabilidad contractual. Se ha planteado que la redacción de dicha norma es equivocada, y que los factores reductores de responsabilidad no pueden aplicarse en beneficio del deudor contractual, o por lo menos deben recibir una aplicación restrictiva. El argumento para sostener tal afirmación es el hecho que el deudor ha recibido una remuneración que lo obliga a un comportamiento no dañoso, en especial cuando es un deudor especialista o profesional que debe soportar los riesgos de su oficio¹²³⁷

¹²³⁵ Véase también fallo del Tribunal Federal de fecha 25 de septiembre de 1963.

¹²³⁶ La responsabilité, cit., págs. 184 y 185. En lo que sí parece existir acuerdo, es en el hecho de no poder invocarse la culpa concomitante de un tercero para impetrar la moderación de la responsabilidad establecida en el art. 43 apartado primero. Jeanprêtre lo refiere específicamente al director de trabajos de construcción, quien no podrá invocar la culpa de un contratista para solicitar reducción de su deber de indemnización frente al dueño de obra.

Cit. 183

¹²³⁷ Jeanprêtre La responsabilité, cit., pág. 183; Leuba, L inexecución, cit., p. 87.

El factor de moderación que más dudas ha suscitado respecto a su aplicación en materia contractual es, sin duda, el establecido en el art. 44 apartado segundo, esto es, la situación económica del responsable. Los que niegan su aplicación dicen que si el deudor se compromete más allá de sus medios y finalmente no puede ejecutar la prestación prometida, el incumplimiento se debe a su propia culpa, por lo que no resulta adecuado beneficiarlo con una reducción de la obligación indemnizatoria; reducción que terminará siendo a costa del acreedor.¹²³⁸

Pero la jurisprudencia suiza se separa de la opinión doctrinaria expuesta, y aplica sin problema los factores de moderación en el ámbito de la responsabilidad contractual. Así por ejemplo, la primera Corte civil, en sentencia de fecha 18 de julio de 2000, señaló: «En matière contractuelle, en vertu du renvoi de l art. 99 al. 3 CO, le juge détermine le mode et l étendue de la réparation selon l art. 43 al. 1 CO... c est-à-dire d après les circonstances et la gravité de la faute. Le juge dispose à cet égard d un large pouvoir d appréciation...», y el fallo de fecha 15 de junio de 1971, sobre un caso de responsabilidad contractual, indicaba: «Les art. 42 à 44 CO sont également applicables, conférant au juge un large pouvoir d appréciation...»¹²³⁹

C. Influencia

La conveniencia de que el juez goce de facultades para moderar el quantum indemnizatorio ha estado presente en los codificadores y en la doctrina. Durante la gestación del Code, y siguiendo los postulados de Pothier, se propuso otorgar a los magistrados atribuciones para reducir la indemnización debida; pero la idea no prosperó por la desconfianza que inspiraba el ejercicio de tal potestad por parte de la magistratura. A nivel doctrinario, también se ha hecho ver la necesidad de una norma que permita al juzgador reducir la indemnización debida. Ilustrativo resulta en este sentido la posición de los autores alemanes, que han hecho presente la necesidad de incorporar en el BGB la facultad judicial para moderar la indemnización, y si bien es cierto que hasta la fecha la idea no se ha traducido en texto legal, se sigue insistiendo en su necesidad.

La legislación de los países occidentales, por regla general, no contemplan una facultad semejante a la del Derecho suizo que permita a sus respectivos órganos judiciales

¹²³⁸ Leuba, *Inexecución*, p. cit. p. 88.

¹²³⁹ 4C.397/1999 y ATF 97 II 142.

moderar la obligación resarcitoria. Y ésta parece ser la situación predominante tanto en los países del Common Law como en el Derecho continental europeo¹²⁴⁰ Sin embargo, lo anterior no es una regla absoluta, pues el Código de las Obligaciones suizo ha influenciado a diversas legislaciones, que contemplan normas destinadas a que los Tribunales, en determinadas circunstancias, puedan decidir la reducción del quantum indemnizatorio. De partida, no podemos olvidar al Código de las Obligaciones de Turquía de 1926 -prácticamente una transcripción o copia del texto suizo-, el que consagra la facultad judicial para restringir la extensión de la carga indemnizatoria, en principio íntegra, que pesa sobre el deudor.

Destacable también en este sentido es el Código Civil portugués, cuyo art. 562 consagra el sistema de reparación íntegra, semejante al Código Civil alemán; pero con una diferencia de importancia: su art. 494 establece la facultad para fijar en forma equitativa la indemnización en un monto inferior a los daños causados, cuando el grado de culpabilidad del agente, su situación económicas u otras circunstancias lo justifiquen. Establece la disposición citada:

«Artigo 494 (limitação da indemnização no caso de mera culpa) Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica desde e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem»¹²⁴¹

El nuevo Código Civil peruano, según se aprecia de su art. 1321 (ubicado en el título de «Inejecución de Obligaciones»), no se adhiere al sistema de reparación íntegra propio del Derecho alemán o suizo¹²⁴², sino al sistema latino de extensión del daño. No obstante lo anterior, podemos considerarlo uno de los textos influenciados por el Código de las Obligaciones suizo, porque establece expresamente la facultad judicial para moderar el daño. Lo anterior se aprecia del art. 1973 (ubicado en el título de «Responsabilidad extracontractual»), que expresa: «Si la imprudencia sólo hubiere

¹²⁴⁰ Tunc, André, La responsabilité civile, 2.^a edición, Economica, París, 1989, p.73.

¹²⁴¹ Es digno de hacerse notar, al igual que en Suiza, se discute en Portugal si la facultad moderadora tiene lugar a cualquier clase de daños o se encuentra limitada para los casos de responsabilidad. extracontractual. Por la aplicación amplia de la norma se pronuncia Pessoa Jorge, A. Por una aplicación restringida, Almeida Costa, M. J. Antúnez Varela.

¹²⁴² Artículo situado en el Libro VI («Las Obligaciones»), título IX («Inejecución de Obligaciones»).

concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el Juez, según las circunstancias»¹²⁴³. En consecuencia, el Código Civil peruano, de forma semejante al suizo, permite reducir el monto de la indemnización, cuando al responsable de la indemnización sólo se le puede imputar imprudencia.

Entre los últimos textos legislativos que recogen la influencia helvética, debe mencionarse al nuevo Código Civil neerlandés. En los arts. 95 a 110, sección 10.º del libro sexto, se regulan las obligaciones legales para la indemnización de daños, y en su art. 109 señala:

«1. Si la concesión de una indemnización completa de daños en las circunstancias dadas entre ellas la naturaleza de la responsabilidad, la relación jurídica existente entre las partes y su capacidad económica de ambas, condujera a efectos manifiestamente inaceptables, puede moderar el juez una obligación legal para la indemnización de daños». Sin dudar de la importancia y trascendencia de los anteriores textos legales, han sido, en verdad, los Códigos civiles de los países socialistas, China popular incluida, los que con mayor fuerza han adherido a la idea de la facultad de los Tribunales para limitar o reducir la obligación indemnizatoria que carga el deudor o responsable. Así, el Zivilgesetzbuch de la República Democrática Alemana, del año 1976, al igual que el BGB, adhería al principio de reparación íntegra; pero en su párrafo 340, permitía en forma excepcional al juez reducir el quantum indemnizatorio¹²⁴⁴.

De igual forma, los Códigos civiles de Polonia de 1964 (art. 440), Hungría de 1954 (art. 339.2.º y 318 in fine) y Checoslovaquia de 1964 (art. 450) recogen la idea de otorgar a los Tribunales la potestad para limitar la extensión del resarcimiento. Pero las normas presentes en estos códigos no pueden considerarse una copia fiel de la legislación Suiza. Decimos lo anterior, porque si bien es cierto que tales cuerpos legales recogen la facultad judicial de moderación del quantum, su regulación resulta un tanto diferente.

¹²⁴³ Art. 1973 ubicado en el Libro VII («Fuentes de las Obligaciones»), Sección VI («Responsabilidad extracontractual»). Información obtenida del Código Civil, 2.ª edición a cargo de *MalpartidaCastillo*, Víctor, Editorial San Marcos, Perú, 1997.

¹²⁴⁴ El ZGB fue derogado el 3 de octubre de 1990, con el establecimiento formal de la reunificación.

En efecto, en Polonia y Hungría el *ius moderandi* no tiene cabida en la responsabilidad contractual¹²⁴⁵; situación que ha sido justificada por la fuerza vinculante del contrato y el peligro de entregar la estabilidad de los pactos al arbitrio judicial¹²⁴⁶. Pero donde se aprecia la mayor diferencia con la solución suiza es respecto a los factores que autorizan la limitación de la indemnización debida: una norma flexible como lo es el art. 43 del Código de las Obligaciones suizo («las circunstancias del caso»), da lugar en los países socialistas a una regulación rígida, donde el factor o causal de moderación de la responsabilidad queda restringida a la situación económica del responsable o de las partes en conflicto¹²⁴⁷.

Para concluir, recordemos el Código de civil de Cuba de 1987¹²⁴⁸, también de inspiración socialista, cuyo art. 89.1.º establece:

«Las personas naturales están obligadas a reparar los daños o perjuicios que causen o sean causados por las personas por quienes deben responder, pero el Tribunal, a su prudente arbitrio, si el responsable es un trabajador o pensionado sin bienes propios conocidos para satisfacer totalmente el importe del daño o perjuicio, puede adecuar la cuantía de la indemnización a un veinte por ciento del salario o cualquier otro ingreso periódico que perciba, sin que pueda exceder del termino de diez años. Esta limitación puede disponerse cualquiera que sea el contenido económico de la responsabilidad».

Sólo dos observaciones a este último texto: primero, la norma cubana resulta aplicable también en materia de responsabilidad contractual, en virtud de lo dispuesto en

¹²⁴⁵ En los ordenamientos húngaro y polaco, la jurisprudencia hace aplicación de la facultad modeladora sin diferenciar la fuente contractual o extracontractual de la obligación indemnizatoria, a diferencia del derecho suizo, como hemos visto, donde sólo repecuta la moderación en la responsabilidad contractual.

¹²⁴⁶ Tema discutido en la doctrina polaca, donde coexiste posiciones partidarias de extender la facultad judicial a ciertos supuestos de responsabilidad contractual, *Czachorski*, entre otros, junto a defensores de un sistema restrictivo de moderación, como es el caso de *Spuznar*. Información obtenida en *notas mecanografiadas de León*.

¹²⁴⁷ León, notas mecanografiadas. Así resulta de los Códigos civiles de Polonia de 1964, de Hungría de 1954, de la República de Rusia del año 1964. El Código Civil de Checoslovaquia de 1964, contempla así otras circunstancias aparte de la situación económica de las partes: la repercusión social del daño causado, la forma en que se ha producido el daño y la situación personal del dañado (art. 450).

¹²⁴⁸ Aprobado por la Ley núm. 59 de fecha 16 de julio de 1987 y cuya vigencia se fijó a partir del 12 de abril de 1988.

el art. 294, y en segundo lugar, la limitación de la extensión del daño no está restringida a los casos en que el responsable haya incurrido con culpa leve ¹²⁴⁹

37.1.- RESPONSABILIDAD SOCIETARIA BASADA EN LA CONFIANZA, SEGÚN EL DERECHO SUIZO

Desde la sentencia del *Bundesgericht* BGE 120 (1994) II 331 (sentencia del caso *Swissair*), se ha establecido firmemente en Suiza la praxis de la llamada responsabilidad basada en la confianza: una sociedad filial de la ya desaparecida compañía aérea, sociedad que ofrecía la utilización de residencias de lujo, había puesto de relieve en la publicidad que llevaba a cabo su relación con la sociedad matriz de una forma tan ostensible y con la tolerancia de esta segunda, que el público podía confiar que dicha sociedad matriz garantizaría de la misma manera tanto la correcta conducta comercial como la solvencia de su filial; el Tribunal estimó la reclamación de una indemnización, basada sobre dicha confianza, del demandante que había perdido su prestación a causa del concurso de la filial. Esta sentencia sigue a una considerable serie de sentencias que, sin haberse referido al término confianza o *Vertrauenshaftung*, ya habían llevado a la práctica el mismo principio con una fundamentación distinta (en particular, el Derecho de la responsabilidad civil).

El principio de responsabilidad de la VH ha sido confirmado en una serie de sentencias del más alto Tribunal así como de las instancias inferiores.¹²⁵⁰ Otras sentencias rechazan las reclamaciones, pero sólo después de haber confirmado dicho principio de responsabilidad.¹²⁵¹ En la literatura, el concepto ha quedado cada vez más firmemente establecido¹²⁵². En Alemania, numerosos casos similares al referido han sido y son

¹²⁴⁹ León, notas mecanografiadas.

¹²⁵⁰ BGE 121 III 350, y posteriormente la confirmación de la *Vertrauenshaftung* en la BGE de 7.1.1999 (*Monte Rosa*); publicada en la traducción francesa en *Sem.Jud.* 123 (2001) p. 541-549; los fragmentos decisivos del texto original en alemán se encuentran en *Recht* 2001, p. 68-70, en el artículo allí publicado por BUCHER, «Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann». Además, BUCHER (2005), "Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?", en *Festschrift für H.P. Walter*, Bern, p. 231-261.

¹²⁵¹ BGE 121 III 310; 124 III p. 297 ss. y 364 ss.; BGE de 28.1.2000 (4C.296/1999) E.3).

¹²⁵² Chapuis, Ch. y Winiger, B., (2001), "La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du TF", *Journée de la responsabilité civile*, Zürich, p. 146-161 que contiene bibliografía, un conjunto de

resueltos del mismo modo aunque con otra fundamentación distinta a la confianza, según el perfil adoptado por la jurisprudencia suiza. Volviendo al supuesto de hecho aludido, la responsabilidad de *Swissair* está fundamentada por su propia conducta, y lo mismo vale en relación con la responsabilidad frente a terceros por manifestaciones escritas (certificados de trabajo, dictámenes, etc.). Al contrario, la responsabilidad del tendero en la sentencia del rollo de linóleo se basa sobre la confianza general, pues el mismo no se ha caracterizado por merecer una especial confianza, sino que la misma responsabilidad juega en general en relación con cualquier persona: Quien invita a otras personas a que entren en su espacio, tiene que garantizar la ausencia de riesgos, en la medida en que surjan de su propia esfera. La responsabilidad surgida de la confianza general coincide con la responsabilidad del propietario de una obra (*Werkeigentümerhaftung*), en relación con la cual debe entenderse una vez más que la responsabilidad sólo existe en la medida en que el afectado podía confiar en la inexistencia de riesgos y que por ello se expuso a los mismos.

38.- .SISTEMA LATINO

Como premisa fundamental de dicho sistema, debe tenerse en cuenta, como bien sabemos, el Código Civil francés (Code) que sirvió de inspiración a un sin número de ordenamientos jurídicos en Europa y América, entre ellos España, Italia, Colombia y Chile, por mencionar sólo algunos.

Los antecedentes del sistema latino o francés de extensión del perjuicio pueden incluso remontarse al Derecho Romano; pero en verdad es el largo y paciente trabajo desarrollado por los autores del Derecho intermedio, en especial el realizado por Molineaus¹²⁵³, Domat¹²⁵⁴ y Pothier¹²⁵⁵, el que permitió estructurar y dar forma definitiva a

sentencias del Bundesgericht publicadas y no publicadas, (p. 203 ss., 213 ss.) así como indicaciones de Derecho comparado sobre el desarrollo en el extranjero (p. 235-262).

¹²⁵³ Molineaus, C.: "Tractatus de eo quod interest", en *Omnia quae exstant opera*, Tomo III, París, 1681, n° 45: "Casus interesse in se, puta, mora, contraventio, evictio, vel alius eventos, ex quo obligatio ad interesse oritur et committitur, nullam de se habet certam quantitatem..."

¹²⁵⁴ Domat: "Les lois civiles dans l'ordre naturel"

¹²⁵⁵ Pothier: "Tratado de las Leyes" 1761.

los distintos criterios jurídicos de valoración del quantum; criterios que finalmente fueron plasmados en el Code, en sus arts. 1550 y 1551, que señalan:

«Art. 1150 Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée». «Art. 1151 Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol¹²⁵⁶ du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention».

A riesgo de parecer un poco aventurados, podemos desde ya afirmar que, a pesar de su apariencia, nuestro sistema es uno de los más perfectos y completos en materia de extensión del perjuicio, y los criterios jurídicos que contempla superan con creces las de otros ordenamientos. No por nada el autorreferente sistema anglosajón debió acudir a las enseñanzas de Pothier para la elaboración de su conocida *contemplatio rule*.

En efecto, la regulación francesa establece dos regímenes diferentes de valoración del daño: uno general, aplicable a todo deudor no doloso y otro especial, agravado, destinados a quienes incumplen de mala fe. A los primeros, se les hace responder únicamente de aquellos perjuicios que eran previstos o previsibles al momento de constituirse la obligación. A los segundos, esto es a los dolosos, se les obliga indemnizar todos los daños -previstos o no previstos-, que sean consecuencia inmediata y directa de su incumplimiento. De esta forma, se establece una evidente mayor carga resarcitoria para

¹²⁵⁶ La jurisprudencia francesa, detecta el efecto de la conducta dolosa en el ámbito de la práctica societaria, refiriéndose al mismo en supuestos diversos: así, “sur la réticence dolosive de la banque qui manque à son obligation de conseil à l'égard d'un investisseur emprunteur Com 3 juillet 2001”. O bien en otro supuesto como: Assurance sur la vie : une compagnie coupable de réticence dolosive, n. sous Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 1^{er} février 2000, Courtieu, Guy, Revue de Droit Bancaire et Financier, n° 6, 01/11/2000, pp. 380-381: “ en omettant de remettre à la société Txx, lors de la signature du bulletin de souscription, les conditions générales relatives au contrat objet de la demande de souscription, et en s'abstenant ainsi de lui faire connaître le montant des valeurs de rachat au terme de chacune des années du contrat, la seule indication portée sur le bulletin, sans autres précisions, d'un taux de frais de 0,80 % s'étant avérée erronée, ce taux étant inférieur aux frais réels,(la société d'assurance avait) commis une réticence dolosive d'information de nature à priver ladite société de renseignements indispensables pour apprécier en pleine connaissance la portée des engagements pris ; qu'elle a pu en déduire que cette réticence dolosive, qui avait déterminé la société à contracter, avait vicié le consentement de celle-ci”.

el infractor de mala fe, y la razón es simple: se trata de un deudor que pudiendo cumplir optó por no hacerlo. Sin embargo, se toma la precaución de no hacerlo responder hasta el infinito, y se establece en su beneficio un criterio -la suite immédiate et directe-, que da las pautas para limitar su obligación indemnizatoria.

En suma, son dos las clásicas reglas o principios de valoración del perjuicio en el sistema latino: la previsibilidad¹²⁵⁷ y las consecuencias inmediatas y directas del incumplimiento, los que a su vez que dan origen, respectivamente, a los conceptos de daños previsibles y daños directos o necesarios.

A lo señalado, podemos agregar como observación general que, si bien en la concepción de los autores del Derecho precodificado estuvo la idea de limitar la responsabilidad del negligente exclusivamente con la exigencia de la previsibilidad, mientras que al doloso le reservaron la regla de las consecuencias inmediatas y directas -pensamiento por lo demás corroborada por la propia redacción de los textos-, en verdad tanto la jurisprudencia como la doctrina de los distintos países han interpretado que los

¹²⁵⁷ Véase: Verger, M.: "Le caractère prévisible du dommage en matière contractuelle: un critère réaffirmé par la Cour de Cassation", La Revue, Paris, 2011. Comenta la sentencia C ass. 1ère civ. 28 avril 2011, n° 10-15056: "Dans cette affaire un couple de vacanciers nazairiens avaient raté leur avion pour Cuba en raison du retard du train SNCF qui devait les mener à Montparnasse. La juridiction de proximité avait fait droit à leur demande d'indemnisation et avait condamné la SNCF au remboursement de leurs frais de voyage et de séjour, de taxis et de restauration en région parisienne, leurs billets de retour à Saint-Nazaire et au versement d'une somme au titre du préjudice moral découlant de cette mésaventure... La Cour de cassation a considéré que la juridiction de proximité avait méconnu l'article 1150 du Code civil en statuant de la sorte dans la mesure où elle n'expliquait pas en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que la gare Montparnasse n'était pas la destination finale des voyageurs et que ces derniers avaient conclu des contrats de transport aérien. La décision de la Cour de cassation est saluée par la doctrine. Le raisonnement de la juridiction de proximité selon lequel l'arrivée dans une gare parisienne présupposait la continuation du voyage vers une autre destination était certes manifestement fallacieux. Plus généralement, la SNCF qui conclut le plus souvent aujourd'hui ses contrats avec ses clients par voie électronique n'a pas concrètement la possibilité de savoir si le voyage acheté n'est qu'une première étape vers une autre destination ou a pour finalité un rendez-vous professionnel... Parions que la SNCF ne manquera pas dorénavant de se prévaloir de la jurisprudence de la Cour de cassation du 18 avril 2011 pour limiter le montant des dommages intérêts dus en cas de retard, mais ne lui laissons pas l'exclusivité. Ce critère nécessaire du préjudice indemnisable en matière de responsabilité contractuelle qu'est la prévisibilité est un outil sous employé, qui peut se révéler d'une grande utilité pour tout défenseur, qu'il soit transporteur ou non".

incumplidores culposos son beneficiados con ambos criterios de extensión del perjuicio y no solamente con el la previsibilidad.

Como indicamos, entre varios otros ordenamientos jurídicos, siguen al texto francés, el Código Civil italiano¹²⁵⁸, cuyo sistema de extensión del daño se encuentra recogido en los arts. 1223, 1225 y 1227 apartado segundo, que expresan:

«Art. 1223: Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». «Art. 1225: Prevedibilità del danno. Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione». «Art. 1227: Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

Si bien el anterior Código Civil italiano de 1865 también se inspiró en el Code en materia de valoración¹²⁵⁹ del quantum, el actual Codice civile de 1942 tuvo, entre otros aciertos, la virtud de regular en forma independiente la regla de la evitación del perjuicio y en señalar, expresamente, que eran aplicables a la responsabilidad por hecho ilícito las reglas contenidas en los arts. 1223 y 1227, según la remisión efectuada por el art. 2056.

El Código Civil chileno es otro decidido seguidor del sistema latino de extensión del perjuicio, en su artículo 1558 inciso primero¹²⁶⁰, embebido de la influencia del Code, al punto de ser prácticamente una transcripción del mismo. De hecho, aparte de indicar en forma expresa que la normativa es aplicable tanto para el incumplimiento propiamente tal

¹²⁵⁸ Sobre el sistema actual italiano, véase Canestrini, N.: “Risarcimento dell danno patrimoniale e non patrimoniale. Il danno da norté” en , Studi legale Canestrini, enero, 2014:”... Il modello risarcitorio della responsabilità civile mira ad un *integrale risarcimento* a favore del danneggiato volto, perlomeno in astratto, a ricostituire lo stato in cui questi si sarebbe trovato senza l'evento lesivo...”

¹²⁵⁹ Véase, Rocchina, S.:” La liquidazione equitativa dell dallo patrimoniale. (Cass.. n. 2228/2012). Publicado en Diritto Civile e Commerciale, 07/03/2012.

¹²⁶⁰ Art 1558 inciso primero:”Si no se puede, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o haberse demorado su cumplimiento.

como para su tardanza, la única originalidad del texto chileno fue consagrar en un sólo párrafo las reglas que el francés debió distribuir en dos artículos diferentes.

En cuanto a la regulación del quantum resarcitorio en el Derecho español, se deben tener presente básicamente los artículos 1103¹²⁶¹ y 1107¹²⁶² del Código Civil. Dichos artículos requieren dos observaciones básicas y previas. La primera es que el legislador español, si bien no en la letra sí en su espíritu, se adhiere a los ordenamientos que siguen el sistema latino de extensión del perjuicio y, en cierto sentido, tal vez es el más fiel exponente del mismo. Como segunda y evidente observación, podemos decir que no estamos ante una mera traducción al español del texto francés. Por el contrario, desde la terminología utilizada -deudor de buena fe, consecuencia necesaria-, hasta la elección de los criterios limitativos que se aplican a cada tipo de deudor, demuestran que se trata de un sistema que recibió diversas influencias; situación corroborada por la variaciones que fue sufriendo, en especial el art. 1107¹²⁶³, en los diversos proyectos y anteproyectos. A todo lo anterior, se une la adopción expresa facultad moderadora de la responsabilidad por parte de los Tribunales, prerrogativa judicial que en un primer momento Francia también contempló, pero que finalmente fue desechada.

No obstante poseer el sistema latino o francés de extensión del perjuicio una regulación completa para la valoración del quantum, con específicos criterios de valoración jurídica o normativa, que son el fruto de largos años de evolución, y haber sido adoptada por numerosos ordenamientos jurídico internos y por las principales convenciones y principios internacionales sobre la materia, lo cierto es que han surgido innumerables dudas interpretativas y equívocos en su aplicación, con nefastas consecuencias prácticas .

¹²⁶¹ Art 1103: La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos,

¹²⁶² Art 1107: Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

¹²⁶³ El principio de total indemnidad queda sujeto a las reglas legales que determinan los daños resarcibles (art. 1106 Cc), a la extensión indemnizatoria del art.1107 y a la prueba de las consecuencias producidas (SSTS 29/3/2001 y 11/11/2003).

Sin dudas las mayores dificultades que ha presentado el sistema ha sido la inadecuada o deficiente comprensión de los criterios que ella contempla. Lo anterior es especialmente evidente en el caso de la previsibilidad del perjuicio, pues los autores al intentar descifrar su sentido aluden simplemente a la idea que serán tales los daños que un deudor, considerado como sujeto concreto o abstracto, pudo anticipar como consecuencia de su incumplimiento. No sigue mejor suerte, en todo caso, la regla consecuencia inmediata y directa, la que simplemente es «dejada de lado» y se acude en su reemplazo a teorías elaboradas en otros ordenamientos, en especial las conocidas como la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada; y, los que optan por esta última, terminan afirmando que previsibilidad y causalidad son dos criterios casi idénticos, por lo cual uno sobraría. A este problema interpretativo básico se unen otros varios como son el fundamentar la existencia de dos regulaciones diferentes atendiendo al tipo de deudor; su aplicabilidad fuera de la órbita contractual; su configuración como cuestión de hecho o de derecho, con la consiguiente posibilidad de su control por parte de los Tribunales de casación, y, en fin, la conveniencia o no de la mantención de un sistema que -se dice-, pugna con la idea de la reparación íntegra y ocasiona diferencias injustificables con la responsabilidad extracontractual.

A todos estos problemas el Derecho español agrega otros propios, debido a la particular redacción del art. 1107¹²⁶⁴ Entre ellos, la comprensión de los conceptos específicos que él maneja, como son deudor de buena fe y consecuencia necesaria; el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad; y, no menos controvertible, atendido el tenor literal de la norma, la decisión sobre el criterio que finalmente beneficiará al deudor doloso, esto es, si se equipara su carga resarcitoria a la que se establece en otros ordenamientos para este tipo de incumplidores o, en definitiva, se le deja sin regla jurídica que delimite los daños que debe indemnizar.

El estudio pormenorizado del sistema latino, con especial referencia al Derecho español, y los variados problemas interpretativos que suscita es el objeto primordial del presente trabajo, razón por la cual en este momento simplemente los dejamos esbozados.

¹²⁶⁴ Véase, Yzquierdo Tolsada, Comentario del artículo 1.107 del Código civil“, en Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo”, v. 1, Bosch, Barcelona, 1992.

39.- SISTEMA DEL COMMON LAW

39.1. *Explicación previa*

Como se sabe, el common law nace en Inglaterra¹²⁶⁵ y se instaura en todas las naciones que un día fueron sus colonias, las cuales una vez independizadas mantienen su adhesión a él. En principio, se le considera un sistema jurídico unitario, extraño a la idea de la nacionalidad del Derecho; sin embargo, resulta innegable que en los distintos países que integran el common law, dentro del modo común que tienen de concebir el Derecho, se han ido produciendo diferencias. Resulta, entonces, conveniente aclarar que la presente exposición se realiza tomando como base el ordenamiento jurídico inglés, país donde se originó el leading case más importante en materia de limitación a la responsabilidad contractual, conocida como la regla Hadley vs. Baxendale. Lo anterior, sin perjuicio de algunas referencias al derecho norteamericano.

Antes de avanzar en el presente análisis, conviene recordar que la doctrina del common law -de modo semejante a la del Civil law, según veremos-, distingue los conceptos de causation in fact y causation in law. El primero aborda el problema de la existencia o no del nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso. El segundo, conocido también como legal causation o remoteness of damages, una vez determinados los perjuicios causalmente ligado a la conducta del responsable, tiene por función decidir cuáles serán objeto de indemnización y cuáles no. En otras palabras, fija los criterios de extensión del daño. Nuestro estudio está orientado precisamente a la causation in law.

39.2.- LOS CRITERIOS DE DELIMITACION DEL DAÑO.

Burrows¹²⁶⁶ indica cinco límites a la indemnización del daño aplicable a los breach of contract y a los torts, y dos exclusivos de la responsabilidad contractual. Entre los primeros menciona los Remoteness, Impecuniosity, Duty of mitigate, Contributory

¹²⁶⁵ Dell Aguilla, E., :” Introducción al estudio del Derecho inglés, Valladolid, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992. En especial p. 57y ss donde trata la evolución del Common Law.

¹²⁶⁶ Burrows, A.:” Remedies for torts and breach of contract, 2.^a edición, London, Butterworths, 1994,p. 36 yss.

negligente, e Intervening cause. Como privativos del ámbito contractual, se señala el límite de que el perjuicio no puede ir más allá de lo que habría significado el cumplimiento en la forma más favorable para el demandado (no damages beyond defendant's minimum contractual obligation), y la limitación para el caso particular que la obligación incumplida consiste únicamente en el pago de una suma de dinero (the only obligation broken is to pay money).

Para nuestro análisis, referido siempre a la causation in law, sólo tiene importancia el análisis de los Remoteness, Impecuniosity, Duty of mitigate y el límite no damages beyond defendant's minimum contractual obligation¹²⁶⁷.

¹²⁶⁷ La Intervening cause se refiere a la intervención de una causa que rompe la cadena de causación entre el incumplimiento del deber y las pérdidas. Es lo que en el sistema continental se estudia como la intervención de una causa ajena, y se refiere más a un problema del anrespondeatur o de la causation in fact que a un problema de delimitación del daño resarcible. La Contributory negligence señala que los daños son reducidos cuando la negligencia del demandante ha contribuido a ellos, siendo una causa parcial de sus pérdidas. Es lo que en el sistema continental se estudia como la culpa del perjudicado. Vale lo dicho anteriormente y además se encuentra en el common law la circunstancia particular de que este principio es solo aplicable a algunos torts y es, en principio, inaplicable para el incumplimiento contractual, pues la Law Reform (contributory negligence) Act 1945 no rige, por regla general, en materia contractual. Sin perjuicio de ser ésta la regla general, en el caso Forsikringsaktiezelskapet Vesta v. Butcher (1989) la Court of Appeal estimó que la contributory negligence puede aplicarse en materia contractual. Se trata de un obiter de la Law Reform (contributory negligence), Act 1945, según el cual cuando concurre responsabilidad en tort y contrato, esto es, cuando el incumplimiento se da en una situación donde existía también un tortious duty of care es aplicable la contributory negligence. Esto fue también aceptado como correcto por la House of Lords en Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways (2000). Por otro lado, en los contratos basados en responsabilidad objetiva no se aplica la contribución a la negligencia y el acta de 1945 es irrelevante, lo que fue confirmado por la Court of Appeal en Barclays Bank plc v. Fairclough Building Ltd. Ante esta situación, The Law Commission ha recomendado que la contributory negligence pueda estar disponible donde ha existido el incumplimiento contractual de un deber de razonable cuidado, exista o no coincidencia con un tort. Ver Stone, Richard, The modern law of contract, 5.^a edición, London, Cavendish publishing limited, 2002, pág. 451. Finalmente, repetimos la opinión de Cattaneo indicada en nota anterior, en el sentido de que en la regulación de la culpa del perjudicado como reducción de la responsabilidad, el civil law ha sido pionero, mencionando como ejemplo los Códigos civiles austríaco, suizo e italiano. Por el contrario, en Inglaterra sólo se estableció en el Act de 1945, ya referida, y en Norteamérica fue pionero el Estado de Mississippi en 1910. Ver también Yzquierdo, Sistema, cit., pág. 206. Respecto a la regla The only obligation broken is to pay money se considera que se estableció en la causa London, Chatham and Dover Rly Co. vs. South Eastern Rly (1893), según la cual cuando la obligación incumplida es pagar una suma de dinero, no se conceden daños y el remedio es únicamente el otorgar la suma acordada. Esta regla

39.2.1.- . REMOTENESS

Es una institución de antiguo origen -es posible encontrarla en los *years books* a partir del año 1471¹²⁶⁸, y hoy en día se le considera la principal restricción de la indemnización de daños en la doctrina del *common law*. Se dice que en los contratos, por regla general, su objetivo es determinar si las pérdidas han sido razonablemente contempladas (*reasonable contemplation*), y en lo que respecta a los *torts*, su finalidad es establecer si los perjuicios han sido razonablemente previsibles por el demandado (*reasonable foreseeability of harm*)¹²⁶⁹.

El fundamento de esta regla es la injusticia que significaría imponer al demandado una gran responsabilidad, haciéndolo soportar pérdidas que no pudo razonablemente haber contemplado o previsto. Pero no se crea que es única y exclusivamente un sentido de justicia lo que determina su existencia en el *common law*. En el caso específico de los contratos, su aplicación es también justificada por la necesidad de contar con una racional eficiencia económica, ya que él alienta la divulgación de información sobre inusuales potenciales pérdidas, y al tener el demandado total conocimiento de los riesgos, puede actuar en consecuencia¹²⁷⁰. En los *torts* también existe una razón de índole económica para justificar su aplicación. Se dice que el notable incremento de los accidentes debido a la revolución industrial, las máquinas y los trenes, determinó la necesidad de limitar los daños resarcibles para, de esta forma, no sofocar el naciente desarrollo del capitalismo¹²⁷¹.

Aunque nuestro estudio versa sobre la extensión del daño contractual, creemos convenientes referirnos a los principales casos de remoteness dictados en materia de *torts*,

tiene dos sentidos: primero, no se pueden obtener intereses, y segundo, no se puede pedir compensación por otras pérdidas causadas por la falta de recepción del dinero acordado. Sin embargo, esta regla se ha restringido o reducido. Así, en lo que respecta a su primer sentido, se ha reconocido el pago de intereses (s 35 A of the *Suprem Court, Act 1981*), pero conforme a *Tehno-Impex vs. Gebr Van Weelde Scheepvaartkantoor BV (1981)* no se extiende a las sumas pagadas antes de iniciarse el procedimiento. Sin embargo, en *President of India vs. La Pintada Compania Navigacion (1985)* se anuló el fallo *Tehno-Impex*. El segundo sentido de la regla ha sido total o casi totalmente eliminada por la decisión *Wadsworth vs Lidia, 1981*. Véase también *Burrow*: "Remedies, op. cit. p. 97 y 98.

¹²⁶⁸ Marty: "La relation de cause a effet comme condition de la responsabilité civile», p. 696.

¹²⁶⁹ *Burrows*: "Remedies, op. cit." P. 39

¹²⁷⁰ *Ibid*, p. 40.

¹²⁷¹ Gallo, Paolo, L elemento oggettivo del *tort of negligence*. Indagine sui limiti della responsabilità delittuale per *negligence* nei paesi di *common law*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1988, pág. 29.

por las innegables relaciones entre ambas responsabilidades, según se apreciará al ver la aplicación del criterio en estudio en uno y otro ámbito.

39.2.2.-. TORTS

Resulta evidente la importancia que tiene precisar y uniformar el criterio con que se aplicará el remoteness, pues sólo así se podrá determinar con certeza los perjuicios que merecen ser indemnizados y los que no. Lamentablemente, hasta el momento no parece haberse llegado a buen puerto en este aspecto. Más bien da la impresión que los Tribunales se han debatido entre dos tendencias: una que permite dar amplitud al resarcimiento y otra que tiende a su restricción.

Para ilustrar lo anterior, nada mejor que recordar una decisión extrema, como lo fue el caso *Scott vs. Shepherd*, juzgado en 1773 por la Court of Common Pleas, donde se aplicó un criterio de proximidad estricto¹²⁷². Lentamente las decisiones son orientadas hacia uno de carácter más flexible y de esta forma, se llega a un dictum del año 1850, dictado en el caso *Rigby vs. Hewitt*, donde se indica que es causa próxima toda circunstancia de naturaleza apta para provocar un daño según la previsión de un hombre razonable (*The foresight of a reasonable man*). Este criterio se consagra en el caso *Lynch vs. Knight*, (1861), aunque no han dejado de existir dudas o retrocesos¹²⁷³

¹²⁷² El caso consistió en que una persona tira un objeto inflamable en la calle de un mercado que cae en un box de un comerciante que lo rechaza enseguida hacia su vecino y éste, a su vez, hace lo mismo y así sucesivamente, hasta que finalmente lesiona y quema a una persona. Se decide que la causa próxima del daño es el acto del último que ha lanzado el objeto inflamable, recayendo la responsabilidad sobre él y no sobre el primero que había lanzado el objeto inflamable. Citado por Marty, «La relation de cause a effet comme condition de la responsabilité civile», cit. p.696.

¹²⁷³ Como lo prueba el caso *Smith vs. London and southwestern Railway* (1870), decidido por la corte de Echiquier: los obreros de una empresa cortaron la hierba y talaron los árboles durante el verano, pero no la retiraron. Al cabo de dos semanas se prendió fuego y el viento los llevó por el aire hasta quemar a 200 metros la casa del demandante. La corte resuelve que la compañía era responsable, aunque las consecuencias de la negligencia no fueran normalmente previsibles, y agrega que la cuestión de la previsibilidad sólo tiene importancia para la culpa, es decir, para determinar si han sido negligentes y en la afirmativa no puede restringirse su responsabilidad. Marty, «La relation de cause a effet...», cit., págs. 696 y 697. Ver también Tunc, André, «Les recents developpements des droits anglais et americain sur la relation de causalite entre

En el año 1931, se produce un cambio en la jurisprudencia con el famoso caso *Polemis vs. Furness, Withy and Co.* juzgado por la Court of Appeal. Los hechos son los siguientes: El demandante era el propietario de un barco que arrendó a una sociedad. Los trabajadores de la arrendataria, mientras efectuaba un cargamento, dejaron caer una bandeja o placa metálica en el dique donde se encontraban los toneles de petróleo que, producto de un pequeño escape, liberaban vapores inflamables. El golpe de la placa provoca una chispa que inflama los vapores y la nave se incendia. El propietario demanda a su arrendataria y ésta se defiende alegando que el daño no podía ser considerado como la natural y probable consecuencia de la negligencia cometida por sus trabajadores.

La Court of Appeal descarta la objeción de la previsibilidad del daño; señala que la única cuestión a decidir, por el examen de los hechos, es el relativo a la existencia de un nexo de causalidad suficientemente directo entre la negligencia y el daño; y, en definitiva, decide que el nexo directo ha existido en el caso concreto. En resumen, según la regla del caso *Polemis*, el demandado es responsable por todas las consecuencias directas de su negligencias, sin impostar que pueda o no haberlas previstas un hombre razonable ¹²⁷⁴

Si bien el fallo en estudio no emanó de la cámara de los Lores, se estimó que establecía la nueva regla de derecho aplicable. Pero, como podrá suponerse, esta decisión fue objeto de numerosas críticas y los Tribunales se esforzaron en ignorarla por la vía de la restricción o distinción. Es así que en el año 1961 se produce un nuevo vuelco en la jurisprudencia, y la regla del *Polemis* fue desautorizada o anulada en *Overseas Tankship (UK) Ltd. vs. Morts Dock & Engineering Co. Ltd., The Wagon Mound*. Los hechos son los siguientes.

Los demandados descargaron negligentemente una gran cantidad de petróleo sobre la bahía, extendiéndose el derrame hasta el muelle perteneciente a los demandantes, los que se encontraban reparando un barco. Estos últimos vieron la sustancia sobre el

la faute et le dommage dont on doit réparation», en *Revue Internationale de Droit comparé*, París, 1953, p. 10.

¹²⁷⁴ Burrows, *Remedies*, cit., pág. 40; Marty, «La relation de cause a effet...», cit., págs. 697 y 698; Tunc, «Les recents developpements...», cit., págs. 10 y 11, y Pantaleón, Fernando: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990, p. 1590.

agua, pero no creyeron que fuera inflamable y continuaron sus faenas. No podían estar más equivocados, pues el metal incandescente, producto de los trabajos de reparación, cayó sobre el agua, hizo arder el petróleo y causó graves daños en el muelle de los actores.

El Privy Council estableció que los demandados no fueron responsables de los daños causados por el incendio, pues mientras ellos pudieron razonablemente prever daños para el muelle por ensuciar, no pudieron conocer o razonablemente prever que el muelle pudiera ser dañado por un incendio, cuando descuidadamente descargaron petróleo. El vizconde Simonds expresa la regla en los siguientes términos: *It is the foresight of the reasonable man which alone can determine responsibility*¹²⁷⁵.

De esta forma, se substituye el criterio direct del Polemis por el de reasonable foreseeable, contenido en *The Wagon Mound Test*¹²⁷⁶. En todo caso, y aunque continúa siendo la regla vigente, ha ido perdiendo adherencia debido a que las cortes han decidido no limitar la responsabilidad del demandado hasta el grado indicado en él, por lo que ya no resulta tan importante la diferencia con el anterior test. Cinco son las razones que, en opinión de la doctrina, han restringido la aplicación de este case law.¹²⁷⁷

¹²⁷⁵ Burrows, Remedies, cit., págs. 40 y 41, y Pantaleón, «Causalidad e imputación objetiva...», cit.p. 1590-1591.

¹²⁷⁶ Gallo, , L elemento, cit., págs. 32 y 91, señala que, en los países del common law, la previsibilidad tiene 3 diferentes funciones: en el juicio de culpabilidad (Breach of de Duty); para constatar la existencia de un deber de cuidado (Duty of Care), y en materia de causalidad jurídica.

¹²⁷⁷ 1. Si el tipo de daño físico es razonablemente previsible no importa la previbilidad de su extensión. Así en *Hughes vs. Lord Advocate* nada se dijo porque las heridas fueron más serias de las que habrían sido razonablemente previsible. También en *Vacwell Engineering Co. Ltd. vs. BDH Chemicals Ltd.*, el daño fue razonable, pero no su magnitud ni la extensión del daño. 2. La noción sobre el tipo de daños físicos que necesita ser razonablemente previsible permite a la corte discreción para determinar hasta cuándo puede extenderse la responsabilidad del demandado. 3. Sigue vigente el principio *thin skull* y el demandado toma a su víctima en las condiciones físicas que la encuentra. Así se decidió en *Smith vs. Leech Brain & Co. Ltd.*, donde se resolvió la responsabilidad por la muerte por cáncer de una paciente, por no haberle facilitado un mascarilla ante una herida en un labio que fue el agente promotor del cáncer. 4. El *Wagon Mound Test* no afecta el principio de que no es necesario la previsión del quantum (puede injuriarse a un millonario o dañarse una valiosa obra de arte). Este principio es visto como una decisión política de que tales pérdidas no deben ser consideradas remotas aunque sean imprevisibles. Es incierto si el principio se extiende a los beneficios consiguientes (profits consequences) de daños físicos o a otras pérdidas financieras. 5. El grado de probabilidad de las pérdidas requeridas no ha sido discutido en los casos de torts, con la excepción del *Wagon Mound 2*, donde se exige un bajo grado de probabilidad para

Según Gallo en materia de legal cause -legal causation o causation in law como también se le conoce-, se contraponen dos criterios: el de las consecuencias directas (direct causation), desarrollado en el ámbito de la responsabilidad por dolo, y el de las consecuencias previsibles (foreseeability), propio de la responsabilidad por culpa¹²⁷⁸. Ejemplo de la aplicación del primer criterio sería el trespass, y del segundo el tort of negligente. Sobre la base de lo anterior, es posible concluir que en el common law, de forma semejante a los sistemas latinos, la extensión de la indemnización es diversa según el elemento subjetivo que concurra -dolo o culpa-; pero existe una diferencia entre ambos sistemas: aquí la distinción se da en la responsabilidad extracontractual, mientras que en la regulación del Code francés, es propia de la contractual.

Por último, resulta útil consignar que la regla del remoteness es de general aplicación en materia de tort, y únicamente no es aplicable a los casos de tort of deceit y remedy for negligent misrepresentationn under s 2 (1) of the misrepresentation act 1967, donde se declaran indemnizables todas las consecuencias sin considerar la limitación en estudio

39.2.3. -RUPTURA DE CONTRATO O BREACH OF CONTRACT

Se dice que el sistema de la extensión del daño del common Law, en materia contractual, fue importado de Francia, y ello no se debió a mera casualidad, sino a la influencia que Pothier ejerció en determinados sectores de la sociedad norteamericana e inglesa. Prueba de ello es el art. 1928 del Código de Luisiana, que siguió de modelo al art. 1150 del Código Civil francés. Otro antecedente es la temprana traducción a lengua inglesa de su obra: en Norteamérica, ya en el año 1802, apareció la traducción de Francis-Xavier Martín, bajo el título de A treatise on obligations considered in a moral and legal view, y en Inglaterra, en el año 1806, el Traité des obligations fue traducido por W. D. Evans, bajo el nombre de A treatise on the law of obligations or contracts. Manifiesta también esta influencia las obras de autores norteamericanos que comentaban las normas

ser previsible.

Asimismo, véase Burrow Remedies, cit., págs. 41 a 44. Ver también la crítica al caso Smith vs. Leech Brain & Co. Ltd., en Pantaleón” Causalidad e imputación objetiva”, cit. 1568.

¹²⁷⁸ Gallo, Il elemento, op. cit. P. 92 yss.

sobre previsibilidad de daños contractuales. Es el caso, entre otros, de Theodor Sedgwick en su *Treatise on the measure of damages*¹²⁷⁹.

Todo lo anterior, si bien demuestra el influjo de Pothier en el Derecho anglosajón, no habría sido suficiente para provocar la recepción de la regla de la previsibilidad si no hubiesen existido además razones políticas y económicas de fondo para ello. En efecto, la actividad industrial y comercial requería reglas claras respecto a la distribución de los riesgos en materia contractual. La nueva clase empresarial exigía un derecho cierto y previsible, que estuviere libre del arbitrio de los jurados y que le permitiera calcular, con la mayor exactitud posible, las consecuencias jurídicas de sus decisiones para, de esa manera, efectuar un análisis de coste-beneficio. Además, se necesitaba que dichas reglas subsidiasen la nascente actividad económica, impidiendo que se la gravase con altos costos derivados de su responsabilidad contractual.

Analizado el contexto histórico de la admisión del sistema latino de extensión del daño por parte del common law, pasaremos a estudiar las decisiones judiciales que perfilaron el requisito de la previsibilidad del daño.

39.2.31.- *Caso Hadley vs. Baxendale (1854)*

Resulta conveniente aclarar que no fue el primero en la materia (antes de él existieron otros), y se trata más bien un caso de torts y no de contracts, pues el actor desistió de la pretensión contractual que contenía su demanda¹²⁸⁰. No obstante lo anterior, nadie puede dudar que nos encontramos ante un leading case -sin duda uno de los más comentados y estudiados en la literatura inglesa-, que marcó la pauta para todos los fallos

¹²⁷⁹ Ibbentson D. J, *A historical introduction to the law of obligations*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2001, pág. 220 y nota 4, y Pantaleón, «El sistema de responsabilidad contractual», cit. p. 1081 y 1082.

¹²⁸⁰ Domínguez Hidalgo, *El daño moral*, cit., pág. 503, y notas 27 y 28 de la misma página. Se indica que algunos pronunciamientos habían apuntado en el mismo sentido con anterioridad al caso *Hadley vs. Baxendale*. La regla de la previsibilidad había sido invocada expresamente en *Williams vs. Barton* [1839], en *Blanchard vs. Ely* [1839], y en *Watr vs. Towers* [1853], donde la propia Corte de Exchequer denegó una demanda por lucro cesante, citando en apoyo de esta decisión la regla de la previsibilidad francesa. Agrega que el caso no era propiamente de contracts, sino de torts, pues si bien la demanda contenía inicialmente dos pretensiones -una contractual y otra de torts-, *Hadley* se desistió de la acción contractual. Ver también Ibbetson, *A historical introduction to the law of obligations*, cit., pág. 230 y nota 70 de la misma página.

siguientes en materia de previsibilidad del daño contractual. Los hechos fueron más o menos los siguientes: La demandante era propietaria de un molino en Gloucester, cuya producción había quedado paralizada como consecuencia de la rotura de un eje. Ante esta situación, encargó a la demandada el transporte de dicho eje roto hasta la fábrica de Greenwich, donde debía construirse otro nuevo, utilizando como modelo la pieza rota. Este encargo fue incumplido por la demandada, al demorar negligentemente el envío durante varios días.

La actora entabló demanda de indemnización de perjuicios, y solicitó como resarcimiento los beneficios que la paralización del molino había frustrado durante los días de demora en la entrega, ascendente a la suma de 300 libras. En primera instancia el juez dejó la cuestión al arbitrio del jurado, que estimó en parte la pretensión. Sin embargo, los demandados apelaron reclamando un nuevo juicio por falta de adecuadas instrucciones al jurado. La apelación tuvo éxito, y al juez Alderson B., miembro de la corte de Exchequier, le correspondió indicar los criterios o principios en los que el nuevo juez debía instruir al jurado que se pronunciaría por los daños debidos en este incumplimiento contractual. Estos se fijaron los siguientes términos¹²⁸¹:

Sólo se responde de aquellos daños que puedan considerarse en abstracto equitativa y razonablemente consecuencia natural -esto es, conforme al usual curso de las cosas-, de tal incumplimiento contractual; o bien de aquellos que razonablemente pueda

¹²⁸¹ «Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such of breach of contract, should be such as may fairly and reasonably be considered, either arising naturally, ie according to the usual course of things from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, would only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally», Hadley vs. Baxendale (1854), 9 Ex 341, citado en Burrows, Remedies, cit., pág. 45, y NavasNavarro, Susana, «El resarcimiento de daños en los principios europeos de derecho de los contratos (con especial referencia al Derecho español)», en Revista Actualidad Civil, tomo 2000-4, n.º 34, LA LEY, Madrid, pág. 1244. Para la traducción al español, que figura en el cuerpo del escrito, se tuvo presente las que figuran en las obras de Pantaleón, «El sistema de responsabilidad contractual», cit., págs. 1080 y 1081, y Soler, La valoración del daño, cit., p. 46 y 47.

considerarse que fueron contemplados por ambas partes al tiempo de contratar como probable resultado del incumplimiento contractual.

Si las especiales circunstancias bajo las que el contrato efectivamente fue celebrado fueron comunicadas por la parte demandante a la parte demandada, y conocidas de esa manera por ambas partes, los daños derivados del incumplimiento de tal contrato y que las partes razonablemente contemplaron, sería la cantidad de perjuicio que ordinariamente se derivaría de un incumplimiento de contrato, bajo esas especiales circunstancias así comunicadas y conocidas.

Por el contrario, si las circunstancias especiales del contrato fueron absolutamente desconocidas por la parte incumplidora, sólo puede suponerse que como máximo ha contemplado la cantidad de perjuicio que se derivaría generalmente de un contrato de dicha naturaleza, no caracterizado por circunstancias especiales.

En concreto, se falló en este caso que ninguna de las dos reglas fue satisfecha. En efecto, se estimó que las pérdidas por la falta de funcionamiento del molino, no pudo considerarse una natural consecuencia del incumplimiento, pues en una gran cantidad de casos la ausencia de un eje no habría causado tal paralización, ya que usualmente el dueño del molino habría tenido otra pieza en reserva o se habría conseguido una; tampoco estuvo esta pérdida en la contemplación de ambas partes, porque el demandado desconocía la especial circunstancia de no poder reiniciarse el molino hasta que no volviera la pieza¹²⁸².

Para nuestro estudio, el caso *Hadley vs. Baxendale* es importante por dos aspectos. El primero, es la relevancia que se da al knowledge. Se indica que la regla del remoteness es evaluada atendiendo al conocimiento que las partes tenían al tiempo en que el contrato fue celebrado. La razón o fundamento de ello es que la conciencia de un particular riesgo puede afectar los términos del contrato. Si el conocimiento se adquiere después de la formación del contrato es irrelevante para la regla de remoteness. Además, se exige algo más que la mera conciencia, pues deber ser claro que la información relevante se suministra con la intención que la otra parte asuma el riesgo dado a conocer por medio de dicha información. Por lo mismo, la mención casual de un particular hecho no sería

¹²⁸² Burrows, Remedies, cit., pág. 46. Se estimó que ninguna de las dos reglas estaba satisfecha, a pesar de que un empleado del demandante afirmó haber informado a los demandados sobre el riesgo extraordinario en caso de incumplimiento; testimonio que, al parecer, no convenció al juez Alderson. Ver Soler, La valoración del daño, p. 47.

suficiente. El otro aspecto por el cual es importante es el test de la reasonable contemplation. Se dice que en Hadley se expresan dos reglas o, si se prefiere, una formulación bipartita de la regla. La primera se refiere a las naturales consecuencias del incumplimiento y la segunda está referida a la contemplación de las partes. Estas reglas fueron reformuladas en una sola a partir de Victoria Laundry, que veremos a continuación.

39.2.3.2.- *Caso Victoria Laundry (Windsor) Ltd. vs. Newman Industries Ltd. (1949)*

La regla de la previsibilidad establecida en Hadley vs. Baxendale fue reformulada y precisada por el presente caso, cuyos supuestos de hecho son los siguientes: los demandantes, dueños de una lavandería y de una tintorería, decidieron extender sus negocios y obtuvieron unos contratos extraordinariamente beneficiosos con la Administración; pero para cumplir con estos nuevos convenios necesitaban una caldera nueva de mayor capacidad que la existente. La demandada, una firma de ingenieros, se obligó a entregar la caldera solicitada el día 5 de junio. Sin embargo, por daños en el traslado, recién el día 8 de noviembre pudo cumplir su obligación. La empresa incumplidora conocía el rubro de la actora y que esta pensaba extender sus negocios, pero ignoraba los acuerdos extraordinariamente beneficiosos que tenía en perspectiva con el Estado¹²⁸³.

Ante el incumplimiento, se demandó una indemnización de perjuicios por las ganancias dejadas de obtener a causa del retraso en la extensión del negocio, y otra indemnización por la pérdida de los extraordinarios beneficios que le habrían reportado los contratos con la Administración. La primera pretensión fue estimada. La segunda, sólo hasta la cuantía de los beneficios que de haberse entregado la caldera a tiempo, se habrían podido obtener con contratos ordinarios, y no se indemnizaron las extraordinarias pérdidas de provecho, pues fueron consideradas muy remotas, por no surgir naturalmente y no estar en la contemplación de las partes al momento de contratar, desde el momento que el demandado desconocía el contrato de suministro con el Estado.

Para llegar a esta conclusión, se utilizaron los mismos argumentos que en Hadley vs. Baxendale, pero expuestos en forma más ordenada, correspondiendo al juez L. J.

¹²⁸³ En la exposición del presente caso, se ha seguido a Pantaleón en su artículo «El sistema de responsabilidad contractual...», cit., p. 1083 y ss.

Asquith su reelaboración. Los fundamentos principales de la sentencia fueron los siguientes:

En caso de incumplimiento de contrato, la indemnización debe limitarse al daño efectivamente sufrido que era razonablemente previsible, al tiempo de contratar, como susceptible de derivarse del incumplimiento.

Lo «razonablemente previsible» depende de la información entonces poseída por las partes, o, en todo caso, por la parte que posteriormente incumple.

Debe distinguirse entre un conocimiento imputado y otro efectivo: son de los primeros, aquellas circunstancias cuyo conocimiento, por ser general o común, debe presuponerse que el deudor posee, tanto si efectivamente es así como si no lo es. Se considera que cualquiera conoce el «ordinario discurrir de las cosas» y, consecuentemente, qué perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir. Esta es la materia objeto de la «primera regla» de Hadley vs. Baxendale. A este conocimiento, puede tener que añadirse en un caso concreto la información que realmente se posea sobre circunstancias especiales, que en un incumplimiento puedan producir un mayor perjuicio. Aquí ya estamos en presencia de la «segunda regla», a fin de que también se indemnice el perjuicio adicional¹²⁸⁴.

¹²⁸⁴ El fragmento más interesante del fallo en su traducción al español, que se transcribe a continuación, se extrae del artículo de Pantaleón, tantas veces citado en este capítulo, pág. 1083. «1. Está bien establecido que la finalidad que gobierna a la indemnización de daños es la de poner a la parte cuyos derechos han sido violados en la misma situación, en la medida en que el dinero puede hacerlo, que si sus derechos hubiesen sido respetados [...]. Esta finalidad, si implacablemente perseguida, le proporcionaría un completo resarcimiento de todo perjuicio derivado de facto de un concreto incumplimiento, por más que improbable, por más que impredecible. Esto, al menos en materia de contratos, es considerado una regla demasiado dura. Por ello: 2. En los casos de incumplimiento de contrato, la parte dañada solo tiene derecho al resarcimiento de aquella parte del perjuicio efectivamente causado que era razonablemente previsible, al tiempo de contratar, como susceptible de derivarse del incumplimiento. 3. Qué era, en ese momento, razonablemente previsible, depende de la información entonces poseída por las partes, o, en todo caso, por la parte que posteriormente incumple. 4. A estos efectos, la información “poseída” es de dos clases: una imputada; la otra efectiva. Se considera que cualquiera, como persona razonable, conoce el “ordinario discurrir de las cosas” y, consecuentemente, que perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir. Esta es la materia objeto de la “primera regla” de Hadley vs. Baxendale. Pero a esta información, que quien incumple un contrato se entiende que posee, tanto si

En Victoria Laundry se considera particularmente interesante la reformulación de las dos reglas contenidas en el caso Hadley. Stone indica que la regla de Hadley tiene dos partes: la primera relativa a las naturales consecuencias del incumplimiento y la segunda referida a la contemplación de las partes. No obstante, en los casos posteriores (Victoria Laundry vs. Newman Industries Ltd. y Koufos vs. Czarnikow Ltd., The Heron II), se interpretó que ellas son en realidad dos aspectos de un mismo principio. La situación debe ser mirada a través de los ojos de un razonable demandado que habría presumiblemente contemplado las normales clases de pérdidas que se siguen del incumplimiento. Para que se indemnicen los daños provenientes de circunstancias inusuales, debe comprobarse que el particular demandado ha tenido suficiente conocimiento, ser consciente de los riesgos que provocaron los excepcionales perjuicios. De lo expuesto, concluye este autor que el test es simple, y consiste en lo que razonablemente el demandado pueda esperar como posible consecuencia de su incumplimiento, considerando su estado de conocimiento.

Por nuestra parte, entendemos la reformulación de la siguiente manera. En el caso Hadley, se dieron cuatro orientaciones para determinar el daño resarcible: dos reglas de reasonable contemplation (las consecuencias de un incumplimiento según el usual curso de las cosas y la razonable contemplación de ambas partes como resultado probable del incumplimiento), y dos reglas de knowledge (conocimiento o no de las especiales circunstancias del contrato incumplido). En Victoria Laundry se indica una sola regla de contemplation, y dos de conocimiento o knowledge (información imputada y efectiva). De esta forma, las cuatro orientaciones de Hadley quedan a reducida a tres.

efectivamente es así como si no, puede tener que añadirse en un caso concreto la información que aquél realmente posea sobre circunstancias especiales fuera del “ordinario discurrir de las cosas”, de tal clase, que un incumplimiento en esas especiales circunstancias sería susceptible de producir un perjuicio mayor. Esa hipótesis hace que entre en juego “la segunda regla”, a fin de hacer también indemnizable el perjuicio adicional. 5. Al efecto de que quien incumple el contrato sea responsable bajo cualquiera de las reglas, no es necesario que efectivamente se haya preguntado qué perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento. Como con frecuencia se ha hecho notar, en el momento de contratar las partes no contemplan el incumplimiento del contrato, sino su cumplimiento. Basta que, si hubieran considerado la cuestión, hubiese concluido, como una persona razonable, que el perjuicio en cuestión era susceptible de producirse [...]. 6. Ni, finalmente, para hacer un concreto perjuicio resarcible, necesita ser demostrado que, dado un nivel de información, la parte demandada, actuando como una persona razonable, pudiera prever que un incumplimiento conduciría necesariamente a ese perjuicio. Basta [...] con que el perjuicio (o algún factor sin el cual no habría ocurrido, sea una “seria posibilidad o riesgo real”.

Para lograr esta reducción, el Juez Asquith, en el número 2 del fallo, formuló una única regla de contemplation (la razonable previsibilidad del perjuicio al tiempo de contratar como susceptible de derivarse del incumplimiento)¹²⁸⁵; y la otra regla de contemplation en Hadley -el curso usual de las cosas (ordinary course of things)-, deja de ser tal y pasa a integrar una de las reglas de knowledge, específicamente la denominada información imputada (número 4 del fallo). Esto último se aprecia claramente al recordar lo señalado por la sentencia, en el sentido que se considera que cualquier persona conoce el ordinario discurrir de las cosas y, consecuentemente, conoce los perjuicios susceptibles de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir¹²⁸⁶

Finalmente, podemos indicar que en Victoria Laundry lo razonablemente previsible depende de las circunstancias conocidas por la parte incumplidora al contratar, distinguiendo entre la información imputada, donde se integra el ordinario discurrir de las cosas según ya vimos, y la denominada información efectiva, que individualiza aquellas circunstancias especiales que no tiene porqué conocer el deudor y cuyas consecuencias sólo se tomarán en cuenta si efectivamente las conoció.

39.2.3.3. - *Caso Koufos vs. Czarnikow Ltd., the Heron II (1969)*

Los hechos del caso son los siguientes: un barco fue contratado para trasladar azúcar de Constanza a Basrah. Al tiempo de acordar el transporte, el demandante tenía la intención de vender el azúcar tan pronto se llegara a puerto. El dueño del barco desconocía esto último, pero sabía que existía un mercado de azúcar en Basrah. Se incumplió el contrato, pues se llegó nueve días tarde. Durante estos nueve días el mercado de precios del azúcar se fue a la baja y el actor demandó daños por la pérdida de provechos en razón del menor valor experimentado por su mercancía.

Aquí se presentó el problema de determinar si el demandado podía ser declarado responsable por las pérdidas derivadas de la baja en el precio del azúcar, desde el momento en que no tenía conciencia explícita que la finalidad del traslado era la venta de la mercancía. Se estimó que es innecesaria la existencia de una cláusula contractual expresa, si las partes contratantes conocían las especiales circunstancias del caso y es razonable inferir de las mismas que podría resultar un perjuicio particular.

¹²⁸⁵ Was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable to result from the breach.

¹²⁸⁶ Compárese la expresión utilizada en Hadley: «usual course of things» y la expresión «ordinary course of things» utilizado e Victoria Laundry.

Tema central para el Tribunal fue dar respuesta a la siguientes preguntas: para que las pérdidas se estimen razonablemente contempladas por el demandado al tiempo del contrato, ¿qué grado de probabilidad de su ocurrencia se exige?, y ¿se requiere el mismo grado de probabilidad de pérdida indicado para los torts en el Wagon Mound Test? En lo esencial, se acordó que en los contratos se requiere un mayor grado de probabilidad de ocurrir las pérdidas.

Recordemos que en torts, en general, no se ha discutido el grado de probabilidad de las pérdidas requerida, salvo en el Wagon Mound II, donde se indicó que era suficiente un bajo grado de probabilidad para ser previsible. En cambio, del test de Heron II, analizado en su conjunto, se concluye que en los contratos el criterio es más estricto, y las pérdidas deben estimarse muy remotas cuando el demandado puede no haberlas contemplado como una seria posibilidad, si él hubiese reflexionado sobre el incumplimiento al tiempo de contratar.

Lamentablemente, no existió un nítido consenso sobre qué tan alto grado de probabilidad debe existir, y la mejor síntesis del problema es, quizás, la efectuada por Lord Denning en la interpretación de *Parsons vs. Uttley Ingham*, donde señaló que mientras una baja posibilidad de pérdidas ocurridas es requerida en los torts, una seria posibilidad es exigida en contratos¹²⁸⁷

En todo caso, y en lo que dice relación con el caso concreto, la House of Lord sostuvo que se debía la indemnización, pues no era improbable que el azúcar fuera vendido apenas llegara a destino, y, por lo mismo, el grado de riesgo que ha debido ser contemplado ante la pérdida demandada no puede estimarse remoto.

De lo expuesto, resulta también interesante hacer presente que la previsibilidad del perjuicio es elemento esencial para que nazca la responsabilidad, pero no es suficiente, pues se requiere, además, la probabilidad de que se realice el evento dañoso. Con ello, podríamos concluir que la probabilidad no es un elemento de la previsibilidad, sino un factor independiente a ella. Así, se dice que un daño puede ser previsto, pero altamente improbable¹²⁸⁸

¹²⁸⁷ Burrows, Remedies, p. 47

¹²⁸⁸ Gall, *Il elemento...* cit. P. 21.

39.2.3.4.- *El caso Parsons vs. Uttley Ingham (1979)*

Los hechos de este caso los podemos resumir de la forma siguiente: el demandado suministró al actor una tolva destinada a almacenar comida para sus cerdos. Pero este receptáculo no fue proveído de una adecuada ventilación, por lo que la comida se enmoheció y mucho de los animales contrajeron una rara enfermedad intestinal. El demandante reclamó daños por la pérdida sufridas. Los tres jueces de la Court of Appeal, aunque no tuvieron un razonamiento uniforme, concluyeron que los perjuicios alegados no eran remotos y, en consecuencia, dieron lugar a la demanda.

Para el tema de la extensión del daño, el caso Parsons no sólo es importante por reiterar la doctrina del caso Heron II, en el sentido de estimar que el test para los contratos debe ser más estricto que en los torts¹²⁸⁹; sino también porque hace hincapié en que se debe atender al tipo o clase de daño antes que a su extensión o a la precisa forma en que se produce u ocurre. Esto último nos lleva al viejo problema de si la previsibilidad se refiere sólo al tipo de daños o también incluye a su cuantía. Según Victoria Laundry se refiere a ambos. En el mismo sentido se pronuncian fallos anteriores que le habrían servido de precedente, como por ejemplo Cory vs. Thames Ironworks Co. (1868)¹²⁹⁰. Sin embargo decisiones posteriores a Victoria Laundry -Wroth vs. Tyler (1974) y Vacwell

¹²⁸⁹ Es interesante tener presente lo expresado por Lord Denning, uno de los jueces del caso Parsons, en el sentido de que existen dos tests, dependiendo del tipo de daños: en el caso de pérdidas de provecho, se aplica un test estricto denominado contract test, y en el caso de los daños físicos como las lesiones personales, los daños a la propiedad y los gastos incurridos se aplica el test menos estricto, propio de los torts y conocido como The Wagon Mound Test.

¹²⁹⁰ La demandante entregó un casco de una determinada embarcación con 6 meses de retraso. En atención a la actividad profesional del demandante se esperaba que lo utilizase para almacenar carbón y en ese caso, la ganancia dejada de obtener habría sido de 420 libras. Sin embargo, el actor proyectaba utilizarlo como un método revolucionario de transferir carbón de los barcos carboneros a las gabarras, y las ganancias que dejó de obtener se elevaron a 4.000 libras. La indemnización se fijó sólo en 420 libras. En opinión de Pantaleón, «El sistema de responsabilidad contractual...», cit., págs. 1038 y 1039, al igual que Victoria Laundry, aquí la previsibilidad no solamente sería del tipo o clase de daño, sino también su cuantía.

Engineering Co. Ltd. vs. BDH Chemicals Ltd. (1971), entre otros-, al igual que Parsons, han indicado que se exige sólo la previsibilidad de la clase de daños. En todo caso, se han evitado los juicios categóricos, al señalar que la distinción carece de contornos precisos.

De todo lo expuesto en materia de Remoteness, podemos indicar las siguientes observaciones finales. En primer lugar, existe actualmente una clara diferenciación entre la responsabilidad por torts y por breach of contract, siendo más estricto el test en estos últimos y, por tanto, más restringida su responsabilidad¹²⁹¹. Una segunda observación, es el hecho que en materia de torts no siempre recibe aplicación este criterio delimitativo: por regla general sí; pero existen casos excepcionales en que no se considera (trespass, v. gr.). Como tercera y final observación, los autores indican que no es del todo claro que este criterio deba identificarse necesariamente con nuestro criterio de la previsibilidad, y resulta perfectamente posible estimar que es más bien equiparable a la exigencia de la adecuación causal; idea que cobra especial fuerza si nos situamos en la responsabilidad por torts¹²⁹².

¹²⁹¹ Domínguez Hidalgo: El daño moral, cit., pág. 504- señala que en los torts los daños a indemnizar son mayores, puesto que se resarcen todos los perjuicios próximos al acto dañoso, «incluso si no han podido ser previstos por el deudor». Agrega que la distinción se encuentra claramente recogida en los Restatements. Así el Restatements of torts dispone: «El hecho de que la conducta del actor fuera sustancial en las lesiones de otro es suficiente para su responsabilidad, independientemente de si el perjuicio fue previsto o era previsible por el actor» (art. 465), y el Restatements of contracts, por su parte, expresa: «Los daños no son resarcibles cuando la parte infractora no los previó como un resultado razonable del incumplimiento en el tiempo en el que el contrato se celebró» (Art 351).

¹²⁹² Para Marty, el criterio de la previsibilidad por un hombre razonable está mucho más cercano con la teoría de la causalidad adecuada, «La relation de cause a effet...», cit., pág. 696. Carrasco indica que no se puede determinar con precisión si el criterio de la previsibilidad en el ámbito contractual, según las remoteness rule, traduce la concepción original de Pothier o se inclina hacia la previsibilidad propia de la doctrina de la adecuación, Comentario, cit., pág. 719. Soler, La valoración del daño, cit., pág. 50, por su parte, califica de bizantina la diferenciación del grado de previsibilidad entre responsabilidad contractual y extracontractual, porque son dos criterios esencialmente distintos: La foreseeability equivale más bien al criterio de adecuación de nuestro sistema y la contemplation sería la previsibilidad en materia contractual. Por último, según DomínguezHidalgo, El daño moral, cit., pág. 588, en el common law, producto del desplazamiento de la previsibilidad al duty of care, la determinación de los daños ha quedado sujeta a las mismas reglas tanto en los torts como en los contratos, y el límite de los remoteness, equivalente a la causalidad, es aplicado de modo muy semejante en ambas sedes.

39.2.4-. IMPECUNIORITY

Este criterio delimitativo surge con el famoso fallo *Owners of Dredger Liesbosch vs. Owners of Steamship Edison, the Liesbosch* (1933). En él la House of Lords excluyó de la indemnización aquellos perjuicios que no se habrían producido si la situación económica del actor hubiese sido diferente, esto es, si no estuviere éste afectado por una mala situación financiera.

Correspondió su redacción a Lord Wright, y los hechos, en forma resumida, son más o menos los siguientes: debido a la negligente maniobra de navegación del vapor Edison, la draga Liesbosch se estropeó y hundió. Los propietarios de la máquina siniestrada estaban obligados por contrato a ejecutar un trabajo dentro de cierto tiempo. Aunque una draga substituta pudo ser comprada y rápidamente adaptada para su uso, los actores no tenían los medios económicos para adquirirla inmediatamente y tuvieron que arrendar una de reemplazo; solución que resultó más cara que haber comprado una nueva. La House of Lords declaró que los propietarios del vapor debían el precio de mercado de una draga, los gastos para adaptarla al uso requerido y las pérdidas de los contratos entre la fechas del estropeo y aquella en que la substituta pudo razonablemente ser puesta en funciones; pero no acogió la indemnización solicitada por los gastos más elevados causados por la imposibilidad de adquirir una nueva draga antes de recibir la indemnización, incluyendo los costos de arrendamientos y de embarcación de la substituta. La razón para su rechazo: se estimó que fueron una consecuencia de la impecuniosity de los demandantes¹²⁹³.

Como observación previa, podemos indicar que el parecido del Liesbosch con el ejemplo de las vacas de Pothier resulta evidente. Coincidencia que también se da en los argumentos para fundar el rechazo a la indemnización. En efecto, de manera similar al autor francés, Lord Wright justifica su decisión en el hecho de que la mala situación

¹²⁹³ Bullock Remedies, cit., págs. 87 y ss., y Tunc, «Les recents developpements des droits anglais et americain sur la relation de causalite entre la faute et le dommage dont on doit reparation», *revu du Droit Comparé*, 1953, p.15 y ss

económica del actor le parece una causa del daño diferente, totalmente ajena a la culpa del demandado. Por tanto, esta falta de medios no deriva de la culpa del propietario del vapor. Cree además que este perjuicio es muy remoto y prefiere estimar que proviene de una causa independiente¹²⁹⁴. En verdad, la coincidencia está en la inadecuada justificación dada en ambos casos. Decimos lo anterior porque no estamos ante un problema de intervención de causa o de daños muy remotos, como parece deducirse de las explicaciones del caso y del ejemplo; aunque tampoco creemos que realmente se haya pensado de esa forma.

El fallo ha sido objeto de numerosas críticas, dirigidas al fundamento escogido y al fondo de la decisión. Respecto a las primeras, se señala que es incorrecto rechazar la indemnización alegando causa extraña o daño muy remoto, porque según el principio de indemnización del daño causado, estas pérdidas debieron resarcirse. Si bien el perjuicio en cuestión pudo ser bastante lejano, es evidente que no se habría producido sin el accidente y que la víctima no pudo impedirlo a pesar de toda su diligencia. De aplicar el criterio de la causalidad, de la forma en que se pretende en este fallo, se llegarían a resultados excesivos, pues no se indemnizarían los menoscabos que deriven, a la vez, de la culpa del demandado y de una causa extraña, y la reparación quedaría reservada solamente para los daños que tengan por única causa la culpa del demandado.

Además, con un criterio tan restringido, el fallo fue contra la doctrina imperante, específicamente contra el *Polemis* y el dictum del caso *Clippens Oil Co. Ltd. vs. Edinburgh and District Water Trustees*, que establecían, básicamente, que se debe tomar a la víctima tal cual es y si por su situación particular después se agrava, porque no tiene los medios para mitigar daño, tanto peor para el responsable¹²⁹⁵.

¹²⁹⁴ «Impetuosity as a separate an concurrent cause extraneous to and distinct in character from the tort», y «... If the financial embarrassment is to be regarded as a consequence of the tort, I think it is too remote, but I prefer to regard as an independent cause.

¹²⁹⁵ Para superar estos precedentes, Lord Wright limita el campo de aplicación del caso *Polemis*, indicando que la falta de medios económicos no puede compararse con una debilidad física susceptible de agravar el daño, pues las predisposiciones síquicas como el valor profesional de la víctima son elementos del daño, a diferencia de la falta de medios económicos que son extrínsecos. A su vez, reduce el alcance del dictum *Clippens Oil Co.*, ya que si bien afirma el principio que establece el deber de la víctima de impedir que se desenvuelvan las consecuencias dañosas, excluye el principio recíproco consistente en la obligación del responsable de reparar todas las consecuencias dañosas no evitables por el deber de mitigación, deber en el cual la víctima se considera tal cual es. Tunc, «Les recents developpements...», cit., p.16 y ss.

Se ha visto en el *Liesbosch* un caso de remoteness y desde esa perspectiva las críticas reseñadas se justifican. Sin embargo, lo cierto es que la impecuniosity es en realidad un criterio en sí mismo de delimitación de daños. Por ende, no debe argumentarse con criterios de causa extraña o de ser el daño alejado, sino que debe estimarse una policy considerations, en virtud de la cual no se indemnizan los perjuicios producidos por la mala situación económica del demandante.

A partir del trabajo de Green en 1928 -*The negligence issue*-, se ha puesto en duda que la previsibilidad sea un buen criterio para delimitar los perjuicios a indemnizar y que realmente sea el aplicable en los distintos casos. Se dice que son otras las razones que están en la base de las decisiones judiciales: filosóficas, morales, económicas, de justicia, etc. La mayoría de los autores no llegan a la decisión extrema de rechazar la previsibilidad, sino que la mantienen; pero atribuyen a las policy considerations, entre las cuales está la impecuniosity, la función de limitar la indemnización de los daños que según la previsibilidad deberían resarcirse.

Esto nos lleva a las críticas de fondo del caso en estudio, pues hay quienes lo consideran también inadecuado en términos políticos. Las críticas apuntan básicamente a la injusticia de la solución. Así, Sir Patrick Bennett, en la primera instancia del caso *Perry vs. Sydney Phillips & Son* (1982), manifiesta no poder entender que si alguien lesiona a un millonario o las manos de un talentoso músico, y por esas razones se incrementan los daños, debe pagarse este mayor daño; pero cuando la víctima está en impecuniosity se usa la vía del *Liesbosch* para reducir el resarcimiento. Lo que está en juego aquí es la decisión de quien debe soportar la carga del perjuicio causado: si el actor a quien nada se le puede reprochar o el demandado que ha cometido una culpa. Desde el punto de vista lógico -se señala-, la respuesta parece clara.

De acuerdo a la información que se maneja, el *Liesboch* no ha sido anulado; pero las cortes, al parecer producto de las críticas que ha recibido, buscan diversas vías para eludir su aplicación. Así en *Muhammad Issa El Sheikh Ahmed vs. Ali* (1947) y en *Trans Trust SPRL vs. Danubian Trading Co. Ltd.* (1952), fue ignorado. En casos, como *Robbins of Putney Ltd. vs. Meek* (1971), se consideró en términos de mitigación de daño, que el actor había dado cumplimiento a dicho deber, y por tanto procedía acoger la indemnización

solicitada ¹²⁹⁶. Por último, podemos indicar que el Liesbosch ha sido también objeto de distinguished ¹²⁹⁷, como sucedió en *Dodd Properties vs. Canterbury City Council* (1980) ¹²⁹⁸.

39.2.5.- DUTY TO MITIGATE ¹²⁹⁹

El deber de mitigar o evitar el daño se explica coloquialmente diciendo que la víctima no debe quedarse sentada y no hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal, sino muy por el contrario, debe hacer todo lo necesario para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiese cumplido o el tort no se hubiese producido. Pero en el cumplimiento de la mitigation tampoco se debe incurrir en gastos irracionales. Se comprenden, en consecuencia, dos principios: uno enfocado a una pasividad u omisión injustificada (unreasonable inaction) y otro a una acción o facere injustificado (unreasonable action).

39.2.5.1.- ACCIÓN (DARE O FACERE) INJUSTIFICADA. UNREASONABLE ACTION

Consiste en la carga por parte del actor de tomar todos los pasos que se consideran razonables para minimizar las pérdidas. Su formulación clásica se encuentra en *British Westinghouse Electric vs. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.* (1912) y

¹²⁹⁶ El demandado incumpliendo el contrato, se negó a recibir un vehículo usado y el actor tuvo que venderlo a un tercero a bajo precio, porque estaba corto de fondos y no podía esperar por un precio más alto. Se concedió al demandante los daños por la diferencia entre los dos precios, pues se consideró que en términos de duty of mitigation el actor actuó razonablemente. Ver Burrows, Remedies, cit., p. 89.

¹²⁹⁷ Como se sabe, el distinguished consiste básicamente en argumentar en un Tribunal de apelación que la decisión no se aplica a un caso particular, aunque exista una aparente similitud (<http://dictionary.law.com>).

¹²⁹⁸ El edificio del actor fue seriamente dañado por operaciones de Martinete del demandado, y la controversia surgió acerca de si se debía el costo de la reparación a la fecha en que ocurrieron los daños o a la fecha de la vista, donde los costos se triplicaron. La Corte de apelaciones distinguió el Liesbosch al señalar que la impecuniosity del actor no fue la única razón para retrasar la reparación, pues no tenía sentido comercial realizarla, sin saber si sería indemnizado de estos gastos, debido a que los provechos del edificio no cubrían los costos de reparación. Se ha señalado también, como argumento de distinción, que el Liesbosch debe ser restringido a sus particulares hechos y no darle una aplicación general, o que las pérdidas en el Liesbosch fueron además muy remotas, lo que no sucede en otros casos. Ver Burrows, Remedies, cit., pág. 87 y ss.; Tunc, «Les recents developpements...», cit., págs. 15 y ss., y Soleau, La prévisibilité du dommage contractuel, cit., p. 318-319.

¹²⁹⁹ Para el desarrollo del presente tema, véase ver Burrows, Remedies, cit., págs. 69 y ss.; Stone, The modern law, cit., págs. 448 y ss., y Soler, La valoración del daño, cit., págs 61 y ss.

su autoría es del vizconde Haldane ¹³⁰⁰En síntesis, se impone al acreedor el deber de adoptar las medidas razonables para mitigar las pérdidas provenientes de un incumplimiento contractual. Si desatiende este deber y decide no hacer nada, se le negará el resarcimiento de todos los perjuicios que se deban al incumplimiento del Duty to mitigate.

En todo caso, como no podría ser de otra forma, resulta lógico que no se pueda imponer al actor un rigor excesivo en el cumplimiento de tal deber. Por el contrario, la actuación de la víctima del incumplimiento o del tort debe ser juzgada con suficiente flexibilidad. En este sentido, se ha fallado en *Wroth vs. Tyler* que la falta de recursos financiero es un motivo razonable para no ir al mercado y hacer una compra alternativa.

39.2.5.2.- PASIVIDAD U OMISIÓN INJUSTIFICADA. UNREASONABLE INACTION

Como señalamos, el acreedor no debe incurrir en gastos irracionales para impedir las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento contractual. En otras palabras, debe evitar aquellos gastos que supusieren un despilfarro. Generalmente las actuaciones irracionales se estiman un caso de intervención de causa; pero cuando ella consiste en gastos en los que se incurren después del incumplimiento, se considera que se está ante el incumplimiento de uno de los aspectos del deber de mitigar el perjuicio.

Al igual que el principio anterior, el determinar lo irracional de la actuación del actor, depende de los hechos concretos de la causa. En todo caso, corresponde siempre indemnizar el costo de aquellas medidas que son objetivamente ruinosas, pero que al ser juzgadas ex ante por el acreedor, esto es, al momento de adoptarlas, ellas aparecían como racionales.

39.2.6.- NO DAMAGES BEYOND THE DEFENDANT S MINIMUM CONTRACTUAL OBLIGATION¹³⁰¹

Estamos ante una limitación exclusiva de la responsabilidad contractual, y consiste básicamente en que si hay varias formas de cumplir un contrato, los daños se

¹³⁰⁰ Impose on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach and debars him from claiming any party of the damage which is due to his neglect to take such steps

¹³⁰¹ Podría traducirse como irresarcibilidad de los daños, más allá de la obligación mínima contractual de obligado demandado.

medirán de acuerdo a la forma más favorable para el demandado. En *Cockburn vs. Alexander* (1848) se indica que donde hay muchas formas de dar cumplimiento a un contrato, el modo o manera que se debe adoptar es aquél que resulta menos provechoso para el demandante.

En fecha más reciente se dictó el caso *Thornett & Fehr and Yuills Ltd.* (1967). Se trataba del incumplimiento de una compraventa de mercaderías, en que debía entregarse doscientas toneladas con un margen del cinco por ciento. El contrato resultó incumplido, y al momento de decidir a cuánto ascendían los perjuicios, se indicó que estos se fijaran según la menor entrega posible, de acuerdo al margen del contrato del cinco por ciento. En consecuencia, para la evaluación de los daños que se llegaron a generar se tuvo en consideración que la obligación pactada consistía en llegar a verificar la entrega de noventa toneladas de peso.

40.- RESPONSABILIDAD TENDENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR FRENTE A LA SOCIEDAD EN LAS HIPÓTESIS DE PERJUICIO DE SU CRÉDITO. TUTELA AQUILIANA DE LOS MISMOS

40.1.- CRITERIOS A NIVEL DE DERECHO COMPARADO

Ante la ausencia de una respuesta explícita en los diversos ordenamientos, es menester poner en marcha una sutil tarea integradora e interpretadora en el seno de cada uno de los sistemas jurídicos a fin de que, partiendo de los criterios asimilados en cada ordenamiento en lo que concierne a la responsabilidad civil y su alcance¹³⁰², sea posible deducir los argumentos jurídicos precisos para defender el mantenimiento de la integridad de los créditos a favor de terceros nacidos de sus relaciones comerciales con los miembros de una sociedad o con la sociedad misma, en pro de la fluidez de las relaciones jurídicas surgidas como consecuencia del funcionamiento de una sociedad. Con el fin de analizar el tema de la protección de los acreedores, es fundamental como cuestión previa saber contra quiénes necesitan estar protegidos y por qué razones. En este sentido, los

¹³⁰² En cuanto a la iniciativa de unificar responsabilidad contractual y extracontractual, véase, Yzquierdo Tolsada: “ la zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana. Razones para una moderada unificación” En RCDDI, 1991, p. 443-489.

acreedores necesitan estar protegidos contra los administradores de empresas por diferentes motivos. Por una parte, en una sociedad, son los administradores los que toman las decisiones y es así que entran en relaciones con los terceros. En tal situación, si la empresa está en cesación de pagos o incumple una de sus obligaciones contractuales, son los acreedores, parte del contrato, quienes soportan los riesgos de no verse pagados. En segundo lugar, en una sociedad con responsabilidad limitada, los riesgos se agravan puesto que los administradores suelen asumir más riesgos de los debidos, tanto porque no comprometen su responsabilidad personal, como por el beneficio de la responsabilidad limitada. Entran en actividades que les puedan ser beneficiosas y muchas veces acaban siendo perjudiciales para los acreedores. En efecto, desde un punto de vista estratégico, los administradores de empresas en crisis financiera, suelen arriesgarse más. Si la estrategia fracasa, los acreedores serán las víctimas directas de las pérdidas. En tercer lugar, los administradores pueden endeudarse más, incrementando el importe de sus préstamos que puede resultar muy perjudicial para los acreedores anteriores en caso de insolvencia de la empresa. Finalmente, en cuarto lugar, los administradores pueden llevar a cabo transacciones infravaloradas (*transactions at an undervalue*) o hacer transacciones preferentes (*preferences*) que disminuyen las posibilidades de pago de los créditos concursales ordinarios, o incluso realizar transacciones fraudulentas en perjuicio de los acreedores.

Además del derecho societario, que proporciona mecanismos para que los acreedores tengan conocimiento de la situación financiera de una empresa con la cual celebran un contrato, el derecho concursal viene a regular la protección de estos mismos cuando la empresa está en dificultad financiera. Veamos pues,

40.1. 1. SISTEMA ALEMÁN

Con anterioridad a la publicación del Código Civil (BGB), la doctrina alemana — con inspiración en el pandectismo— siguió el criterio restrictivo¹³⁰³ instaurado por el

¹³⁰³ Schmidt, JA.: "Sentencias famosas: Alemania: sobre el caso de los "rollos de linóleo", RDP, 2013:" no hay lugar a ningún tipo de responsabilidad por daños puramente patrimoniales, debido a la renuncia, conscientemente asumida por el legislador, a construir el régimen de la responsabilidad extracontractual sobre la base de una cláusula general de responsabilidad como la del modelo del artículo 1382 del Code civil francés". Véase también, Zimmermann, E.: "Estudios de derecho privado europeo". Trad. De Antoni Vaquer Aloy, primera edición, Madrid, Civitas 2000.

Derecho romano. En su opinión, la tutela aquiliana sólo protegía al propietario o al titular de otro derecho real, pero nunca al titular de un derecho de crédito; sin embargo, admitieron la excepción a favor del arrendatario en relación con los frutos no separados aún. Asimismo, con un evidente alejamiento de las fuentes romanas, la doctrina alemana admitió la referida tutela aquiliana a favor del alimentista contra el que causó la muerte al obligado a prestar alimentos. Excepciones todas ellas, por guardar identidad de razón, extensibles a las posibles situaciones en las que se generen una responsabilidad de los miembros de una sociedad frente a terceros perjudicados que hubieran entablado relaciones económicas con aquellos en calidad de clientes.

Publicado el BGB, su párrafo 823.1 establece el llamado Enumerationsprinzip: «quien dolosa o negligentemente, de forma antijurídica, dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto»¹³⁰⁴. La fórmula empleada por el legislador alemán es imprecisa, ya que la locución u otro derecho plantea y no resuelve el problema de a qué derechos se refiere. La doctrina dominante (Larenz¹³⁰⁵, Ennecerus-lehmann, Hedemann, Plank, Wolf¹³⁰⁶, Hesse...), tal vez influida por el criterio anterior a la publicación del código, sostiene que en la expresión referida «u otros derechos» no cabe incluir los derechos de crédito. Éstos son derechos relativos que se protegen contra un concreto sujeto —el deudor—, y que, por su propia estructura, se distinguen de los derechos reales, que confieren una protección contra todos y no contra persona determinada. El derecho de crédito, naturalmente, también ha de ser protegido si es vulnerado, pero la reacción se verificará contra el deudor, nunca contra terceros que no integren la relación obligatoria

¹³⁰⁴ Así pues resulta que solo cuando un bien jurídico específicamente protegido por la ley resulte lesionado, como el cuerpo humano, la salud, la propiedad o la libertad, habrá lugar a la reparación de los daños derivados de la lesión (§ 823 I BGB). Excepciones a este principio se presentan por ejemplo en los casos de daños intencionalmente causados en contravención de las buenas costumbres (§ 826 BGB) o aquellos actos lesivos que resultan en una conducta penal.

¹³⁰⁵ Sostiene Larenz K.: Derecho Civil. Parte General (traducción de Miguel Izquierdo y Macías- Picavea) Madrid, 1978, pp. 294 y 295, que la distinción entre derechos absolutos y relativos tiene importancia principalmente en orden a la tutela de esos derechos. Sí el titular de un derecho absoluto es perturbado por otro en el ejercicio del mismo (...) (tiene una pretensión de resarcimiento de daños conforme al párrafo 823.1.

¹³⁰⁶ Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones (traducido y anotado por Pérez González B. y Alger, vol II, 2ª parte, 3a edición, Barcelona, 1966, p. 1049 y ss.

preexistente. Los terceros, según la doctrina alemana, no pueden perjudicar el derecho de crédito, ya que éste sólo se hace efectivo contra el deudor; según esta opinión, las intromisiones perjudiciales de tercero en el objeto de la prestación no implican violaciones de un derecho de crédito. Dice Von Tuhr, que el acreedor (titular de un derecho de crédito) no tiene pretensión alguna contra el tercero que impida o que frustre el cumplimiento, sosteniendo que el acto del tercero es ineficaz y sólo le obliga a la reparación del daño frente al deudor, si su conducta es constitutiva de delito¹³⁰⁷. Éste es el criterio generalmente admitido en Alemania¹³⁰⁸. Por una parte, se afirma que la conjunción disyuntiva «o» significa que la frase «u otros derechos» que sigue a la palabra propiedad —derecho real por excelencia— constituye una referencia a los derechos reales y no a los derechos de crédito. De otro lado, se asevera que defender lo contrario traería consigo un ilimitado número de reclamaciones, porque supondría una cláusula general de daños. A mi juicio, estas dos últimas argumentaciones carecen de solidez, pues la aludida conjunción no ha de referirse necesariamente a los derechos reales con exclusión de los derechos de crédito, y, de otro lado, resulta evidente que un tercero puede ser el causante, dolosa o negligentemente, del perjuicio de crédito en múltiples ocasiones. Por lo tanto, la interpretación doctrinal y jurisprudencial del indicado párrafo se justifica más por razones de tradición histórica que por una ortodoxa hermenéutica del precepto. El propio BGB contempla supuestos en los que un crédito, consistente en la percepción de un determinado servicio personalísimo, o la prestación de alimentos derivada ex lege a favor de una determinada persona, puede ser frustrado por causar un tercero la muerte o lesiones al obligado a prestarlos. En tales hipótesis, el tercero que impidió el cumplimiento de las prestaciones habrá de indemnizar al perjudicado, en atención al tiempo de duración presumible de la vida del obligado a la prestación de alimentos o del servicio, cuyo cumplimiento se ha visto truncado¹³⁰⁹.

Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia admiten, si bien por vía de excepción, que el crédito pueda ser perjudicado por un tercero cuando éste entorpece el

¹³⁰⁷ Von Tuhr, A, Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil Alemán, 1-1", Los derechos subjetivos y el patrimonio. (Traducción directa del alemán por Tilo Ravá), Madrid, 1998, pp. 212 y ss.).

¹³⁰⁸ Interpretando el párrafo 823 del BGB, se dice que el codificador alemán eligió un sistema de responsabilidad extracontractual de tipicidad de los daños, o sea, es la misma ley la que enumera los daños resarcibles.

¹³⁰⁹ cfr. párrafos 844 y 845

cumplimiento del contrato en complicidad con el deudor, y considera que en tal supuesto nos hallamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual por ir en contra de las buenas costumbres. También, en ciertas circunstancias, se admite la posibilidad de que un tercero, mediante un acto dispositivo, lesione el derecho de crédito; por ejemplo, si el tercero recibe la prestación del deudor que de buena fe lo considera acreedor legítimo, en cuyo caso éste pierde su derecho de crédito. Ante estas situaciones, se estima que la frase u otro derecho del parágrafo 823 da cobertura suficiente para que el acreedor pueda dirigirse, directamente, contra el tercero que perjudicó su crédito.

En el Derecho alemán, pues, como norma general, la tutela aquiliana está restringida a los derechos absolutos, si bien también pueden ser protegidos extracontractualmente por vía de excepción ciertos derechos de crédito, entre los que se podían incluir los créditos frente a una sociedad y sus socios. Como fallo judicial paradigmático, podemos hacer alusión al fallo de “los rollos de linóleo” (Linoleumrollenumfall) de 7 de diciembre de 1911¹³¹⁰.

40.1.2.- SISTEMA FRANCÉS

La doctrina y la jurisprudencia francesas se muestran más proclives a la admisión de la tutela aquiliana¹³¹¹ en los derechos de crédito perjudicados por tercero, fundamentalmente, en los supuestos de incumplimiento por complicidad de éste con el

¹³¹⁰ Se declara responsable al propietario de un almacén por la culpa de un dependiente que al colocar mercancías, lesiona corporalmente a una cliente, la cual tenía una pretensión extracontractual en contra de dicho dependiente. Pero al mismo tiempo ella naturalmente estaba interesada en poder llamar a responder al dueño del negocio, quien sustancialmente era quien resultaba solvente. Este último, sin embargo, podía probar que había escogido diligentemente al dependiente y que también de la misma manera lo había vigilado, lo que cerraba las puertas a una responsabilidad por el § 831 BGB. El Reichsgericht auxilió a la cliente, viendo en el inicio de los contactos preliminares la fundamentación de una "relación jurídica de carácter similar al contractual", que imponía al dueño del negocio determinados deberes de protección en favor de aquélla. Con este "truco" llegó el tribunal al empleo del § 278 BGB, que prescribe la responsabilidad del deudor por los colaboradores de los que se sirve para el cumplimiento de la prestación. La diferencia definitiva con el § 831 BGB radica en que el § 278 no prevé ningún eximente de responsabilidad para el dueño del negocio.

¹³¹¹ Uno de los argumentos que se podrían esgrimir contra el reconocimiento de dicha tutela crediticia, radica en el principio de relatividad de los contratos, recogido por el artículo 1165 del Code. Al respecto, puede verse, Goutal, J.L.: "Essai sur le principe de effet relatif du contrat". París, 1981.

deudor. En los casos de complicidad en el incumplimiento del contrato, se distinguen dos responsabilidades: una contractual —del deudor— y otra extracontractual —del tercero—, discutiéndose si una responsabilidad absorbe a la otra, o si ambas subsisten y los dos son responsables solidarios frente al acreedor perjudicado. La opinión mayoritaria se decanta por esta última solución.

La complicidad ha sido generosamente ampliada por gran parte de la doctrina (Savatier, Viney.¹³¹²), que, sin desconocer que los contratos no vinculan a terceros, afirma que si éstos, sin buena fe, ocasionan el incumplimiento de un contrato, deben reparar el perjuicio causado al acreedor¹³¹³. Tal postura deriva de una laxa interpretación del artículo 1382 del Code, donde se establece: «Cualquier hecho humano que cause a otro un daño obliga al culpable a repararlo».

El criterio francés, influido por el iusnaturalismo, admite la responsabilidad extracontractual del tercero frente al acreedor cuando aquél perjudica su crédito. Lo que se discute no es ya si el crédito es un derecho protegido o no por la norma, sino si efectivamente existe un daño cierto que justifique su aplicación.

Frente a esta opinión mayoritaria, un sector doctrinal minoritario¹³¹⁴ entiende que no en todo caso se admite la responsabilidad del tercero por perjuicio de un derecho

¹³¹² Viney, G. : *Traite de Droit civil. Introduction a la responsabilité*, (sous la direction de Jacques Ghestin), 2^a ed. Paris, 1995, p. 367-386.

¹³¹³ Cfr. Mazeaud, H. / Mazeaud, L / Mazeaud, J.: *Lecciones de Derecho civil* (traducción del francés por Luis Alcalá-Zamora Castillo), parte primera, volumen I, Buenos Aires, 1959, pp. 267, 415, 416, 420 y 421), distinguen en la obligación entre el vínculo y la oponibilidad. Afirman que la obligación no vincula a los terceros, esto es, los terceros no son ni acreedores ni deudores. Ahora bien, la obligación resulta oponible a los terceros, no pudiendo éstos desconocer sus existencia y siendo responsables solidarios cuando colaboren en la lesión de un derecho de crédito ajeno. Parte de los tratadistas franceses distinguen cuidadosamente entre la oponibilidad del acto y la oponibilidad del derecho o de la situación creada por aquél. Así lo hace Roubier, P.: *Droits subjectifs et situation juridiques*, Paris, 1963, p. 247. También destaca lo anterior Levis, M. : *L'opposabilité du droit réel. (De la sanction judiciaire des droits)*, Paris, 1989, p. 19.

¹³¹⁴ Según Duelos, J. : *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Paris, 1984, pp. 46-47, la asimilación no tiene precedentes históricos, pues jamás antes del Código Civil francés había sido considerada la relatividad de los contratos como sinónimo de oponibilidad. Sostiene Duelos que los autores decimonónicos han afirmado, tomando a la letra la formulación del artículo 1165 del Código Civil francés, que un acto no

de crédito. Defender una generalización de tal responsabilidad conduciría a su admisión por la simple culpa, en contra de la relatividad del contrato.

Al incumplimiento contractual por complicidad del tercero, parte de la doctrina francesa (Demogue¹³¹⁵) aplica las líneas fundamentales de la regulación del fraude¹³¹⁶. Por lo tanto, se requiere la confluencia de dos requisitos para la protección del acreedor: *consilium fraudis* por el deudor, y *consciis fraudis* por el tercero. Tales exigencias conducirían, prácticamente, a la acción revocatoria o pauliana.

Al igual que el Derecho anglosajón, el Derecho francés se caracteriza por su casuismo para determinar la protección del acreedor contra el tercero que perjudica su crédito¹³¹⁷. La doctrina francesa cita, como supuestos más destacados de responsabilidad extracontractual del tercero frente al acreedor, los siguientes: lesión o muerte del deudor de prestación de servicios o de alimentos al acreedor (los llamados *dommages par ricochet*); concurrencia del deudor y el tercero en la producción del daño a través de una

podía dañar, ni aprovechar, a aquél que no había sido parte, ni representado. O sea, desde el punto de vista del tercero, el acto no existiría ya que, por definición, su voluntad no ha concurrido en la formación del mismo. En la explicación anterior se resuelve el concepto de inoponibilidad.

Según Aubry, C. / Rau, C.: *Cours de Droit Civil Français*, tomo 4, París, 1902, p. 568, las convenciones no pueden ni ser opuestas a los terceros, ni pueden ser invocadas por ellos, artículo 1165; por su parte, Baudry-Lacantinerie, G. / Barde /L: *Traite théorique et pratique de Droit Civil*, tomo XII, París 1906, p. 586, señalan que las convenciones no tienen efecto frente a terceros.

¹³¹⁵ Véase, Demogue, R.: “*Traité des obligations en général*” II. t. VI-VII. *Effets des obligations*, París, 1872.

¹³¹⁶ En este sentido, Dragot: “*Le pacte de préférence*”, París, 1988, p. 282, 283.

¹³¹⁷ En distintas épocas, los tratadistas franceses han estudiado: a) La muerte o las lesiones físicas sufridas por el deudor de una obligación personalísima (*intuitu personae*), provocadas por la conducta de un tercero que impiden a aquél cumplir su obligación con el acreedor. Este caso ha sido estudiado con especial interés por Mazeaud, H. / Mazeaud, L. / Tunc, H.: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (traducción de Alcalá-Zamora), tomo I, volumen 1, Buenos Aires, 1961, pp. 390 a 394; b) la pérdida de la cosa debida derivada de la conducta de un tercero, con independencia de que el acreedor sufra o no el *periculum obligationis*. Aubry, C. / Rau, C.: *Cours de Droit Civil Français*, tomo IV, París, 1902, p. 244; y c) la privación de la posición del acreedor, por medio de actos o contratos, relativos a la existencia y efectividad del derecho de crédito, ejecutados o celebrados por el tercero y el deudor (por ejemplo, el tercero aparenta ser el verdadero acreedor y cobra el crédito). Savatier, R.: *Traite de la responsabilité civile en droit français. Les sources de la responsabilité civile*, tomo I, París 12939, p. 190. Así lo destaca Roca-Sastre Muncunill, L.: *El perjuicio del derecho de crédito por acto de terceros*. *Revista jurídica de Cataluña*, 1962 pp 583 y 584.

acción material o negocial; y efectividad de un crédito por tercero en perjuicio del verdadero acreedor. Como requisitos comunes se exige que el daño o perjuicio sea cierto, autónomo y que lesione un interés legítimo jurídicamente protegido. Luego, con estas premisas se deduce que, según los criterios albergados por el derecho civil francés resultarían sin duda extensibles para la procurar la tutela aquiliana en favor de acreedor que ha visto perjudicado su crédito frente a la sociedad por la intervención de un tercero, que podría ser, a su vez, socio o sin más otro tercero.

40.1 3.- SISTEMA ITALIANO

El artículo 2043 del Codice de 1942 dispone que «cualquier hecho doloso o culposo que produzca un daño injusto a otro obliga al que lo ha ocasionado a resarcir el daño». En parecidos términos se pronunciaba el artículo 1151 del Código de 1865, si bien no aludía a la injusticia del daño.

Con anterioridad al Código actual, la práctica totalidad de la doctrina —con alguna excepción, como Carnelutti¹³¹⁸, si bien referida al caso de la muerte de la persona obligada a realizar prestaciones causadas por un tercero— apenas se ocupó de la responsabilidad del tercero por perjuicio del crédito. Es a partir de 1950, con motivo de del caso denominado la tragedia de Superga resuelto por el fallo de la Corte Suprema di Cassazione de 4 de julio de 1953¹³¹⁹, cuando la doctrina discute apasionadamente acerca de la responsabilidad extracontractual del tercero. La compañía aérea Alitalia fue demandada por el club de fútbol Torino, cuyos jugadores fallecieron con motivo de un accidente aéreo; pero la Corte Suprema rechazó la demanda del Club de Turín¹³²⁰. Como consecuencia de tan luctuoso suceso, se formularon dos corrientes contrapuestas, defendidas ambas por autores de indiscutible prestigio¹³²¹.

¹³¹⁸ Véase, Carnelutti, F.: "Studi di diritto civile", Padova, 1916.

¹³¹⁹ En este pleito, emitieron dictamen pro veniale prestigiosos tratadistas italianos. Por la A. C. T. lo hizo Barbero, D.: Responsabilrta aquiliana per lesione di rapporto personales, en Foro Pagano, 1951, III, pp157 a 168. Posteriormente se publicó la monografía de Fedele, A.: Il problema della responsabilita del terzo per pregiudizio del credito, Milán, 1 954.

¹³²⁰ La Corte Suprema di Cassazione declara que los titulares de los derechos de crédito (la Associazione CalcioTorino) no están habilitados para demandar, con fundamento en el artículo 2043 del Código Civil italiano, una indemnización a un tercero (la compañía aérea) que con su conducta ha provocado la lesión del derecho de crédito ajeno.

¹³²¹ Para una exposición sobre las corrientes existentes sobre el tema, Busnelli, F. D.: La lesione del crédito da parte di terzi. Milán, 1964. p10-48.

De una parte (Ruggiero, Barbero...) se defiende la responsabilidad del tercero (en este caso, Alitalia) por perjuicio a un derecho de crédito: el que tenía el club de fútbol con sus jugadores. Para este sector doctrinal, el artículo 2043 establece un deber general de respetar el derecho de crédito en igual medida que los derechos reales. En sentido contrario, se manifestó un importantísimo sector doctrinal¹³²². Niegan la responsabilidad extracontractual del tercero por perjuicio de crédito, salvo casos excepcionales, como el de complicidad entre el deudor y un tercero para el incumplimiento de una obligación. La jurisprudencia no apreció la existencia de responsabilidad extracontractual de la compañía aérea en todas las instancias.

Una especie de fatalidad vuelve a planear sobre el mismo club de fútbol, pues en 1970 muere en accidente de tráfico su jugador Meroni, y de nuevo reclama el club la correspondiente indemnización al responsable del accidente que ocasionó la muerte. La discrepancia doctrinal vuelve a plantearse a propósito del conocido como «caso Meroni». Todo cambiará con la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione de 26 de enero de 1971, que se decanta a favor de la responsabilidad extracontractual del tercero. Este criterio fue seguido por la jurisprudencia italiana, que, con ocasión de este litigio, dio un giro con respecto al que mantuvo en la catástrofe de Superga. Ocupa un lugar destacado en esta dirección Busnelli¹³²³, quien afirma la existencia de un deber general de respeto a todos los derechos subjetivos, incluidos los derechos de crédito. Juiciosamente, defiende la existencia de un principio general de responsabilidad extracontractual de estos últimos frente al acreedor perjudicado. Esta tesis ha sido acogida por la mayor parte de la doctrina italiana (Rodotà, Tucci, Alpa¹³²⁴ y Ferrando), si bien también tiene contradictores, dentro de los cuales destaca Trimarchi¹³²⁵, para quien esta postura se opone a la fluidez del tráfico, y además la cuestión planteada puede resolverse por las reglas sobre colisión de derechos de disfrute. Frente a tal afirmación, los defensores de la posibilidad del perjuicio del crédito por parte de tercero entienden que tal circunstancia no excluye la protección aquiliana.

¹³²² Santini, Tedeschi, y de manera destacada Fedele, que dedicó una monografía a esta materia, como se expresa anteriormente.

¹³²³ Sobre este fallo Busnelli. D.: Un clamoroso 'revirement' della Cassazione: dalla 'questione di Superga' al 'caso Meroni', *Foro Italiano*, 1971, pp. 1286 al 1296.

¹³²⁴ Alpa: "Diritto della responsabilità civile, Roma, 2003, pp. 252 a 260.

¹³²⁵ Trimarchi, P. "Il contratto. Inadempimenti e rimedi", Milano, Giuffrè, 2010. Y asimismo, "dei criteri di responsabilità contrattuale", en *RT D P C*, 1970, pp. 512-531.

Admitida la responsabilidad extracontractual del tercero que perjudica el derecho de crédito, que permite al acreedor dirigirse directamente contra él, se contemplan, como supuestos más frecuentes en la práctica, la muerte o lesión del deudor obligado a prestar alimentos o a realizar actividades personalísimas; la privación al acreedor de su derecho por acto de tercero; la destrucción por tercero de la cosa debida, y la celebración de un negocio entre el deudor y un tercero que sea incompatible con el celebrado anteriormente entre el acreedor y deudor.

Luego, desde la perspectiva del ordenamiento italiano, sería factible velar por la efectividad del crédito societario de un acreedor frente a una sociedad, que indebidamente había sido perjudicado por un tercero, como en casos anteriores hemos señalado.

40.2.- ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

40.2.1.- IDEAS PREVIAS

Nuestra doctrina científica se ha ocupado de la materia con criterios dispares, si bien nadie discute que el acreedor perjudicado en su crédito debe ser resarcido. Si el derecho de crédito es perjudicado por el deudor, naturalmente, resultará él obligado a resarcir al acreedor. La discrepancia surge cuando el perjuicio ha sido causado por un tercero. En tal hipótesis, ¿puede el acreedor dirigirse directamente contra el causante del daño, o, por el contrario, no tiene acción más que contra el deudor?

Los que niegan la responsabilidad aquiliana del tercero parten de que el derecho de crédito, por ser relativo, sólo tiene eficacia entre las partes contratantes, de tal forma que únicamente el deudor puede violar tal derecho, nunca un tercero¹³²⁶. En cambio, la tesis dominante¹³²⁷ sostiene que la lesión culpable de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, sea o no derecho de crédito, genera para el causante la obligación de reparar el daño causado. Esto equivale a la admisión de la responsabilidad extracontractual del tercero que perjudica un derecho de crédito¹³²⁸.

Estas posturas, tan irreconciliables desde un punto de vista dogmático, no lo son tanto en la práctica, puesto que los que niegan la responsabilidad extra-contractual del tercero que lesiona un derecho de crédito admiten numerosas excepciones.

¹³²⁶ Mantienen esta posición, entre otros, entre otros, Pérez González y Alguer, Madridejos Sarasola y Roca-Sastre Muncunill.

¹³²⁷ De Castro, Gullón, Vallet de Goitisoló, Díez-Picazo, Vattier, Pantaleón, Fernández Arévalo...)

40.2.2.- ACERCA DEL CARÁCTER RELATIVO DEL DERECHO DE CRÉDITO

La distinción entre derechos reales y derechos de crédito se basa, fundamentalmente, en el criterio de su protección. Los derechos reales gozan de protección erga omnes, en tanto que los derechos de crédito sólo gozan de protección relativa; aquéllos están protegidos contra todos, mientras que los derechos de crédito solamente lo están con respecto a la persona o personas obligadas a su satisfacción. Como consecuencia, el acreedor que ve perjudicado su derecho de crédito sólo podría dirigir su acción contra el deudor, nunca contra un tercero que es extraño al contrato.

Los contratos de donde emana el derecho crédito son inoponibles frente a terceros¹³²⁹, que no tienen siquiera por qué conocerlos, si bien tal inoponibilidad es una ineficacia relativa, pues sólo lo es con respecto a los terceros, ya que esta situación jurídica no queda afectada por la conclusión de un contrato válido para otras personas (Delgado y Parra Lucán¹³³⁰).

Estas consideraciones deben ser matizadas¹³³¹, pues si bien es cierto que de acuerdo con el párrafo primero del artículo 1257 CC los contratos sólo producen efecto entre las partes contratantes y sus herederos, en ocasiones el propio ordenamiento jurídico legitima la intromisión de terceros en el seno de la relación contractual. Así, por ejemplo, desde el punto de vista pasivo, se permite que un tercero pueda realizar el pago, incluso con desconocimiento del deudor, y, asimismo, desde el punto de vista activo se contempla la posibilidad de que reciba el derecho de crédito un tercero, siempre que el pago se convierta en utilidad del acreedor (cfr. arts. 1158 y 1163 CC). También se contempla la posibilidad de que una persona ajena a la conclusión de un contrato pueda exigir el

¹³²⁸ Véase Fernández Arévalo: “La lesión extracontractual del crédito”

¹³²⁹ Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: Sistema de Derecho Civil” vol II 6ª ed, 1992, p. 91 y ss.

Véase también, Díez-Picazo, L.: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” (Introducción a la Teoría del contrato) 5ª ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 424.

¹³³⁰ Véase Delgado, J. y Parra Lucán, A.: “ Tratado de Nulidad de los contratos”, Zaragoza, 2003.

¹³³¹ No es suficiente, para exigir la responsabilidad por incumplimiento contractual, que el contrato exista, sino que además es necesario que el daño se haya producido por un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso de parte, no siendo justo exigir la responsabilidad contractual, por actos de un tercero ajeno a la relación que ligaba a los contratantes, al socaire del artículo 1257 del CC, no quedando por ello la entidad demandante indefensa si la actuación de esta tercera entidad ha supuesto una violación de la regla general del “alterum non laedere”, (en este sentido las SSTS 1-2-1994 y 4-12-2001).

importe del crédito (art. 1257, párrafo 2.º, CC)¹³³². Todo lo cual significa que el tercero puede no ser tan extraño al contrato de donde surge el crédito, aunque normalmente lo sea.

La distinción entre derechos reales y derecho de crédito ha sido, incluso, negada por cierto sector doctrinal, en el sentido de que lo verdaderamente importante es la estructura de poder que la Ley pone a disposición del sujeto para la satisfacción de sus intereses, y de ahí que el encuadramiento clásico «derecho real-derecho de crédito» deba ser abandonado (Giorgianni¹³³³). Sin compartir totalmente esta opinión, es indudable que tanto los derechos reales como los derechos de crédito son, como dice De Castro¹³³⁴, realidades creadas por el Derecho, que han de ser respetadas por todos, y que es ilícito desconocerlas o lesionarlas. Todas deben ser tuteladas por el Derecho. Cuando un tercero causa daño a una persona impidiéndole el correcto cumplimiento de una obligación contraída con un acreedor, no sólo perjudica a la persona a la que infiere el daño, sino también en forma refleja al acreedor. Por otra parte, no es infrecuente que el único perjudicado sea éste, pues, en ocasiones, el tercero actúa en connivencia con el deudor y el perjudicado es únicamente el acreedor.

Si permanecemos fieles a la clásica y rígida distinción entre derechos reales y derechos de crédito, la tutela externa es privativa de los derechos reales y necesariamente habría que concluir que el acreedor no puede actuar nunca contra el tercero que lesiona su derecho de crédito. Mas esa concepción aislada de las relaciones reales y obligacionales se va abandonando progresivamente, protegiéndose dichas relaciones, no sólo de acuerdo con la tutela tradicional, sino también de acuerdo con la buena fe y el respeto debido a los derechos de otro (Ginossar¹³³⁵). Tal como indica Vattier, esto acontece en especial en el supuesto más relevante de interferencia del tercero en relaciones contractuales ajenas.

El tercero no está obligado a realizar la prestación en favor del acreedor, pero tampoco está facultado para impedir su cumplimiento. Tiene que respetar el derecho del

¹³³² El artículo 1257 no impone la consideración de los contratos como unidades absolutamente estancas, de suerte que cabe reconocer una posible eficacia indirecta respecto de terceros (SS 29-12-98 y 29-9-97).

¹³³³ Giorgianni: “Diritti reali (diritto civile), Torino, N.sso Dig. It., V, 1960, p. 753.

¹³³⁴ De Castro: “Derecho Civil de España” 2ªed., tomo I, p. 29.

¹³³⁵ Ginossar, Shalev: “Pour une meilleure définition de droit réel et de droit personell” en RTDCiv, 1962. Véase también, del mismo autor: “Droit réel, propriété et créance, élaboration d’un système rationnelle de droit patrimoniaux”, R.Pichon, R. Duran-Auzias. Paris, 1960. Nº 22 y ss

acreedor a ser satisfecho por el deudor, y si así no fuera, falta al principio genérico *neminem laedere* e incurre en responsabilidad extracontractual. Una vez realizado, el contrato se interna en el mundo de la realidad jurídica y en él permanece, de tal forma que no puede ya resultar indiferente para los terceros, como se intuye, por ejemplo, en los artículos 1219 y 1230 CC. En realidad, los terceros, como categoría abstracta y omnicompreensiva, se hallan obligados a respetar la situación jurídica generada en virtud del contrato, si lo conocen antes¹³³⁶. A esta virtualidad de los negocios jurídicos aludía Jhering, cuando señaló que éstos producían un «efecto reflejo» para los terceros, de modo involuntario. Así pues, aunque permanecen ajenos a ese *vinculum iuris* que constituye el contrato, los terceros resultan afectados por él, si bien, naturalmente, no pueden verse constreñidos a su cumplimiento

40.2.3.- CONCLUSIÓN DE LO EXPUESTO:

El análisis del Derecho comparado permite concluir que en los Derechos examinados, independientemente de que se admita o no con carácter general la existencia de la tutela aquiliana del crédito, subyace la polémica en torno al alcance del principio de la relatividad de los contratos, y la discusión sobre si las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual protegen a los derechos de crédito, o sólo a los derechos absolutos.

Vuelven a surgir interrogantes que ya se plantearon los jurisconsultos romanos: ¿Es posible que un tercero lesione un derecho de crédito ajeno? ¿En qué casos? Ahora, el tercero que vulnera el derecho del acreedor ¿responde frente a este último por los daños y perjuicios que le ha causado?

41.- ACUERDOS ENTRE SOCIEDAD Y ACREEDORES: PARA PREVENIR SU INSOLVENCIA

SIGUEN LA ESTELA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD RECONOCIDO EN DERECHO ROMANO.

La finalidad a que obedecen gran parte de estos acuerdos, denominados (siguiendo la nomenclatura anglosajona *scheme of arrangement*) consisten en evitar la frustración de

¹³³⁶ En tal sentido, SSTS 9 febrero 1965, 16 febrero 1973, entre otras

la responsabilidad societaria efectiva, previniendo la insolvencia de la sociedad, al margen de procedimientos concursales¹³³⁷

Tales pactos¹³³⁸ encuentran su sentido en escenarios en los que hace falta novar una financiación en términos que no han obtenido un respaldo unánime de los acreedores afectados. Esta institución evita que una minoría disidente pueda frustrar una propuesta que es del interés de la mayoría de los acreedores de una compañía, arrastrando a la sociedad deudora a un proceso de insolvencia, con la pérdida de valor que ello conlleva. La legislación inglesa parte de la constatación de que la insolvencia tiene un impacto negativo para la sociedad deudora y para el mercado general (lo que constituye una verdad universal, especialmente dramática en países como España, donde el porcentaje de concursos que acaban en liquidación ronda el 95%). El citado tipo de pactos¹³³⁹ parte de la base de que, cuando existe un acuerdo entre el deudor y una mayoría significativa de sus acreedores, no se puede conceder a la minoría disidente la capacidad de frustrar la operación (o de forzar la cancelación o compra de su deuda), siempre que el acuerdo que se propone no conlleve un sacrificio desproporcionado¹³⁴⁰.

¹³³⁷ Los principales despachos de abogados habían trasladado expresamente al legislador su parecer de que la reforma de la legislación concursal debía incluir un trámite previo al concurso que permitiera novar contratos de financiación por mayoría, lo que hasta la reforma de 2011 no existía en absoluto.

¹³³⁸ “El acuerdo de refinanciación y el scheme inglés”. Artículo de opinión publicado en “Legal Today” el 8 de julio de 2011.

¹³³⁹ La homologación permite extender los efectos del acuerdo a otros acreedores, aunque se hubieran mostrado en contra o no hubieran participado en el acuerdo. De lo anterior se exceptuarán los acreedores dotados de garantía real. Cabe hacer hincapié en que la extensión de los efectos del acuerdo a los acreedores disidentes solo se refiere al plazo de espera de los créditos, sin hacer referencia a otros instrumentos como quita, transformación de deuda en capital, etc. Los acreedores disidentes tendrán derecho a impugnar la homologación, dentro de los diez días siguientes a la publicación de la resolución de homologación en el BOE. La impugnación únicamente podrá basarse en la no concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido. El acuerdo homologado producirá sus efectos desde el día siguiente a su publicación en el BOE, sin posibilidad de suspensión.

¹³⁴⁰ Los requisitos del acuerdo societario de refinanciación exigidos ex artículo 72.6º de la Ley Concursal española son: 1º Que haya sido aprobado por acreedores cuyos créditos representen al menos el 75% del pasivo en el momento de adopción del acuerdo. 2º Que el acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado por el registrador mercantil. 3º Que en virtud del acuerdo se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones (mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de

Mientras que la legislación inglesa¹³⁴¹ y norteamericana¹³⁴² tiene establecidos desde hace tiempo mecanismos para obligar a las minorías disidentes a acoger el criterio de la mayoría, este tipo de mecanismos no son frecuentes en los sistemas de derecho codificado. Un sistema como el que describimos puede por lo tanto constituirse como opción válida para prestamistas que no tienen su domicilio en Inglaterra, sino en una jurisdicción en la que una reestructuración financiera requiera el consentimiento de todos los acreedores, como lo es la española (sin concurso de acreedores).

En el caso de España, al conocerse el texto del Proyecto de reforma de la Ley Concursal que luego cristalizó en la Ley 38/2011, de 10 de octubre¹³⁴³, fueron muchas las voces que pidieron la inclusión en la Ley Concursal de un mecanismo similar al inglés, que permitiera resolver el bloqueo al que se enfrentan muchas refinanciaciones en el momento en el que un acreedor se separa de la mayoría. El debate suscitado dio lugar a la nueva Disposición Adicional Cuarta que, si bien constituye un paso adelante en la línea de otras jurisdicciones, en el fondo es un avance más formal que material. Lo restringido de su ámbito objetivo (como máximo permite imponer una espera de tres años, sin quitas

aquéllas). 4º Que responda a un plan de viabilidad a corto y medio plazo. 5º Que haya sido formalizado en escritura pública.

Cuando el acuerdo de refinanciación cumpla lo anterior y cuente con el apoyo del 75% de los acreedores pasivo en el momento de la adopción del acuerdo, de conformidad con la modificada disposición adicional cuarta, la sociedad deudora podrá solicitar la homologación judicial ante el juez mercantil.

Adicionalmente se puede exigir la paralización de las ejecuciones singulares.

¹³⁴¹ En el Derecho inglés este procedimiento regulado en las secciones 895 a 899 del Companies Act 2006 permitiendo a una compañía alcanzar un acuerdo con sus acreedores, que ulteriormente ha de homologar un juez. Ese acuerdo puede consistir, entre otros, en la reestructuración de la deuda o en la transformación de la deuda en capital. No se trata de un procedimiento concursal formal pero es utilizado en la práctica en situaciones de pre-insolvencia con el fin de prevenir o eludir la insolvencia de una compañía.

¹³⁴² Clifford Chance: "Scheme of Arrangement: cómo reestructurar la deuda de una sociedad española al amparo del derecho inglés".

¹³⁴³ Olivenza, M: "Los motivos de la reforma de la Ley Concursal", RDCP, 2012, pp 23-30. En su pág 29, dice el autor: la reforma ha roto el equilibrio alcanzado por la LC, desestabilizándolo a favor de los créditos públicos, los financieros y los deportivos. Poco dedica el Preámbulo a los primeros, pero es patente ese favor en su tratamiento a lo largo del articulado. Y todo ello, en perjuicio de los acreedores ordinarios y del fin esencial del concurso.

ni conversiones de deuda en capital) y subjetivo (sólo afecta a acreedores financieros sin garantía real) hace que resulte aplicable tan sólo en casos muy singulares.

La eficacia en España del “scheme” es directa e inmediata, sin necesidad de ninguna acción adicional, como pudiera ser el registro del scheme o la búsqueda de reconocimiento judicial. La carga procesal de atacar sus efectos corresponde a un hipotético acreedor disidente, que debería buscar el cauce para su impugnación ante los tribunales españoles. Sea cual fuere el cauce procesal escogido, la argumentación sería a buen seguro que la novación operada con arreglo a ley inglesa no afecta a un acreedor disidente.

En el plano procesal, la alegación de infracción del orden público procesal (apelando a un atentado contra los derechos procesales más elementales, generador de indefensión) tendría nulas probabilidades de prosperar. Como hemos expuesto, el procedimiento del scheme garantiza plena contradicción y oportunidades de defensa, así como un tratamiento igual a los acreedores de una misma clase. La jurisprudencia comunitaria, por ejemplo en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en procedimientos de insolvencia. En tal sentido, el Reglamento 1346/2000, arts. 16, de 29 de mayo¹³⁴⁴, ha establecido el principio de confianza mutua, que parte de la existencia de una uniformidad en los distintos Estados en materia de garantías procesales y que lleva a concluir que quien pretenda contestar una resolución judicial debe hacerlo ante la jurisdicción de la que emana, y no ante la de otro Estado distinto¹³⁴⁵.

Las consideraciones sobre un posible fraude de acreedores quedaban descartadas a la vista de los hechos. El hecho de que el deudor y la práctica totalidad de sus acreedores

¹³⁴⁴ el 31 de mayo de 2002 entró en vigor para todos los Estados comunitarios, con la excepción de Dinamarca, que no está vinculada por el mismo, el Reglamento 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia. Tiene su antecedente inmediato en el Convenio de Bruselas de 23 de Noviembre de 1995, cuya normativa se recibe con muy escasas alteraciones y ha sido objeto de modificación posterior por el Reglamento (CE) n° 603/2005. La elaboración y entrada en vigor del Reglamento supuso la victoria de la tesis que defendía la necesidad de regular mediante instrumentos normativos supranacionales los procedimientos internacionales de insolvencia.

¹³⁴⁵ Están excluidos del Reglamento del 2000: las empresas de seguros, las entidades de crédito, las empresas de inversión que presten servicios que impliquen posesión de fondos o de valores negociables de terceros y los organismos de inversión colectiva, respecto de las cuales habremos de estar a los derechos nacionales y a las Directivas de Saneamiento y liquidación de compañías de seguros del año 2001 y de entidades de crédito del año 2001.

financieros coincidieran en una determinada fórmula de refinanciación como la mejor manera de preservar el valor de una compañía es un indicio muy claro de que la solución es para todos «el mal menor».

En el plano sustantivo, el disidente debería acreditar que la novación de un contrato por mayoría es contraria a los principios esenciales del derecho civil español, que exigiría un consentimiento contractual unánime. Esto no es cierto en sede concursal, donde es sabido que el criterio de la mayoría arrastra a la minoría. Así que el argumento sería más bien que, en ausencia de concurso, la exigencia de un consentimiento unánime es materia de orden público. Sin menoscabo del peso de las razones expuestas en pro del transvase de la figura del “scheme of arrangement”¹³⁴⁶, encontramos, de otra parte, razones que frenan la tendencia indiscriminada a acoger ampliamente esta figura anglosajona¹³⁴⁷ con el propósito de dirimir controversias en torno a la responsabilidad societaria en hipótesis de insolvencia. Así, debe observarse que para poner en contexto su posible aplicación en otras jurisdicciones es necesario valorar también la influencia del COMI (Center of Main Interests o Centro Principal de Intereses) en el recurso a tal figura y el denominado forum shopping¹³⁴⁸ (o elección del foro).¹³⁴⁹

Como ya se ha expuesto, el fin último que se persigue mediante la utilización de un SoA (a grandes rasgos, un acuerdo alcanzado entre la sociedad y un grupo mayoritario de acreedores ante una jurisdicción, por ejemplo inglesa) es evitar que un grupo minoritario de acreedores de la sociedad puedan frustrar un acuerdo de refinanciación acordado por la mayoría de los acreedores, posibilidad no contemplada en la legislación

¹³⁴⁶ A la vista de la jurisprudencia inglesa se constata una creciente tendencia de los tribunales de esa jurisdicción a admitir su competencia para sancionar un scheme of arrangement con sociedades españolas.

¹³⁴⁷ Esta realidad arranca de una interpretación flexible de las normas inglesas sobre competencia judicial, que se basa en la percepción de que el derecho inglés ofrece a las partes (deudor y mayoría significativa de acreedores) soluciones más flexibles que el derecho español, que en ocasiones son el único modo de preservar el valor de una compañía. Este sentimiento responde a la realidad. Cuando no se ofrecen soluciones a primera vista, las partes se las ingenian para encontrarlas.

¹³⁴⁸ Sobre esta materia, véase, Reinoso Barbero, F.: “Foro de conveniencia, Derecho de conveniencia y nulidad”. *Revista de Derecho de la UNED* nº 4, 2009, p. 331.

¹³⁴⁹ Mucho se ha discutido y publicado con relación a la figura del SoA en España, especialmente a raíz de su utilización por parte de las sociedades Metrovacesa y la Seda de Barcelona. En cuanto al caso Metrovacesa, véase la obra de FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER. “Aumento de capital mixto y condicionado en el contexto de la reestructuración del endeudamiento financiero de Metrovacesa”.

española cuando la minoría ostenta garantías reales, beneficiados de un derecho de separación.

Sin embargo, existen dudas razonables sobre el efectivo reconocimiento de tales acuerdos por parte de los tribunales españoles, y en consecuencia, sobre los efectos que puedan desplegar en la jurisdicción española.

La tesis es clara. No parece que un SoA, sin más, pudiera evitar que un acreedor en España pudiera obtener un pronunciamiento judicial favorable frente a los bienes de la sociedad fuera, por ejemplo, de Reino Unido. Para evitar este riesgo sería necesario respetar en la configuración del SoA las previsiones del artículo 71.6 de la Ley Concursal, así como lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta del precitado texto incluyendo una cláusula en este sentido. Por ejemplo, y según el caso, el SoA podría incluir una cláusula que prevea la solicitud de una propuesta anticipada de convenio ante los tribunales españoles¹³⁵⁰

Asimismo, ha de tenerse en cuenta la relevancia del COMI, puesto que es uno de los criterios principales para determinar la jurisdicción, toda vez que es el criterio principal para determinar la jurisdicción competente de conformidad con el Reglamento de Insolvencia (1346/2000)¹³⁵¹. Los tribunales del estado miembro en el que se sitúe el centro principal de intereses del deudor serán los competentes para proceder a la apertura del procedimiento de insolvencia. En el caso de una sociedad, el lugar del domicilio social tendrá la presunción de centro principal de intereses en ausencia de prueba en contrario.

Las posiciones más hostiles frente a la aplicación en España de los SoA, señalan que se trataría de una "huida del foro" o forum shopping, debiendo calificarse como

¹³⁵⁰ Véase Jones Day: “.Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011 : valoración de la participación del socio que ejercita el derecho de separación.

¹³⁵¹ Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor (art.3).

Según el Considerando 13, el centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros. Sigue por tanto el criterio de sede real.

Aun cuando el Reglamento no lo indique expresamente, parece que el control de la competencia internacional se verifica de oficio

fraude de ley. Así, se calificaría como una estrategia ruda: la sociedad acude al extranjero para conseguir en su estado de origen unos efectos jurídicos que la ley del estado de origen no permite. Consecuentemente, ex art. 6.4 del Código Civil, se concluiría que la sanción aparejada sería la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir, esto es, la Ley Concursal española, no teniendo efecto, por ejemplo, la vinculación que el SoA hace a los acreedores disidentes con garantía real. A tal efecto, deben consider

En este sentido, conviene traer a colación que los tribunales alemanes rechazaron el reconocimiento del SoA propuesto por la entidad aseguradora "Equitable Life" en 2009 (OLG Cell 9 U 46/09), considerando que el SoA no era un procedimiento de insolvencia de conformidad con el Reglamento de Insolvencia, ni una resolución judicial bajo el Reglamento de Bruselas (44/2001)¹³⁵².

Por otra parte, las posturas contrarias a la efectividad de los SoA en España, destacan también que estos acuerdos buscan eludir uno de los principios procesales europeos básicos: el derecho de defensa del sujeto paciente de la aplicación de las leyes, en este caso concreto, del acreedor minoritario. En sentido contrario, se alega también que la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal previene precisamente estos comportamientos abusivos.

Por todo ello, es incierto que un SoA aprobado por un juzgado de Reino Unido pueda ser directamente reconocido por los juzgados y tribunales españoles¹³⁵³, no vinculando a todos los acreedores, salvo que se presente como una propuesta anticipada de convenio. Por tanto, incluso si el SoA fuera sancionado en Reino Unido, podría ser objeto de una acción de reintegración ante los juzgados españoles si no cumple los requisitos del artículo 71.6 de la Ley Concursal.

Por otro lado, se no plantearía una duda, ¿A qué deudores se deben referir tales acuerdos¹³⁵⁴? ¿Cabe considerar a un grupo de sociedades como único deudor? Ante la

¹³⁵² Dicha decisión ha sido confirmada por el Tribunal Supremo Alemán con fecha de 15 de febrero de 2012, si bien centrándose en la peculiaridad de las entidades aseguradoras.

¹³⁵³ Alvaro Cid de Luna, en su artículo "Schemes of Arrangements, salvavidas o papel mojado para las empresas", sobre esta problemática publicado en EXPANSIÓN el 08.05.2013.

¹³⁵⁴ Como criterio orientador, defiende el Reglamento un concepto amplio de deudor: no importa que sea Persona física, jurídica, comerciante o un particular.

duda, lo más sensato sería dar una respuesta negativa, sin perjuicio de que una futura regulación comunitaria de los grupos de sociedades solucionara el problema.

En cualquier caso, podría llegar a ser discutible si tales acuerdos¹³⁵⁵ en defecto de norma expresa, tienen en lo no previsto específicamente, un alcance universal.

En realidad, parecen existir determinados aspectos que de alguna manera quedarían inmunes a tal acuerdo: A los derechos reales de terceros se les aplicaría lo dispuesto por la *lex rei sitae*, en cuanto a la compensación de créditos de la sociedad con acreedores, que presupone la existencia previa de un derecho a compensar con fundamento extraconcursal, es decir, si conforme a la ley que rige el crédito el acreedor dispone de un derecho a compensar, éste se regulará conforme a dicha ley.

¿*Quid iuris* en cuanto a las garantías adoptadas para asegurar la efectividad crediticia? Tomemos, por ejemplo, una garantía consistente en el establecimiento de una reserva de dominio; siendo así, cabe distinguir lo siguiente: en primer lugar, si la sociedad deudora era la compradora de un bien con esta garantía de reserva, el acuerdo no afectará a los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad, cuando dicho bien se encuentre, en el momento de apertura del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado donde se tomó el acuerdo; pero, en cambio, cuando la sociedad deudora era la vendedora del bien, el comprador conserva su derecho de adquirir *in futurum* la propiedad sobre el bien sujeto a la reserva de propiedad, de manera que tal acuerdo no constituye causa de resolución o de rescisión de la venta.

Por otra parte, los efectos del acuerdo en referencia a los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación o en un mercado financiero se registrarán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable a dicho sistema o mercado.

¹³⁵⁵ Lacruz, J.L, y otros:” II Derecho de Obligaciones, vol. I, Dyckinson, Madrid 2003, pp. 325 y ss, en esta obra se viene a señalar que lo que va a separar el Derecho Romano del moderno, es que aquél no reconocía el contrato como categoría general conformada por un acuerdo de voluntades y con abstracción de su contenido (que ya estaba prefijado), mientras que hoy nuestro Derecho contempla al contrato como una institución jurídica particular, cuyo contenido podrá establecerse íntegramente por la voluntad de las partes contratantes. En consecuencia, el *nudum pactum*, o sea, toda aquella convención que no entrase dentro del abanico de posibilidades contractuales preexistentes sería ineficaz para crear obligaciones jurídicas. Si bien en nuestro derecho actual, los acuerdos o *nuda pacta* han de estar sometidos a los límites expresos de la ley y a los tácitos que obligan a acoplarse irremediabilmente a los principios que definen el

El contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la Ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo, los derechos del deudor sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetos a la inscripción en un registro público se regularán de acuerdo con la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el registro. Finalmente, las una patente comunitaria, una marca comunitaria o cualquier otro derecho análogo establecido por disposiciones comunitarias, no pueden localizarse ficticiamente en un concreto Estado miembro.

Todo lo anterior no es óbice para la apelación al principio de autonomía de voluntad internacional¹³⁵⁶. Varios instrumentos internacionales han contribuido a la aceptación universal de este principio¹³⁵⁷. Entre ellos, el más importante es el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, Roma 19-VI-1980 (el "Convenio de Roma"). Este Convenio sancionó legislativamente la autonomía de la voluntad y unificó el derecho europeo relativo a la ley aplicable a los contratos, y ha sido transformado en un Reglamento vigente en toda la Unión Europea, Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio del 2008 Sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I) (el "Reglamento Roma I"). Además este Convenio sirvió de modelo a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V), México D.F. 17-III-1994 (la "Convención de México") que pretendió sancionar legislativamente la autonomía en los países de Latinoamérica.

fundamento del ordenamiento jurídico como un todo.

¹³⁵⁶ Esta autonomía de la voluntad se distingue de la incorporación por referencia de una ley extranjera en un contrato. En la autonomía, las partes someten el contrato a la ley elegida, y ella pasa a ser la ley que lo gobierna o su "proper law", desplazando otras leyes que, sin mediar la elección, lo gobernarían. En la incorporación, las partes incorporan las normas de la ley extranjera como cláusulas del contrato, quedando la validez de estas cláusulas y el contrato mismo gobernados por una ley diferente ya sea elegida por las partes o determinada por las normas de conflicto del foro.

¹³⁵⁷ La flexibilidad que da la autonomía es un antídoto contra la rigidez de las normas de conflicto nacionales que pueden establecer una ley inapropiada para gobernar un contrato en particular. Se reconoce que las partes pueden usar la autonomía como una herramienta efectiva para excluir una ley inapropiada que, de otro modo, gobernaría el contrato; o excluir la ley nacional de una o ambas partes y elegir otra ley que consideran "neutra" o para elegir, de entre un vasto número de leyes, la que les parezca más conveniente para gobernar la totalidad o una parte específica de su contrato.

42.-RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DE LOS ADMINISTRADORES EN EL CONTEXTO MERCANTIL DE HOY DÍA: ENTRAMADO DE RELACIONES QUE LO ALEJAN DEL MODELO ROMANO

42.1.- EVOLUCION HISTORICA Y *FUNCIÓN* DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y LAS NUEVAS TENDENCIAS LEGISLATIVAS.

Junto a las acciones de responsabilidad civil frente a los administradores, nuestro ordenamiento español ha establecido la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento de determinados deberes que se les impone por ley. Responsabilidad cuyo régimen es ciertamente extraño, no sólo por su fundamento, sino por sus consecuencias consistentes en la responsabilidad solidaria¹³⁵⁸ de los administradores de las deudas sociales por el incumplimiento en un determinado plazo de ciertos deberes (plazo que en este caso puede calificarse como “fatal”), ya que es irrelevante el probar la falta de culpa por parte de los administradores, o el eventual daño producido a los acreedores sociales, sino que se establece esa responsabilidad a modo de “pena civil”, tal como han calificado esta responsabilidad nuestra jurisprudencia y algunos autores el incumplimiento de tales deberes establecidos por la ley¹³⁵⁹.

La cuestión de la responsabilidad de los administradores fue una de las cuestiones centrales¹³⁶⁰ de la reforma operada en nuestro derecho de sociedades anónimas en el año 1989. En efecto se trataba de corregir el deficiente sistema de la Ley de 1951, que sólo

¹³⁵⁸ Artículo 237TRLSC: Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo que prueban que , no habiendo intervenido en su adopción y ejecución , desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos se opusieron expresamente a él.

¹³⁵⁹ Sánchez Calero, F: “Los Administradores en las Sociedades de Capital”.2005, p. 402-403.

¹³⁶⁰ Esta regulación era considerada por algunos autores como un privilegio a favor de los administradores. Sin embargo, otros como Garrigues, lo justificaban ante la dificultad de encontrar administradores valiosos si se les exponía a un riesgo de responsabilidad por faltas leves. Véase, en ese sentido, Garrigues, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas II, Madrid 1976, pp.174-175 y Fernández de la Gárgara, L”El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas”, p. 9 en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, tomo II (Sociedades Mercantiles)

establecía responsabilidad de los administradores que hubieran actuado por malicia o negligencia grave, contrariamente al sistema de responsabilidad por culpa que con carácter general establece nuestro artículo 1103 Cc.

En esta situación, la Ley de reforma parcial y adaptación de nuestro derecho de sociedades, de 25 de Julio 1989, vino a solventar estas carencias: excluyendo el requisito de que la culpa fuera grave; estableciendo la responsabilidad solidaria de todos los administradores; excluyendo la exoneración de responsabilidad por el hecho de que el acuerdo lesivo fuera aprobado por la Junta; y trató de acabar con una serie de prácticas viciosas, tales como la delegación, como forma de eludir la responsabilidad de los consejeros, o los acuerdos de separación de administradores acompañados de pactos de renuncia a ejercitar acciones posteriores de responsabilidad.

Sin embargo, con el paso de los años se ha demostrado que este sistema, tan riguroso en el trato de la conducta negligente, no lo es en cambio respecto a lo que podríamos llamar conductas desleales, las cuales pueden de hecho suponer un mayor enriquecimiento de los administradores, y para las cuales no estaban establecidas ni parámetros de actuación ni sanciones adecuadas¹³⁶¹.

A mayor abundamiento, la progresiva globalización de la economía provoca la imperiosa necesidad de evitar una gestión excesivamente conservadora (tener que solicitar costosos informes, auditorías y dictámenes), resultado de un excesivo rigor en la consideración de la citada negligencia. En esta nueva situación, se trataría de potenciar el riesgo y la innovación empresarial, para lo cual hoy se propugna establecer un pequeño ámbito excluido de la posterior revisión judicial, y que comprendería aquellas decisiones que tomadas de buena fe comportan un riesgo empresarial, y en las que el ulterior fracaso no pueda servir de fundamento para una posterior imputación por negligencia¹³⁶²

¹³⁶¹ En este sentido Paz Ares venía predicando un tratamiento diversificado del régimen de responsabilidad, más severo con las conductas desleales, y más indulgente con la mera negligencia. Véase, Paz-Ares, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», RdS, núm. 20, 2003-1, pág.

¹³⁶² Todas estas consideraciones que fueron apuntadas en el Informe Aldama (y en su precedente Informe Olivenza), el cual señaló la conveniencia de una reglamentación de los deberes de información y transparencia y de una tipificación de las conductas que suponen una violación del deber de lealtad.

Ante esta situación, pasamos a analizar la situación legislativa actual, para los cual comenzaremos analizando cuál es la verdadera función de la RCV de los administradores en relación con las nuevas tendencias legislativas.

Con carácter general, Pantaleón Prieto¹³⁶³ ha puesto de manifiesto cómo el sistema español de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, tiene una mera función compensatoria o resarcitoria del daño causado, ya que el importe de la indemnización no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta del responsable, sino de acuerdo con la entidad del daño producido. No tiene, por tanto, una función preventiva, sin perjuicio de que la amenaza de tener que indemnizar pueda influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa. La lógica de los daños punitivos, propia del sistema americano, es completamente contraria a nuestra tradición jurídica.

Sin embargo, como hemos visto al analizar la evaluación histórica, en el ámbito del Derecho de Sociedades, se considera que la responsabilidad civil de los administradores tiene una función más amplia¹³⁶⁴ que la simple reparación patrimonial del daño causado, tendencia ésta que se refuerza en las recientes reformas del sistema:

La Ley Concursal¹³⁶⁵ de 2003 modifica el régimen de la responsabilidad por deudas, ligándolo no sólo a la no disolución de la sociedad sino también a la falta de declaración de concurso. No hay aquí reparación de daños, sino una responsabilidad-sanción, una pena civil, con una función claramente punitiva. Leyendo el conocido como Informe Winter se advierte así que estamos ante un instrumento de protección del crédito.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, impone la extensión de la responsabilidad del administrador persona jurídica a su persona física representante. Con el régimen actual, frente a terceros el responsable de los daños que puedan causarse es el administrador persona jurídica. Sin perjuicio de ello, en un plano interno, la persona

¹³⁶³ Véase, Pantaleón Prieto: "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", ADC, 1993.

¹³⁶⁴ La STS de 14 de octubre de 2013, establece que los administradores tienen una triple responsabilidad: individual frente a socios y terceros, social frente a la administración y una responsabilidad de carácter objetivo por incumplimiento de los deberes legales que le son impuestos como tal administrador, al concurrir causa de disolución de la sociedad.

¹³⁶⁵ La Ley 19/2005 de 24 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, reformó el art. 262 LSA en su apartado 5 y el art. 105.5 LSL, con el fin de concretar la responsabilidad concursal de los administradores.

jurídica puede exigir a su representante responsabilidad por sus actos en caso de no haber seguido instrucciones impartidas, haber ejercido su cargo de forma negligente o con mala fe. Asimismo, introduce una responsabilidad solidaria¹³⁶⁶ entre el administrador y su representante, de forma que las acciones de responsabilidad podrán dirigirse no sólo frente al administrador formal (persona jurídica), sino también frente al representante persona física, quien conforme a las normas de nuestro Derecho deberá responder con todos sus bienes presentes y futuros. La extensión de responsabilidad a la persona física representante supondrá, en muchos casos, que resulte fundamental la firma de contratos entre la persona jurídica administradora y el representante, para exonerar o limitar la responsabilidad de este último.

Además, se aclara que la responsabilidad existe “siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”, ex artículo 236 LSC y “la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales”¹³⁶⁷.

Por otra parte, es preciso destacar la regulación de la “business judgement rule” o “regla del juicio empresarial”¹³⁶⁸ contenida en el nuevo artículo 226 LSC. Esta norma establece que los tribunales no revisarán las decisiones de carácter empresarial (estratégico o de negocio) tomadas por los administradores en el ejercicio de su cargo si se han adoptado con la diligencia de un ordenado empresario. En este contexto, la diligencia de un ordenado empresario es la actuación de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con un procedimiento de decisión adecuado por parte del administrador. El objetivo de esta regla es garantizar a los administradores que los errores cometidos al adoptar este tipo de decisiones no generarán automáticamente responsabilidad frente a la compañía que administran por los daños que la decisión haya podido ocasionar. De no excluirse las decisiones de carácter empresarial del ámbito de control judicial, los administradores se verían en muchos casos limitados en sus decisiones que implicasen asumir riesgos empresariales para evitar incurrir en responsabilidad de ningún tipo. La introducción de esta regla del juicio empresarial en la

¹³⁶⁶ No es la primera vez que se pretende introducir una responsabilidad solidaria. En el año 2011 el proyecto de reforma de LSC ya preveía su regulación. Sin embargo, en la tramitación parlamentaria se suprimió como consecuencia de una enmienda presentada por CiU. Por tanto, el hecho de que se pretenda regular esta cuestión de nuevo permite aventurar que en esta ocasión sí se incorporará a nuestro ordenamiento jurídico.

¹³⁶⁷ Véase: “Informe práctico diciembre 2014” en w.w.w.notarios y registradores.com

¹³⁶⁸ Véase el artículo publicado en *Expansión* el 11 de marzo de 2015 de Elena Company Reyna

LSC viene a recoger en el ámbito legal la doctrina que los tribunales españoles habían aplicado en repetidas ocasiones, y cuyo origen se encuentra en los tribunales norteamericanos.

Ante la situación actual, no podemos dejar de plantearnos si el abandono de la función típica de la responsabilidad civil está o no suficientemente justificado. Lo cierto es que, el ejercicio del cargo de administrador se ha convertido hasta cierto punto, tal y como iremos viendo, en una “*profesión de riesgo*”¹³⁶⁹. Si bien es conveniente el establecimiento de medidas para prevenir y sancionar las conductas desleales o negligentes de los administradores, no creo que sea necesario llegar a una criminalización patrimonial del administrador, como *de facto* ocurre.¹³⁷⁰

De hecho, si echamos un vistazo a los países de nuestro entorno, observaremos algunas diferencias respecto a la nuestra (debido en parte a no haber fructificado la propuesta de V Directiva, relativa a esta materia), Así por ejemplo el caso del derecho francés, donde se exige un número mínimo de acciones para ser administrador, asegurándose así cierta solvencia en las personas que desempeñen el cargo; o del derecho alemán donde se exonera de responsabilidad al administrador en caso de haber actuado previo acuerdo legalmente adoptado por la junta general.

Finalmente aclarar que nuestra exposición versará exclusivamente sobre la responsabilidad en el ámbito del derecho privado, quedando fuera de ella: lo relativo a la responsabilidad penal de los administradores, aplicable expresamente incluso al administrador de hecho y regulada en el Código Penal bajo la rúbrica de “delitos societarios” (artículos 290 y siguientes); así como la responsabilidad administrativa, fiscal y de la seguridad social.

¹³⁶⁹ Morilla Jarillas, MJ: “Las normas de conducta de los administradores” Madrid 2002, p. 354.

¹³⁷⁰ Además, la eficacia práctica de estas medidas es discutible, ya que como señalan gráficamente EASTERBROOK y FISCHER, “las reglas de responsabilidad tienen sólo una utilidad limitada como mecanismo de organización de las sociedades abiertas”. Véase, Easterbrook and Fischel: “Limited liability and corporation” Univ. Chicago:” Limited liability facilitates the efficient specialization of function in publicly held corporations. It also allows corporations in some circumstances to externalize the costs of engaging in risky activities. To reduce this social cost of limited liability, courts have pierced the corporate veil in situations where the incentive to engage in excessively risky activities is the greatest. Other legal rules, such as managerial liability, minimum-capitalization requirements, and mandatory insurance, can also be understood as attempts to reduce the social costs of limited liability”.

42.2.- RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.

El régimen de responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital está integrado por normas que regulan los presupuestos (art. 236 TRLSC) y normas que regulan las acciones o derecho de los perjudicados a exigir la indemnización de los daños causados.

La regulación legal apenas ha variado respecto de la prevista en el art. 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.¹³⁷¹

La Ley establece reglas especiales que tratan de resolver problemas típicos de las sociedades de estructura corporativa: tutela de la minoría en el plano jurídico-societario interno y tutela de acreedores en las relaciones externas. La primera de esas reglas consiste en atribuir a la Junta general la competencia para decidir sobre el ejercicio, renuncia o transacción de la acción mediante acuerdo adoptado por mayoría *ordinaria* (art. 238.1 TRLSC). A continuación se ofrecen dos instrumentos para la tutela de la minoría en este delicado contexto: derecho de oposición o de veto a las propuestas de acuerdos de renuncia o transacción (art. 238.2 TRLSC) y derecho a exigir la reintegración del patrimonio social en casos de acuerdo positivo no ejecutado, acuerdo negativo o falta de acuerdo de la Junta general (art. 239 TRLSC). A los acreedores se les concede idéntico derecho una vez constatada la inactividad de la sociedad y de la minoría de socios, si bien solo cuando el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 TRLSC).

En cuanto a la caracterización de la acción social baste señalar que tiene finalidad *indemnizatoria*, naturaleza *societaria* y origen *legal*. La determinación de la naturaleza contractual o extracontractual y, de esta forma, el recurso a las categorías correspondientes del Derecho Privado de Obligaciones para integrar el régimen en lo no

¹³⁷¹ Por esta razón las aportaciones de la doctrina científica de la LSA de 1951 son tan valiosas, pues marcaron los postulados esenciales de los trabajos que posteriormente desarrollaron la materia y que serán citados fundamentalmente en el presente trabajo (cfr., no obstante, Garrigues, J./Uría, R., Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pág. 140 y ss.; Girón Tena, J., Derecho de Sociedades Anónimas, Madrid, 1953, pág. 378 y ss.).

regulado carece de interés, ya que el supuesto de hecho fundamentador y las reglas de atribución de responsabilidad orgánica más importantes están determinadas por la Ley (arts. 236 y 237 TRLSC) y existe un plazo de prescripción específico (art. 949 CCom

42.2.1.- CARACTERÍSTICAS:

Hay que partir del principio general establecido en el art. 236.1 TRLSC¹³⁷² por lo tanto, el sistema general de responsabilidad establecido responde a las siguientes características:

1. Es una responsabilidad configurada legalmente¹³⁷³, si bien, como veremos, para la doctrina mayoritaria la fuente de los deberes y responsabilidades de los administradores es la aceptación del cargo. La doctrina mayoritaria coincide en que las normas sobre responsabilidad son imperativas, por lo que cualquier alteración o limitación estatutaria sería contraria al orden público. La renuncia posterior o la transacción se admiten por la ley, pero supeditadas al cumplimiento de los requisitos legales¹³⁷⁴.

2. Es de Derecho Privado, para diferenciarla de la responsabilidad penal (por comisión de delitos societarios), administrativa (imposición de multas económicas) e incluso con otras sanciones civiles, como la nulidad de un negocio jurídico¹³⁷⁵.

3. Es una responsabilidad personal: no responde el órgano, sino las personas titulares del mismo, lo que justifica la norma del art. 237 TRLSC¹³⁷⁶ para que el administrador de un órgano colegiado se libere de responsabilidad.

¹³⁷² Dice el artículo 236.1: Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

¹³⁷³ De lege ferenda, Paz_Ares propone diferenciar entre la responsabilidad por deslealtad, que es imperativa; de la responsabilidad por diligencia, que admitiría la limitación estatutaria, en línea con las reformas del Estado de Delaware de mediados los años 80.

¹³⁷⁴ Así, TS 30-12-1997

¹³⁷⁵ Es interesante, en este sentido, la Resolución DGRN 1 DICIEMBRE 2.000, que en relación a un caso de asistencia financiera prohibida, señala que la sanción aplicable según el art. 40 LSRL es la nulidad radical, ex art. 6.3 CC; sanción compatible no sólo las multas económicas impuestas a los administradores, sino con su responsabilidad.

¹³⁷⁶ Ver nota 1. Además, tal carácter personal justificaría el tenor del art 236 in fine:” En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o el acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta”.

4. Es una responsabilidad contractual: en rigor hay que distinguir, dentro de la teoría del órgano, la descomposición de dos planos de la realidad. En el plano externo, los administradores son el órgano necesario para que la sociedad actúe en el tráfico; en el plano interno, el hay una relación contractual entre el administrador y la sociedad, si bien se trata de un contrato *sui generis*, un contrato de administración que conlleva un riguroso régimen de responsabilidad contractual.

42.2.2.- ÁMBITO SUBJETIVO O EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DE LOS ADMINISTRADORES

En cuanto al fundamento de la extensión de la responsabilidad, la doctrina coincide en que si la responsabilidad es contrapartida del poder, deben quedar sujetos a la misma todos aquellos que materialmente ejerzan las funciones directivas, con independencia de que ostenten formalmente el cargo de administrador¹³⁷⁷. También se extiende a los administradores de hecho¹³⁷⁸ y desde luego se extiende, en su caso, a los directores generales y apoderados, solución seguida por el Derecho italiano y portugués.

En los supuestos de delegación de facultades, parece necesario adecuar a la exigencia de responsabilidad a la naturaleza de los deberes propios de los consejeros delegados y no delegados, al que reconoce el derecho italiano y que se contempla en los modernos Códigos de *corporate governance*. Sin embargo, en el Derecho de sociedades español actual, la cuestión es discutible:

a) ante todo, conviene precisar, que la delegación de facultades implica la creación de un órgano dependiente del consejo, pero no se produce dualidad de órganos ni separación de funciones en sentido estricto. Tampoco elimina las facultades del delegante ni hace desaparecer la concurrencia de la gestión.

b) por tanto, la delegación no altera el régimen de responsabilidad, aunque sí la condiciona en el sentido de que la diligencia exigible a los consejeros no delegados

¹³⁷⁷ Por eso había sido reconocida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de septiembre de 2001.

¹³⁷⁸ El informe Aldama distinguía dos tipos distintos: administrador de hecho o notorio, que es aquel que en la realidad del tráfico desempeña sin título, con título nulo o inexistente, las funciones de administrador; y el administrador oculto, bajo cuyas instrucciones suelen actuar los administradores de la sociedad. No obstante, la Ley de Transparencia no hace tal distinción y sólo recoge un concepto amplio, que permite amparar tanto a los administradores de hecho notorios como a los shadow directors.

es distinta a la de los consejeros delegados. Cuestión discutida, en fin, es si subsiste la responsabilidad solidaria entre consejeros delegados y no delegados. Parece que subsiste en la medida en que la gestión es conjunta o compartida.

En el caso de grupo de sociedades o de varias sociedades que presenten la nota de identidad sustancial de los miembros y unidad en la toma de decisiones, se plantea la cuestión de responsabilidad de administradores de la sociedad matriz y las filiales. A falta de una regla de responsabilidad solidaria entre ambos, solución prevista en algunas legislaciones de nuestro entorno, cabe apuntar lo siguiente: el administrador de la sociedad filial no puede exonerarse alegando que siguió instrucciones de la sociedad matriz. Lo único que cabe, a mi juicio, es exigir responsabilidad a los administradores de la sociedad matriz por la vía de considerarles administradores de hecho, o bien acudir a la vía judicial para levantar el velo.

En la hipótesis de administración colegiada por medio del Consejo de Administración hay que coordinar la responsabilidad personal del consejero con el carácter colegiado del órgano. A diferencia de los criterios adoptados en Derecho Romano en pro de la mancomunidad, como regla general, en estos casos se generaliza la solidaridad: solidaridad en la culpa o presunción de culpa colectiva, que se fundamenta en la dificultad de prueba de la culpa individual de cada uno de los miembros; y solidaridad en el daño de los que resulten responsables, cuya razón de ser están en la actuación colegiada del órgano¹³⁷⁹.

Ahora bien, ¿habrá que establecer previamente la culpa del órgano, para posteriormente presumirla solidaria? Parece que no, que se produce una inversión de la carga de la prueba, no siendo necesario por tanto establecer el elemento culpa en la demanda, ya que resultaría difícil determinarla respecto de cada concreto administrador, por lo que bastaría establecer la antijuridicidad, el daño y la causalidad. Y la culpa seguiría formando parte del supuesto de hecho de la responsabilidad, pues en definitiva no habrá lugar a ésta si se acredita por el demandado la inimputabilidad personal del daño social.

No cabe, pues sería excesivo, aplicar la presunción de culpa de este precepto al supuesto en que, siendo la estructura de administración colegiada, el incumplimiento se refiera a deberes individuales de un miembro del órgano, como puede ser la violación del deber de secreto o de la prohibición de votar por incompatibilidad.

¹³⁷⁹ Sin embargo, el art 236 in fine permite exonerarse al administrador en el caso de ausencia de culpa.

Y en relación con los supuestos de exoneración individual, gramaticalmente parece que el precepto citado considera la “oposición expresa” como suficiente actuación tendente a evitar el daño. Sin embargo, no parece que se refiera a la simple oposición manifestada durante la reunión, al menos tratándose de acuerdos impugnables por nulidad o anulabilidad, respecto a los cuales la “oposición expresa” exige que el administrador haya ejercitado las correspondientes acciones en cumplimiento de su deber de diligencia.

e) La ratificación por la Junta General y la subsistencia de responsabilidad no exonera, aunque según la doctrina esa circunstancia sí impide que la propia sociedad ejercite la acción social porque iría en contra de sus propios actos. Incluye cualquier declaración expresa de exoneración de responsabilidad (“quitus”) o aprobación en bloque de la gestión social¹³⁸⁰ salvo acuerdos de no ejercitar la acción, renuncia o transacción en los términos que veremos.

En complemento, el art. 134.3º establece que “la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada”.

42.2. 3.- PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad civil del administrador se encuadra en el régimen general de responsabilidad y exige la concurrencia de los presupuestos clásicos del sistema¹³⁸¹.

A partir de aquí, haremos especial referencia al incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad, la delimitación concreta de los deberes de los administradores es necesaria para el correcto funcionamiento del sistema¹³⁸², puesto que es un presupuesto de la aplicación del régimen de responsabilidad civil del administrador.

Por tanto, en síntesis, los deberes fiduciarios de los administradores son:

El deber de diligencia (DUTY OF CARE), deber de lealtad (DUTY OF LOYALTY), que la ley societaria descompone en tres deberes diferentes: fidelidad, lealtad y secreto.

¹³⁸⁰ En este sentido, STS de 11 de mayo de 1991.

¹³⁸¹ Estos presupuestos son: una acción u omisión dañosa, nexo de causalidad y culpabilidad del administrador.

¹³⁸² En cuanto a los actos contrarios a la ley, se ha discutido cómo ha de interpretarse el término “ley”, si en sentido amplio o no. Según Sánchez calero, ha de tratarse siempre de una norma con rango de ley.

Por otra parte, la responsabilidad se puede generar bien por uno o por varios actos, bien por consecuencia de una línea de actuación o de una serie de decisiones. En ocasiones, la naturaleza de la actividad empresarial impone la fijación de objetivos a largo plazo, de tal manera que puede ser razonable esperar un perjuicio inicial para acabar obteniendo la rentabilidad perseguida, que puede serlo a corto, medio o largo plazo¹³⁸³.

El interés jurídico protegido por la ley es la sociedad. Como veremos, la legitimación a los socios y a los acreedores se reconoce únicamente con carácter supletorio y ello: tratándose de los socios, ante la necesidad de tutelar a las minorías; y tratándose de los acreedores, como formas de protección indirecta de su crédito.

Por tanto, se exige que la acción u omisión sea dañosa para la sociedad. El daño ha de ser ilícito o antijurídico sin que cualquier disminución del patrimonio pueda ser imputada a los administradores, sin perjuicio de que la sociedad pueda reaccionar frente a su comportamiento no dañoso con otros medios¹³⁸⁴.

En cuanto al interés público, el mismo no está en juego, dado que la acción para exigir la responsabilidad es renunciable.

Por otro lado, un sector doctrinal entiende aplicables los artículos 1106 y 1107 Cc, y en concreto la obligación de responder tanto por el daño emergente, como por el lucro cesante, si bien se recomienda especial cautela a la hora de fijar el alcance del daño, dado que la actividad empresarial, por su propia naturaleza, comporta de suyo unos riesgos de necesaria asunción dentro de una administración diligente.

En todo caso, el daño, para ser resarcido, deberá ser valuable, lo que no impide necesariamente la responsabilidad por daños causados a la imagen de la sociedad, siempre que se pueda evaluar económicamente el perjuicio. Y respecto a la prueba del daño, como es lógico corresponderá a quien ejercite la acción.

El acto de los administradores debe ser causa de producción del resultado dañoso, cuestión que remitimos a los principios generales del Derecho Civil sobre la materia.

Veamos, pues los factores de atribución de responsabilidad y la culpa de los administradores

¹³⁸³ En los supuestos en los que se fija un plazo superior al ejercicio económico, parece razonable contar con el respaldo político de la Junta General, pues si bien las instrucciones recibidas o la autorización de la inversión no exonerarán de responsabilidad, en cambio sí impedirán a la propia sociedad pueda ejercer acciones en tanto no transcurran los plazos previstos.

¹³⁸⁴ Por ejemplo, mediante la separación del administrador.

Uría¹³⁸⁵ y Polo¹³⁸⁶ consideran que el TRLC dos tipos de responsabilidad de los administradores: la derivada de la falta de diligencia que sí exige culpa, y la derivada de la comisión de actos contrarios a la Ley o los Estatutos que sería una responsabilidad profesional objetiva que surge sin culpa o negligencia¹³⁸⁷.

Sin embargo, con Sánchez Calero¹³⁸⁸ consideramos que en todo caso la culpa (en cualquier grado y aunque se presuma) es presupuesto de la responsabilidad de los administradores por cuatro argumentos:

- La finalidad del régimen de su responsabilidad es estimularlos a desplegar la diligencia que exige el cumplimiento de su cargo, y una responsabilidad objetiva haría poco deseable el desempeño del mismo pues asumirían el riesgo de actos realizados con la debida diligencia.

- Razones sistemáticas, pues hay que incardinar esta responsabilidad dentro de los cánones genéricos de nuestro ordenamiento que parten de una responsabilidad por culpa, salvo casos expresamente establecidos.

- Sería extraño pasar de una responsabilidad exclusivamente por dolo o negligencia grave de la LSA 1.951 a una responsabilidad objetiva o sin culpa.

- Es la solución de la propuesta de la 5ª Directiva comunitaria en la que se basó nuestra reforma de 1.989.

Cuestión distinta es que en la práctica estemos en presencia ante una responsabilidad cuasi-objetiva, merced al expediente jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba.

Recientemente, Paz-Ares¹³⁸⁹ señala que con la modificación de los deberes fiduciarios de los administradores es precisa una reinterpretación del sistema, que diferencia el grado de culpa en función del tipo de deber incumplido:

¹³⁸⁵ Garrigues, J./Uría, R., Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pág. 140 y ss.

¹³⁸⁶ Op. cit. P. 63.

¹³⁸⁷ Y tras la reforma del artículo 133 de la antigua LSA por la Ley de 17 de Julio de 2003, que ha suprimido la referencia a la falta de diligencia incluso para los actos dañosos distintos de los contrarios a la ley o a los estatutos, no han faltado autores que han apuntado que también en este supuesto estaríamos ante una responsabilidad objetiva.

¹³⁸⁸ Op. cit. P. 145 y ss.

¹³⁸⁹ Paz-Ares, ”: La responsabilidad de los administradores op. cit”.p. 15 y ss.

-- en caso de incumplimiento del deber de diligencia, la responsabilidad sólo puede estar asociada al dolo o culpa grave. Pero como no es posible resucitar el privilegio romano de la LSA de 1.951, entiende que en todo caso los administradores no responderán por decisiones empresariales erróneas, aplicando la doctrina americana de la *business judgement rule*.

-- en caso de incumplimiento del deber de lealtad, defiende una política de severidad, basada en la simple culpa del infractor.

Hay que señalar, en definitiva, que distinta y compatible con la responsabilidad social es la responsabilidad directa frente a los acreedores y socios por daños causados directamente a ellos por los administradores en las relaciones de los primeros con la sociedad. Tal responsabilidad es extracontractual aunque el daño se origine por la conclusión de algún contrato, pues los administradores no son parte del contrato, sino representantes de la sociedad, a quien sería exigible en su caso la responsabilidad contractual.

42.3.- ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: SU EJERCICIO COMO ACCIÓN DE BUENA FE, AL IGUAL QUE LA ACTIO PRO SOCIO

La acción social de responsabilidad, como toda acción que se ejerce en Tribunales debe ser promovida conforme a la buena fe¹³⁹⁰, lo que comprende no defraudar la confianza depositada por otros en los propios actos. En particular, no se pueden usar las reglas de legitimación subsidiaria para obtener un resultado que no podrían obtener los socios si interpusieran la demanda en ejercicio de un derecho propio a la indemnización.

En ocasiones los Tribunales han aplicado la técnica de imputar a la sociedad, titular de la acción, los conocimientos o comportamientos de los socios promotores de la acción social con el resultado de desestimarla (una especie de «levantamiento del velo»). El caso más flagrante se refiere a pretensiones de indemnización del patrimonio social como consecuencia de la percepción de retribuciones por el desempeño de funciones de alta dirección, asimilables a las propias de los administradores, siendo el cargo gratuito según los estatutos, precisamente por los socios minoritarios que conocieron y

¹³⁹⁰ Así se deduce de la interpretación lógico sistemática de los artículos 11.1 de la LOPJ y del 24.1 de la LEC.

consintieron esas prácticas y a veces durante años¹³⁹¹.

42.3.1. - EJERCICIO POR LA PROPIA SOCIEDAD

La regla en los Ordenamientos de la Europa continental ha sido siempre atribuir la competencia para decidir sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad al órgano de los socios, que de este modo pueden ejercer cierto control indirecto sobre la administración. La Ley española no es una excepción y establece que la acción «se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la Junta general» (art. 238.1 TRLSC), de forma que la existencia de un acuerdo positivo debe considerarse un presupuesto para el ejercicio de la acción que debe ser acreditado por el demandante¹³⁹².

La atribución de competencia a la Junta general tiene otra consecuencia importante. La adopción de esta decisión en ese marco implica que los socios, antes o durante la reunión, puedan ejercer su derecho de información sobre los actos u omisiones de los administradores que puedan considerarse antijurídicos y estos tendrán el deber de facilitarla con los límites legales¹³⁹³. El acceso a la información resulta fundamental para que, en el caso de que la Junta decida no interponer la demanda, la minoría pueda ejercer su derecho a promoverla subsidiariamente y por eso el acuerdo es necesario también cuando se demanda a antiguos administradores.

Respecto a la renuncia o transacción¹³⁹⁴, señalar que ambas presuponen un acuerdo previo de ejercicio, por lo que no sería eficaz una simple renuncia genérica a ejercitar acciones al acordarse el cese de administradores, lo cual no obstante es muy frecuente¹³⁹⁵.

¹³⁹¹ cfr. STS 1.ª de 29 de mayo de 2008 y SAP Madrid (Sección 28.ª) de 21 de julio de 2009 o SAP Orense de 1 de febrero de 2010.

¹³⁹² Cfr. SAP Girona de 13 de diciembre de 2006 sobre constancia en acta.

¹³⁹³ Artículos 196 y 197 TRLSC.

¹³⁹⁴. Arroyo/Boet, ob. cit., pág. 1559: «la transacción y la renuncia son los dos institutos jurídicos de que dispone la Junta general para modificar su decisión de exigir responsabilidad a los administradores». En la misma línea es destacable la opinión de Sánchez Calero (ob. cit., pág. 381), Lara (ob. cit., pág. 90) y las distintas tesis expuestas por Polo Sánchez (ob. cit., pág. 330 y ss.). Según Suárez Llanos (ob. cit., pág. 959) la Junta tiene que declarar previamente «haber lugar» a exigir responsabilidades, a lo que debe vincularse el nacimiento del derecho a exigir a los administradores una determinada indemnización.

¹³⁹⁵ El apartado 6 del art. 2393 bis del Codice Civile establece que los socios que actúen puede renunciar la acción o transigir pero que cualquier contraprestación por esa renuncia o transacción debe repercutir en la

Sí se defiende, en cambio, la validez de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje, pero sin que tal cláusula afecte al ejercicio de la acción por los acreedores sociales. En cualquier caso, parece que no debe caber renuncia en caso de dolo (art. 1102 Cc).

El socio-administrador puede votar en el acuerdo sobre exigencia de su responsabilidad. Hoy está ampliamente admitida la idea de que no existe deber de abstención ni en la sociedad anónima ni en la sociedad de responsabilidad limitada, tipo en el que los supuestos de prohibición del derecho de voto por conflicto de interés están legalmente tasados¹³⁹⁶. Las reglas sobre legitimación subsidiaria de la minoría para el ejercicio de la acción en beneficio de la sociedad y la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales anulables, remedios complementarios, resultarían suficientes para evitar las consecuencias negativas para el interés de la sociedad del abuso de los socios-administradores que impiden con su voto que se adopte el acuerdo. En el ámbito de las sociedades cotizadas la única limitación se refiere al ejercicio del derecho de voto correspondiente a las acciones respecto de las que se haya obtenido la representación mediante un sistema de solicitud pública (art. 514 TRLSC)¹³⁹⁷.

En un plano jurídico-societario interno, la Ley prevé que el acuerdo de entablar la acción determinará la destitución inmediata de los administradores afectados en el caso de

sociedad. También hay una norma sobre reembolso de gastos en el apartado 5 del mismo artículo: «En caso de estimarse la demanda la sociedad reembolsará a los demandantes las costas del juicio y aquellos gastos derivados de la averiguación de los hechos que el juez no haya puesto a cargo de los demandados o que no sea posible recuperar de aquéllos». El recurso a la normativa sobre gestión de asuntos ajenos sin mandato para integrar el régimen lo sugiere Oppo, G., «L azione «sociale» di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate», Riv. Dir. Civ., 1998, II, Pág 408 y 411

¹³⁹⁶ art. 190 TRLSC y SAP Cantabria (Sección 1.ª) de 14 de enero de 2004.

¹³⁹⁷ Cfr., en este sentido, Esteban Velasco, ob. cit., pág. 66; Sánchez Calero, ob. cit., pág. 376 y ss.; Polo Sánchez, ob. cit., pág. 325 y ss. En el caso de votos contrarios nulos se ha propuesto la posibilidad de solicitar al Juez que condenase a los administradores-socios a abstenerse de intervenir en la nueva votación (Polo Sánchez, ob. cit., pág. 327), lo que podría evitarse, en algunos casos, mediante el reconocimiento de las denominadas «acciones declarativas del resultado positivo de una votación»

que continuaran en el cargo¹³⁹⁸ sin que sea necesario adoptar un acuerdo específico en ese sentido¹³⁹⁹.

42.3.2- EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LOS SOCIOS.

Se trata de la misma acción tendente a reparar el patrimonio social, ejercitada subsidiariamente, que solo procede en los siguientes supuestos:

a- Inactividad de los administradores o no convocatoria por éstos de la junta general solicitada por los socios titulares al menos del 5% del capital para decidir sobre el ejercicio de la acción, pasados los treinta días siguientes al requerimiento notarial al efecto a los administradores.

b- Inactividad de la sociedad o no haberse entablado por ésta dentro del plazo de un mes contado desde la fecha de adopción del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad.

c- Acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad, sin necesidad de plazo alguno.

La legitimación activa se atribuye por la titularidad de al menos el 5% del capital social, aunque corresponda a un solo socio, pero si son varios deberán actuar conjuntamente. Y una vez formalizada la demanda, no afecta al pleito la reducción de esa minoría que acordó el ejercicio como consecuencia de transmisiones de acciones, cambios de criterio o cualquier otra causa.

Más conflictiva es la cuestión de si el porcentaje es un presupuesto para el ejercicio de la acción y basta con tenerlo en el momento de la interposición de la demanda, como sostiene la mayoría de la doctrina científica, o se trata un requisito de legitimación *ad causam* en cuyo caso sería necesario conservarlo además durante toda la tramitación del procedimiento, de forma que su pérdida pueda dar lugar a un Auto de archivo, por falta de interés legítimo, con eficacia de sentencia absolutoria firme art. 22.1 LEC¹⁴⁰⁰. El legislador español ha optado por configurar un derecho de minoría y no un derecho individual del socio, como ocurre en los Ordenamientos anglosajones, no porque se considere que solo esa minoría del cinco por ciento tenga el interés legítimo que ha de

¹³⁹⁸ art. 238.3 TRLSC, 148 RRM

¹³⁹⁹ Que sería superfluo, aunque no nulo. STS 27 de marzo de 2009.

¹⁴⁰⁰ Entiendo que la primera de las posiciones es la correcta.

presidir el ejercicio de toda acción procesal sino para evitar que se interpongan acciones con finalidades espúreas y fomentar el ejercicio serio y legítimo de los derechos.

42.3.3.- EJERCICIO POR LOS ACREEDORES

Se otorga una legitimación subsidiaria¹⁴⁰¹ de tercer grado a todos los acreedores sociales, sometida a dos condiciones:

- a- Pasividad de la sociedad y de los socios, sin sujeción a plazo alguno.
- b- Insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de sus créditos.

No se pretende facilitar la ejecución del patrimonio del deudor en protección del acreedor determinado que desea cobrar su crédito, sino que se trata de conservar la capacidad del patrimonio social para hacer frente a todos sus créditos, de forma que todos los acreedores sociales puedan beneficiarse de la iniciativa de quien entable la acción. Ésta es la razón por la que la Ley no exige que el acreedor acredite haber *perseguido* (infructuosamente) determinados *bienes* de la sociedad, para lo que sería preciso que el crédito fuera exigible, sino solo la *insuficiencia del patrimonio social* para hacer frente a las deudas sociales (concepto distinto, como es sabido, de la «insolvencia» como presupuesto objetivo del concurso de acreedores)¹⁴⁰². Conforme a lo anteriormente expuesto, todo acreedor de la sociedad, con independencia de que su crédito esté vencido y sea exigible o no, dispone de este derecho de defensa propio que se articula mediante la atribución de legitimación extraordinaria para ejercer (en un sentido jurídico-procesal) la acción que corresponde a la sociedad (en un sentido jurídico-material) para la reintegración íntegra del patrimonio social y no solo hasta el límite de su propio crédito

1403

En modo alguno hay que pensar que la legitimación de los acreedores se limita a los casos en que el comportamiento antijurídico de los administradores haya provocado precisamente la insuficiencia del patrimonio social, pues no descansa en la idea de la

¹⁴⁰¹ La finalidad de la norma sobre legitimación de los acreedores de la sociedad de capital no es puramente ejecutiva ni se recurre a la técnica de la subrogación.

¹⁴⁰² La situación de desbalance patrimonial no hay que identificarla con insolvencia que se refiere solo a la incapacidad de hacer frente a las obligaciones exigibles (cfr. Bonelli, ob. cit., Pág 210 y pág 205 núm 275

¹⁴⁰³ Esta idea, apuntada entre otros por Polo Sánchez (ob. cit., pág. 364) ha sido descartada por la práctica totalidad de la doctrina española.

Práctica totalidad de la doctrina española

lesión a los derechos de crédito, sino que, como hemos dicho, tiene una eficacia preventiva de defensa de la capacidad patrimonial del deudor.

42.3.4.- PRESCRIPCION

La doctrina entiende aplicable el plazo de cuatro años desde el cese en el cargo por cualquier motivo, conforme al artículo 949 CcC, aunque la mayoría señala que los cuatro años correrán desde que se produjo el daño cuando éste tenga lugar después del cese.

42.4.- ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD.

El régimen de la acción individual de responsabilidad frente a administradores sociales ha sido nuevamente abordado por nuestro Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 23 de mayo de 2014. Son de utilidad las precisiones que recoge acerca de la doctrina de esta acción recogida en el tenor literal del vigente art. 241 LSC. El Tribunal Supremo trata y despeja cuestiones relativas a la naturaleza de la responsabilidad general derivada de las actuaciones de los administradores sociales en el ejercicio de su cargo, que es una responsabilidad de naturaleza indemnizatoria y culpabilística o aquilina, cuya regulación contiene en los artículos 236 y ss de la LSC. Dentro de la misma, la acción individual (art. 241 LSC) es aquella que puede ser ejercida por el particular que haya sido directamente perjudicado por la actuación del administrador, a diferencia de la acción social, que es la que ejerce la sociedad, la propia persona jurídica. Como se refiere esta resolución: "la acción individual de responsabilidad es una acción directa y principal, no subsidiaria, que se otorga a los accionistas, socios y terceros, para recomponer su patrimonio particular¹⁴⁰⁴ que resultó afectado directamente por los actos de administración¹⁴⁰⁵,, siendo los actos u omisiones constitutivos de esta acción idénticos a los de la acción social de responsabilidad, es decir, los contrarios a la ley, a los estatutos o los realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar su cargo, con la diferencia que el daño (o la disminución patrimonial) no se ocasiona a la sociedad sino directamente a un tercero, que es el legitimado para el ejercicio de la acción que, cuando carece de fuerza ejecutiva, se suelen acumular las acciones contra ambos¹⁴⁰⁶".

¹⁴⁰⁴ STS de 11 de marzo de 2005.

¹⁴⁰⁵ STS 10 de marzo de 2003.

¹⁴⁰⁶ STS 17 de diciembre de 2003

A este respecto, a fin de aclarar la naturaleza jurídica, la sentencia confirma que "la acción individual de responsabilidad supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 LSA -241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 Cc¹⁴⁰⁷ (SSTS de 6 de abril de 2006 , 7 de mayo de 2004 , 24 de marzo de 2004 , entre otras). Se trata, de una responsabilidad por "ilícito orgánico", entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo".

Finalmente, merece destacar la determinación de los presupuestos para que deba prosperar la acción individual de responsabilidad¹⁴⁰⁸, de acuerdo con la doctrina sentada por la Sala 1ª que la reciente Sentencia de 23 de mayo de 2014¹⁴⁰⁹ confirma y repite: "(i) incumplimiento de una norma, en el presente caso, Ley 57/1986, debido al comportamiento omisivo de los administradores; (ii) imputabilidad de tal conducta omisiva a los administradores, como órgano social; (iii) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (iv) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad y (v) relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al tercero, pues, sin duda, el incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de las cantidades ha producido un daño al comprador que, al optar, de acuerdo con el art. 3 de la Ley, entre la prórroga del contrato o el de la resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de ésta última pretensión, al no hallarse garantizadas las sumas entregadas".

No obstante, cabe citar la advertencia que hace la Sentencia sobre el posible ejercicio indiscriminado ante cualquier incumplimiento de las relaciones obligatorias que nacen de los contratos, pues en ese caso, "supondría olvidar e ir en contra de los

¹⁴⁰⁷ SSTS de 6 de abril de 2006 , 7 de mayo de 2004 , 24 de marzo de 2004 , entre otras.

¹⁴⁰⁸ La Sentencia nº 485/2012, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el día 18 de julio, expresa las diferencias entre la acción individual de responsabilidad y la de responsabilidad solidaria por la deuda social, reguladas hoy día en los artículos 241 y 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁴⁰⁹ Esta STS de 14 de mayo de 2014, define la naturaleza de dicha acción individual: "la acción individual de responsabilidad supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 LSA -241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 Cc (SSTS de 6 de abril de 2006 , 7 de mayo de 2004 , 24 de marzo de 2004 , entre otras)".

principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que lo otorgan, como proclama el art. 1257 Cc". Por esta razón, como afirma seguidamente, la responsabilidad de los administradores en ningún caso se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndolos en garantes de las deudas sociales o en supuestos de fracasos de empresa que han derivado en desarreglos económicos que, en caso de insolvencia, pueden desencadenar otro tipo de responsabilidades en el marco de otra u otras normas.

43.- LA NATURALEZA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS.-

La doctrina coincide en que la legislación societaria contempla un sistema de responsabilidad civil subjetiva o por daños, que encaja en el sistema general de responsabilidad civil. En cambio, la responsabilidad por deudas, como al principio hemos apuntado, responde a una concepción distinta¹⁴¹⁰. A mi juicio, el sistema se puede resumir en tres premisas fundamentales:

a) No se trata de una responsabilidad por daños o indemnizatoria, sino de una responsabilidad civil legal de carácter sancionador.

Por un lado, no tiene una función compensatoria, sino punitiva. La ley impone una pena civil a los administradores como consecuencia del incumplimiento del cargo. En consecuencia, no se pretende indemnizar a la sociedad de los daños causados, sino sancionar al administrador que en los casos de situación de la sociedad próxima a la insolvencia no actúa correctamente. Se configura así como un instrumento de protección de los acreedores.

Por otro lado, no requiere la existencia de ningún daño, puesto que la responsabilidad no es el resultado de la causación de un daño o perjuicio, sino sólo la consecuencia de una sanción impuesta legalmente.

¹⁴¹⁰ Como antes hemos apuntado, se superponen la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de índole pecuniaria con la responsabilidad del administrador por incumplimiento de sus deberes legales,. De ahí que confluya una doble configuración de la responsabilidad societaria.

b) en segundo lugar, es un régimen de responsabilidad objetivo. Quijano¹⁴¹¹ pone de manifiesto que existen dos orientaciones en la doctrina y en la jurisprudencia:

una línea minoritaria, que estimaba que la responsabilidad por deudas estaba integrada en el marco general de la responsabilidad civil por daños y que la calificaba como responsabilidad-indemnización. Por tanto y según esta tesis, no basta sólo con probar la falta de convocatoria de la JG para disolver, sino que era precisa la prueba del daño y del nexo causal, quedando probada la culpa del administrador por el incumplimiento de su deber de convocar impuesto legalmente.

-- la tesis mayoritaria, en cambio, calificaba el régimen de responsabilidad por deudas como responsabilidad-sanción vinculada al incumplimiento de la obligación de convocar. Basta con probar la existencia de causa de disolución y el incumplimiento del administrador para que se aplique la pena civil prevista por el legislador. Se configura así como una responsabilidad objetiva, pues no hay que probar la culpa o negligencia del administrador, sin perjuicio de que la existencia de una causa de exoneración excluya la aplicación de la pena.

-- el Tribunal Supremo, desde sus primeras sentencias de 1.997, recoge con claridad la tesis de la responsabilidad-sanción, sobre todo en relación a supuestos de pérdidas cualificadas de la sociedad como causa de disolución¹⁴¹². Así, la importante STS 3 ABRIL 1.998 delimita con precisión los dos presupuestos de la responsabilidad por deudas: existencia probada de una causa de disolución y no convocatoria de la Junta General.

Además, el TS ha señalado que los acreedores disponen de una opción para exigir responsabilidad a los administradores: si eligen la acción individual de responsabilidad del art. 135 LSA necesariamente tienen que probar la acción, el daño, la relación de causalidad y la culpa de los administradores, puesto que la norma responde a un sistema de responsabilidad civil subjetiva; en cambio, si eligen la vía del 262.2 LSA, basta la prueba de la causa de disolución y la no convocatoria, puesto que responde a un sistema de responsabilidad civil objetiva.

¹⁴¹¹ Quijano González: "La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración" RdS 19 (2002) p 73 y ss.

¹⁴¹² Así, la importante sentencia del TS 3 ABRIL 1.998 delimita con precisión los dos presupuestos de la responsabilidad por deudas: existencia probada de una causa de disolución y no convocatoria de la Junta General.

c) en tercer lugar, es una responsabilidad por deuda ajena, puesto que la doctrina mercantilista califica el supuesto como de *garantía patrimonial de deuda ajena*¹⁴¹³. La finalidad de la norma es la protección del crédito y los acreedores y bajo este prisma debe interpretarse la sanción. En efecto:

-- primero, se discute si los administradores asumen las deudas sociales¹⁴¹⁴. Se trata de una asunción acumulativa, lo que permitía demandar conjuntamente a la sociedad y a los administradores. Pero esta tesis no es correcta y cabe “resucitar” la clásica distinción entre deuda y responsabilidad, de modo que podemos concluir que los administradores responden frente a los acreedores, pero no son deudores, ni siquiera en el plano interno. Y es que la finalidad de la norma no es convertir a los administradores en deudores, sino sólo la protección de los acreedores y del tráfico.

-- segundo, se trata de una responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad. El tenor literal parece dar a entender que los administradores son deudores. Pero, en realidad, no es así, porque no se trata de romper con esta regla la presunción de mancomunidad del art. 1.137 CC, sino establecer norma similar a la fianza solidaria a que se refiere el art. 1.822II CC.

-- tercero, como el administrador responde, pero no debe, la consecuencia lógica es que dispone de una acción de regreso en caso de pago a los acreedores¹⁴¹⁵.

En todo caso se trata de una responsabilidad limitada a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, si bien la carga de la prueba de la fecha anterior de las obligaciones reclamadas al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad corresponde a los administradores.

43.1.- BREVE *EXCURSUS* SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL.-

43.1.1.- ORIENTACIÓN GENERAL DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL.

La legislación concursal toma como modelo el concurso de las sociedades, en las que es frecuente que la causa de insolvencia de la sociedad sea una conducta negligente

¹⁴¹³ Morillas, op. cit.p. 43.

¹⁴¹⁴ Así lo pone de manifiesto la STS de 21 de febrero de 2007, recopilando otras anteriores.

¹⁴¹⁵ En efecto, la STS de 13 de abril de 2000 afirmó que si los administradores pagan, la sociedad queda liberada frente a los acreedores, pero no frente a los administradores que disponen de acción de regreso frente a la sociedad.

de los administradores. Por eso, la generalidad de los ordenamientos jurídicos se protegen frente a esta conducta de los administradores:

a) en Derecho francés y derecho portugués, se contempla un supuesto específico de responsabilidad concursal de los administradores en caso de que los defectos de su gestión hayan contribuido a que el activo sea insuficiente. Es decir, cubrirían los créditos concursales fallidos en caso de haber contribuido de modo significativo a la situación de insolvencia.

b) en cambio, el Código italiano, reformado en 2.003; o la Ley de Insolvencia alemana de 1.994, sólo permiten que en caso de concurso de la sociedad la administración concursal esté legitimada para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores.

c) la Ley Concursal española de 2.003, por su parte, establece un sistema mixto.

Por una parte, legitima a la administración concursal para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores¹⁴¹⁶.

Pero, además y para el supuesto de concurso calificado por el Juez como culpable, instaura un régimen específico de responsabilidad de los administradores, que responderán de los créditos fallidos, siempre que hayan contribuido a la generación o agravación de la situación de insolvencia¹⁴¹⁷.

43.1.2.- EXAMEN ESPECIAL DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CONCURSAL.-

Centrándonos en la exégesis de la norma contenida en el artículo 48.2 LC, cabe destacar:

¹⁴¹⁶ En efecto, el artículo 48.2 de la LC dice que :” ... estarán también legitimados para ejercitar las acciones de responsabilidad... los administradores concursales, sin necesidad de previo acuerdo de la Junta”.

¹⁴¹⁷ Así resulta de la interpretación combinada de los artículos 164.1LC: “Se calificará el concurso de culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor... y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho” y del 172.3LC:”La sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.

1° Que sólo se refiere a los casos de concurso calificado como de culpable en virtud de sentencia, dentro de la fase de liquidación. Por tanto, y sin perjuicio del ejercicio de la acción de responsabilidad ordinaria por la administración concursal, no procederá la responsabilidad concursal en los casos de convenio, en los que por definición no hay no hay liquidación.

2° En cuanto a la extensión subjetiva de la responsabilidad, no se limita a los administradores de la sociedad, sino que comprende también: a los administradores o liquidadores de hecho, puesto que se trata de que responda quien materialmente, con independencia de la vigencia o validez del cargo, causaron el daño a los acreedores. Además, con el mismo fundamento, se extiende en el tiempo a los administradores anteriores¹⁴¹⁸.

3° En cuanto a los requisitos de la responsabilidad, son los siguientes, según las normas transcritas:

- una acción, pues los administradores han incumplido sus deberes de administradores provocando la generación o agravamiento del estado de insolvencia.

- daño causado a los acreedores, que como consecuencia de esa situación de insolvencia no pueden cobrar sus créditos.

- y un nexo de causalidad, pues los créditos concursales resultan fallidos porque los administradores actuaron de ese modo y con esa culpa.

4° Por lo que se refiere a la imputabilidad, la norma limita la responsabilidad del administrador a los casos de dolo o culpa grave. Por tanto, en caso de culpa leve se excluye la sanción, lo que parece una concesión a la regla del *business judgement rule*.

5° En cuanto al efecto, se refiere la norma al pago de los créditos fallidos. Por una parte, se refiere sólo a los créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa.

Por otra parte, la norma habla de pagar “total o parcialmente”, lo que a mi juicio se basa en el carácter punitivo de la responsabilidad: el Juez gradúa la sanción en función de la culpabilidad del administrador, no del daño sufrido. Aunque a nadie se le escapa que en la práctica se convertirá en un expediente de protección de los acreedores,

¹⁴¹⁸ El fundamento, en ambos casos, es hacer coincidir la responsabilidad formal con la material, es decir, que la persona que contribuyó a la producción del daño sea la que responda de los mismos.

de modo que en todos los casos en que haya créditos fallidos acabarán respondiendo los administradores concursales.

43.2.- CONEXIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIAS Y LA CONCURSAL

En cualquier caso, lo que es evidente La declaración de concurso de la sociedad provoca, como es natural, la necesidad de coordinar la normativa societaria sobre acción social con las normas y principios propios del concurso de acreedores. Esto plantea problemas formales y de fondo que solo están parcialmente regulados en el art. 48 LC. Este precepto establece en su apartado 1 que: «Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora (...)» y añade en el apartado 2 que «sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo previsto en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios». Además dispone que la competencia para conocer de esas acciones «corresponderá al juez del concurso» («cualquiera que sea la fecha en que se hubieran producido los daños y perjuicios»¹⁴¹⁹ y que «la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado».

La propia Ley establece que la Junta general de la sociedad concursada mantiene sus competencias para decidir sobre el ejercicio, renuncia o transacción de la acción social de responsabilidad (art. 238 TRLSC, art. 48 LC). No obstante, la ejecución del acuerdo positivo mediante la interposición de la demanda deberá ser autorizada por la administración concursal, así como cualesquiera otros actos relevantes para la sustanciación del proceso o los recursos, ya que la Sentencia que se dicte afectará al patrimonio social (masa activa del concurso) con eficacia de *cosa juzgada*. En caso de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor se produce, además, como es

¹⁴¹⁹ Cfr., sobre la situación anterior a la reforma en materia de competencia que introdujo la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y se extendió a las acciones de responsabilidad, el detallado estudio de López de Medrano, F., «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», ADC, 2007, núm. 10, pág. 37.

sabido, la sustitución procesal de la sociedad por la Administración Concursal, de modo que este órgano representará a la sociedad en juicio en los procedimientos ya iniciados y en los que hubiera que iniciar en un futuro (art. 54 LC). La renuncia y la transacción por la sociedad son actos de disposición patrimonial que requieren además autorización judicial (art. 43.2 LC).

En cuanto la regla de legitimación subsidiaria de la minoría lo lógico es pensar que se mantiene, pues el conflicto mayorías-minorías propio de las sociedades cerradas subsiste en el concurso e incluso puede tornarse especialmente gravoso para el minoritario que sufre la postergación de sus créditos como acreedor (art. 92 5.º, 93.2 LC)¹⁴²⁰

Por el contrario, la legitimación individual de los acreedores, doblemente subsidiaria y solo en el caso de insuficiencia del patrimonio social (art. 240 TRLSC), no tiene sentido una vez que se ha declarado el concurso. La insolvencia es suficiente para que se adopten medidas de control casi total de las facultades patrimoniales del deudor (ya no hay razón para intervenir solo en caso de insuficiencia patrimonial) y la defensa del interés de la colectividad corresponde a la Administración Concursal, por lo que no se entiende una norma que atribuya esa función a los acreedores individualmente. La norma ha de considerarse sustituida por la normativa concursal especial: los acreedores ya solo podrán requerir la reintegración del patrimonio social menoscabado subsidiariamente y en los términos del art. 54.4 LC¹⁴²¹.

¹⁴²⁰ Esto lo admite, siquiera críticamente, la mayoría de la doctrina (cfr. Alonso Ureba, ob. cit., pág. 549-550; García-Cruces . A., «La responsabilidad concursal», en AA. VV., La responsabilidad de los administradores, dir. A. Rojo Beltrán Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 974). Es cierto que puede ocurrir que los demandantes pretendan de forma encubierta conseguir fines ajenos a la mayor reintegración posible del patrimonio de la sociedad concursada (v.gr. dirigir incorrectamente la acción en connivencia con los administradores). De modo preventivo esto debe evitarlo la Administración Concursal mediante su intervención procesal junto a los demandantes, y, en todo caso, siempre quedará la responsabilidad de quienes perjudicaron el buen fin de la acción.

¹⁴²¹ El tenor literal del artículo 48 de la LC dificulta la interpretación porque utiliza el adverbio «también» y la mayoría de los autores consideran que se trata de una legitimación «añadida» a la que prevé la normativa societaria incluso la de los acreedores individualmente. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la Ley no está pensando solo en el concurso de sociedades de capital, el tenor literal no puede resultar determinante. En todo caso, si la legitimación societaria individual se reconduce a las normas sobre ejercicio por los

La cuestión más conflictiva se refiere a las relaciones entre la acción social de responsabilidad y la denominada responsabilidad concursal asociada a la apertura de la Sección de Calificación y que, como es sabido, puede traer consecuencias extraordinariamente duras para los administradores de las sociedades cuyo concurso haya sido calificado como culpable (art. 172 LC). Entre ellas se encuentra la condena a «devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados» (art. 172.2.3.º) y, si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se podrá, además, condenar a los administradores a «pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa» (art. 172.3 LC).

El art. 48 LC se limita a señalar que «La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado», lo que se interpreta normalmente como expresión de la compatibilidad entre la responsabilidad societaria y la concursal, aunque hay que reconocer que en esto existe una profunda división en la doctrina científica.

Existe un problema de *conurrencia de regulaciones*. Esto se puede apreciar claramente en el típico caso de omisión de deberes sobre promoción temporánea de la disolución- liquidación en caso de pérdidas cualificadas, antesala, en la mayoría de los casos, de la insolvencia [art. 363.1 d) TRLSC]. La continuidad de la actividad empresarial incurra en causa de disolución puede generar nuevas pérdidas que lesionen el patrimonio de la sociedad, daño cuya indemnización sería exigible por la sociedad perjudicada o por cualquiera de los legitimados extraordinariamente para el ejercicio de la acción social. El problema es que ese mismo comportamiento puede haber contribuido a la «generación» de la insolvencia, motivar la calificación del concurso culpable (art. 164.1 LC), con la

acreedores de acciones del deudor mediante la aplicación del art. 54 LC, la diferencia queda solo en si resulta aplicable o no el requisito de la «insuficiencia patrimonial» del art. 240 LSC. En relación con el procedimiento de quiebra los autores apuntaban que los acreedores perdían su legitimación individual a favor de los Síndicos.

Cfr, Polo Sánchez, «Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en AA. VV., Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, vol. 2, Ed. Mc.Graw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1436

consiguiente imposición de las consecuencias asociadas de inhabilitación, indemnización de daños y condena al pago del pasivo pendiente (art. 172 LC).

La relación entre todas estas consecuencias jurídicas hay que determinarla en consideración a la función que cumplen las normas sobre responsabilidad concursal. Si se considera que la normativa sobre responsabilidad concursal por deudas (art. 172.3 LC) solo pretende neutralizar las consecuencias negativas que el comportamiento de los administradores, consistente en generar o agravar la insolvencia (apartado 1 del art. 164 LC), haya podido tener en la esfera de los acreedores sociales (condenándoles a pagar sus créditos fallidos), entonces habrá que admitir que sería redundante imponer esa consecuencia cuando exista una condena previa a indemnizar el patrimonio social para la indemnización (indirecta, como el daño) de esos mismos acreedores sociales. Si se considera que esa norma pretende sancionar todo tipo de conductas (incluso las descritas en los hechos de concurso culpable del apartado 2 del art. 164), entonces no habrá límites (ni criterios) cuantitativos respecto del alcance de la condena a pagar las deudas sociales ni tampoco doble indemnización, sino unos acreedores beneficiados por las consecuencias patrimoniales de una sanción civil.

En el caso resuelto por la SJMER núm. 5 de Madrid de 18 de enero de 2007, antes citada, se razona que el «déficit patrimonial» (fondos propios negativos) de la sociedad concursada al cierre del ejercicio de 1997 era de 241.341,74 euros y en el texto definitivo del inventario ascendía a 1.681.686,05 euros. Se consideró que el administrador incumplió de forma continuada los deberes de promoción de la disolución y el concurso, que no se solicitó hasta el 18 de enero de 2005¹⁴²².

La Sentencia fijó el importe con que el administrador debía contribuir a pagar el pasivo pendiente en la diferencia entre uno y otro déficit (art. 172.3 LC). El resto de conductas que se imputaban a ese administrador (utilización de bienes sociales para

¹⁴²² Según la Sentencia citada: «la falta de disolución de la sociedad por la conducta omisiva, gravemente negligente imputable al administrador, de no convocar la oportuna Junta o, en su caso, instar la disolución, ha agravado el estado de insolvencia de la sociedad como se observa de la evolución de los fondos propios de la deudora y debe apreciarse la existencia de nexo causal y el agravamiento del estado de insolvencia, pues de haberse disuelto oportunamente la sociedad el déficit hubiera sido de 241.341,74 euros y no de 1.681.686,05 euros, que ahora presenta».

satisfacción de necesidades propias, extracción indebida de bienes del patrimonio social, etc.) se resolvieron mediante la indemnización de daños y perjuicios del art. 172.2.3.º LC. La cuestión es si el pronunciamiento habría sido el mismo de haber mediado una condena previa a indemnizar el patrimonio de la sociedad por las pérdidas sufridas durante el periodo en que se debió haber instado la disolución o se habría «descontado» el importe de esa indemnización «equitativamente».

Algunos autores piensan que la sentencia de calificación ha de servir para reprimir o sancionar las conductas, ciertamente reprobables, que determinan la calificación culpable del concurso (arts. 164 y 165 LC). Por esta razón, el juez está facultado a condenar a los administradores a pagar a los acreedores sociales (*rectius*: concursales) el importe que de sus créditos no puedan cobrar con cargo a la masa activa (art. 172.3 LC), sin perjuicio («además») de que el administrador haya sido o no condenado a indemnizar los daños causados al patrimonio social por ese mismo comportamiento sea en sede societaria o sea en sede concursal. No se produce una doble condena a indemnizar un mismo daño, sino dos condenas diferentes resultado de la aplicación de normas cuyo contenido y finalidad son dispares¹⁴²³.

Otros autores entienden que la condena a pagar a los acreedores el importe de los créditos fallidos (no cobrados con cargo a la liquidación de la masa activa) es una forma de indemnizar los daños que hayan podido sufrir los acreedores por la lesión del patrimonio social provocada por los administradores y que, además, esa condena debería corresponderse cuantitativamente con la incidencia que haya podido tener el comportamiento de los administradores en la generación o agravamiento de la insolvencia (art. 164.1 LC). Cuando la «generación» o «agravamiento» de la insolvencia se haya producido precisamente por causar daños al patrimonio de la sociedad mediante un comportamiento antijurídico del administrador que podría generar una indemnización exigible mediante la acción social (art. 238 TRLSC) puede ocurrir que se condene a indemnizar dos veces el mismo daño (en una acción societaria y en la calificación concursal). Como el tenor literal del art. 48 LC parece permitir este resultado se apela a que los jueces lo eviten resolviendo en *equidad*¹⁴²⁴.

¹⁴²³ Esta es la tesis de Suárez Llanos, L., «Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas (disciplina de la acción social)», ADC, 1962, pág. 936-937

¹⁴²⁴ Esta es la tesis de Polo Sánchez, op cit. P 435 y ss.

Como puede verse, el problema no está en la interpretación que haya de darse al art. 48 LC, sino en la posición que se adopte respecto de la naturaleza de la responsabilidad concursal. Este precepto se limita a reconocer la inocuidad de la apertura de la sección de calificación en la tramitación de demandas de acción social de responsabilidad para la indemnización de los daños causados por los administradores en el desempeño del cargo, que seguirán hasta que se dicte sentencia y la cuestión que hay que plantear aquí es si la pendency de esos procesos e incluso las sentencias que se hayan dictado en los mismos deben afectar o no a la resolución de la sección de calificación cuando los hechos base de la calificación sean precisamente los enjuiciados en aquéllos procesos «societarios» (*v.gr.* si se omitieron de forma negligente y grave deberes de promoción temporánea de la disolución que generaron la insolvencia). No parece razonable que, sea para imponer una sanción añadida a la indemnización en la cuantía que el juez considere adecuada según la gravedad de los hechos (tesis sancionadora) o sea para resarcir a los acreedores condenando al pago de deudas en la medida en que los administradores contribuyeran a la generación de la insolvencia (tesis indemnizatoria), puedan pronunciarse dos sentencias con efectos civiles en dos procesos distintos, con el consiguiente riesgo, descrédito e inseguridad derivadas de que los jueces se pronuncien de forma contradictoria (*v.gr.* sobre si existió incumplimiento del deber de promover la disolución).¹⁴²⁵

Como corolario de todo lo anterior hay que decir que siempre es preciso distinguir dos cosas: la naturaleza de la responsabilidad y la función de la misma.

Por lo que se refiere a la naturaleza, me parece que es un supuesto de responsabilidad subjetiva o por daños, especialmente por la referencia a la culpabilidad, lo que diferencia del criterio previsto en la legislación societaria.

Por lo que se refiere a su función, la novedad del sistema es que abandona la función típicamente compensatoria del daño propia del sistema general para centrarse en la función punitiva. No se trata, creo, de reparar el daño causado, ya que el Juez tiene que graduar la indemnización en función de la culpa del administrador y no en función del daño causado.

¹⁴²⁵ Este es un problema de prejudicialidad civil, aunque no debería resultar difícil de resolver si se tiene en cuenta que será el juez del concurso el que conozco con carácter exclusivo o excluyente de ambos procesos (Cfr art 8.6).

Esto supone una evidente ruptura de nuestra tradición jurídica de cuño romanístico y una manifestación de la influencia del derecho anglosajón, que simplemente puedo constatar en estos momentos.

44.- EJECUTIVIDAD DE DEUDAS SOCIETARIAS POR VÍA NOTARIAL:

Cabe una alternativa a la reclamación judicial de deudas societarias, vencidas, líquidas y exigibles, por vía notarial¹⁴²⁶ proporcionada por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015 con el propósito de incrementar la protección del crédito sin merma de las garantías de que pueda disponer la sociedad deudora de una forma ágil y segura¹⁴²⁷, para la composición de un conflicto surgido entre un tercero y la sociedad.

Las actuaciones notariales se instrumentan en un acta de notificación en la que el notario notifica, en nuestro caso a la sociedad deudora¹⁴²⁸, el requerimiento de pago que efectúa el acreedor de una deuda dineraria. El documento que acredite la deuda, que a juicio del notario debe ser indubitado, y la notificación al deudor son los dos elementos esenciales del expediente, si bien cómo se documente la deuda es menos relevante que la notificación efectiva al deudor por las consecuencias que la Ley confiere a la inacción de éste que es atribuir al acta la condición de título de ejecución extrajudicial. Efectivamente, la incomparecencia del deudor provoca la creación automática del título de ejecución extrajudicial, sin necesidad de que medie solicitud del acreedor-requirente, ni declaración alguna del notario autorizante. Es la Ley la que atribuye tal consecuencia a la inacción del deudor que ha tenido la posibilidad de oponerse y provocar la contradicción y tiene, además, la oportunidad de oponerse a la ejecución por las causas establecidas en el artículo 557 LEC.

¹⁴²⁶ Tal opción extrajudicial

Vigentes desde el pasado día 23 de julio del 2015.

¹⁴²⁷ Ya en 1926, Calamandrei, P. en “El procedimiento monitorio” Trad. De Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1953, p. 206:” nada contribuiría tanto a la renovación de los negocios y al mejoramiento de de las costumbres públicas como una serie de leyes procesales que afectasen inexorablemente a los deudores que no cumplieran y que volvieran a dar toda su importancia al principio elemental, y y por esto muchas veces olvidado, de que las deudas deben ser pagadas puntualmente”.

¹⁴²⁸ Se entregaría cédula de notificación a la persona mayor de edad en el domicilio que figura en el documento donde consta la deuda, ya sea aquél miembro del órgano administrativo o bien le conste al notario por notoriedad que se haya facultado para recibir notificaciones en nombre de la sociedad.

Entre otros casos, el artículo 70.1.II LN excluye de dicho expediente notarial “a) Las deudas que se funden en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor¹⁴²⁹ o usuario”. La finalidad de tal exclusión es la de proteger al deudor frente a cláusulas abusivas¹⁴³⁰.

En cualquier caso, la sola posibilidad de contar con este expediente, contribuye a reforzar la efectividad de la responsabilidad societaria sin paralizar, por otra parte, el funcionamiento de la sociedad en el tráfico jurídico.

45.- EXAMEN DE LAS GARANTÍAS TENDENTES A ASEGURAR LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA EN EL DERECHO ACTUAL

45.1.- SOCIO HIPOTECANTE EN GARANTÍA DE DEUDA SOCIETARIA

Como garantía de la responsabilidad societaria pudiera surgir el caso de que uno o varios de los socios consientan en dar garantía en seguridad del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad, y en el caso de incumplimiento de las mismas En relación al análisis de esta hipótesis, podemos plantear las cuestiones siguientes:

1) ¿Se pueden aplicar al hipotecante no deudor las normas de la fianza? ¿podemos hablar de la existencia de un fiador real¹⁴³¹?

Frente a tal cuestión podemos señalar las tres tesis siguientes:

¹⁴²⁹ Si bien, según los artículos 3 y 4 p del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dependiendo del ámbito y propósito con que actúe, una misma persona, física o jurídica, puede ser considerada o no consumidor, de ahí la dificultad de acreditar dicha condición y, por tanto, para el notario de apreciar la concurrencia de la causa de exclusión.

¹⁴³⁰ Si la finalidad de la norma era la protección del deudor frente a cláusulas abusivas bastaba haber recogido una regulación similar a la contenida en el artículo 129.2 f) LH tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con las necesarias protecciones que exceden del contenido de este artículo. Además no debe olvidarse que el deudor puede oponerse a la ejecución alegando, según el artículo 557.1.7ª LEC, que “el título contenga cláusulas abusivas”.

¹⁴³¹ Fiador real se puede definir como aquel que presta fianza en garantía de una obligación de tercero, comprometiendo para ello algunos bienes propios. Por tanto, se trata en realidad, de un derecho real de garantía, ya tome la forma de prenda, hipoteca o anticresis.

I.- Al hipotecante no deudor se le aplican *todas o casi todas las normas de la fianza* porque es una figura idéntica o similar a la fianza. Se habla entonces del hipotecante no deudor como fiador real ¹⁴³².

Se basan en que admitiendo que la hipoteca en garantía de deuda ajena y la fianza son figuras de naturaleza jurídica distinta tienen elementos comunes que justifican la aplicación por analogía de las normas de la segunda a la primera. Hay algunos que aplican todas las normas de la fianza y la mayoría sólo algunas de ellas (las que responden a las características que tienen en común una y otra). Las notas que tienen en común es que son garantías de deuda ajena y accesorias.

Aunque reconocen que existe la diferencia de que el fiador responde con todos sus bienes y el hipotecante no deudor únicamente con los bienes hipotecados; no es una diferencia importante, ya que, en definitiva, entre la hipoteca en garantía de deuda ajena y la fianza sólo habría una *diferencia de medida*.

Dentro de esta posición favorable a la fianza real, en una posición más moderada, y la más común, muchos afirman que no todas las normas sobre la fianza son aplicables al hipotecante no deudor: no lo serán, dicen, aquellas que sean incompatibles con las normas imperativas y específicas de la hipoteca, bien con su naturaleza jurídico-real. Siendo sólo aplicables por analogía aquellas otras normas de la fianza que se sustentan en lo que de común ésta tiene con la hipoteca dada por tercero: las que se basan en que se garantiza una deuda ajena y que ambas garantías son accesorias¹⁴³³. aplicarán al “fiador real” las normas de la fianza inspiradas en el “favor fideiussoris”.

Se apoyan además en dos argumentos: acuden a la analogía para cubrir una laguna legal (la falta de regulación de la hipoteca en garantía de deuda ajena) y se aproximan a la solución del derecho comparado (BGB, código portugués, y sobre todo el italiano).

II.- Incluso Díez-Picazo¹⁴³⁴ defiende no que sea una figura similar a la fianza; sino que va más allá, *para él el hipotecante no deudor es un fiador*, por la separabilidad entre débito y responsabilidad. Por tanto el hipotecante no deudor es un fiador, y en tanto que

1432 Es la seguida entre otros por Moreno Quesada, Camy, Cordero Lobato, y Pantaleón.

1433 Por su accesoriedad, cabe aplicar al “fiador real” las normas de la fianza inspiradas en el “favor fideiussoris”.

1434 Díez-Picazo, Luis: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” Vol I p. 75 y ss.

fiador un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía.

Sin embargo, la opinión de Díez-Picazo es rechazada por la mayoría de la doctrina que considera que la fianza y la hipoteca en deuda ajena tienen distinta naturaleza.

► III.- El hipotecante no deudor no puede ser fiador es una institución *diferente de la fianza*. Por ello no se pueden aplicar al hipotecante no deudor las normas de la fianza¹⁴³⁵

Tienen distinta naturaleza porque la fianza es una garantía personal (el fiador responde con todos sus bienes presentes y futuros y además asume una obligación, aunque sea subsidiaria, pagar si no lo hace otro). En cambio la hipoteca en garantía de deuda ajena es una garantía real (se limita al bien hipotecado, el hipotecante no deudor no es obligado).

Además entienden no aplicables a la hipoteca en garantía de deuda ajena las normas de la fianza. No puede hablarse de un fiador real. Así lo sostiene el autor del artículo (Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla), en base a destruir los dos primeros argumentos que sustentan la doctrina favorable a la aplicación al hipotecante no deudor de las normas de la fianza. Esto es:

- 1) Que se constituyen en garantía de deuda ajena.
- 2) Que la fianza e hipoteca son accesorias
- 3) Que se llena por analogía una laguna legal.
- 4) Se adopta una solución similar al dº comparado.

1) Que se constituyen en garantía de deuda ajena → Se contesta con el contrargumento que el constituirse en garantía de deuda ajena no es algo esencial ni estructural en la hipoteca; más aún, lo normal es que se constituya hipoteca en garantía de deuda propia. En cambio si es esencial en la fianza (nadie puede ser fiador de si mismo). Añade que ninguna norma de la fianza se explica porque la fianza asegure deuda ajena “sino porque la garantía de lo ajeno es de naturaleza personal y accesorio”.

¹⁴³⁵ Así resulta de la doctrina que emana de la STS de 3 de febrero de 2009, a la que más adelante aludiremos también.

2) Que la fianza e hipoteca son accesorias¹⁴³⁶: Es verdad, pero eso no justifica que se apliquen a la hipoteca en garantía de deuda ajena las normas de la fianza. Tienen distinta naturaleza. La fianza real nos dice el autor del artículo “no es más que una inviable quimera nacida del incesto, de la unión de dos especies filiales del mismo género paterno: la fianza, como garantía personal y la hipoteca como garantía real) De la misma manera que siendo ambos derechos patrimoniales de goce, a nadie se le ocurre aplicar al usufructo las normas del arrendamiento; no se habla de un “usufructuario personal” ni de un “arrendatario real”.

IV.- Según la postura mantenida por el TS en la citada sentencia de 3 febrero 2009, se parte de la premisa de que no cabe excluir la aplicación de ciertas reglas de la fianza al hipotecante no deudor ¹⁴³⁷en base a dos argumentos:

- La deficiente regulación de la hipoteca en garantía de deuda ajena.
- Las diferentes condiciones jurídicas de <<responsable no deudor>> de uno, y de <<deudor responsable>>, del otro no parecen suficientes para justificar el que no se apliquen a la hipoteca en garantía de deuda ajena las normas de la fianza.

Tampoco puede impedir tal aplicación el que se diga que no puede ser lo mismo que pague el hipotecante deudor a que lo haga el hipotecante no deudor; precisamente porque no debe.

Dos principios esenciales de la fianza se explican por la ajenidad de la deuda. 1º La subsidiariedad de la fianza (debe por la relación de garantía, pero después del deudor principal) y 2º el derecho de reembolso al fiador que paga, que a su vez justifica la subrogación. Aun cuando el reembolso obtenido por el hipotecante no deudor pueda justificarse doctrinalmente en la doctrina del pago por tercero, o del gestor de negocios ajenos, igual apoyo tiene que en el caso de reembolso por virtud de la fianza en que se pagó deuda ajena.

¹⁴³⁶ Téngase en cuenta, fruto de dicha accesoriedad lo que se mantiene en el artículo 1528 del Código Civil:”La venta o cesión de un crédito comprende todos sus accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”.

¹⁴³⁷ Por mi parte considero que no está tan claro que no se puedan aplicar a la hipoteca en garantía de deuda ajena algunas de las normas de la fianza. Es verdad, que tienen distinta naturaleza, pero no es menos cierto que tienen la misma finalidad.

2.- ¿El socio hipotecante no deudor que paga la deuda social puede subrogarse en lugar del acreedor hipotecario para poder dirigirse contra la sociedad?

En este punto vamos a seguir la síntesis que nos propone la STS 3 de febrero de 2009:

Dos cuestiones analiza la STS; a saber:

1ª ¿El hipotecante no deudor cabe en el art. 1210.3 Cc?

2ª ¿El 1210.3 Cc recoge un caso de presunción de subrogación, o directamente una subrogación legal.

¿En el caso del socio hipotecante no deudor cabe aplicar lo dispuesto en el art. 1210.3¹⁴³⁸ Cc?

Con base en el art. 1210.3º CC, en el que se dispone que "se presumirá que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda".

La STS considera que el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación del art. 1.210.3º CC, por las razones siguientes.

1) Del ámbito del art. 1.210.3º CC no están excluidos los obligados al pago de la deuda; es más, el supuesto del solvens codeudor solidario constituye el supuesto indiscutido de los que se puedan comprender en el precepto, según se deduce con claridad de la interpretación literal y antecedente histórico del mismo.

2) Debe también resaltarse con carácter prioritario que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero, en cualquier caso, ello carece, aquí y ahora, de interés, puesto que la condición de deudor o no (que entendemos no lo es); de mero "obligado" al pago o no (que consideramos que tampoco lo es, sin que quepa configurar un "tertium genus" entre deudor y no deudor, distinguiendo un obligado en sentido propio y un "obligado" sin dicho carácter); obligado de la propia obligación (de garantía) por él asumida; responsable no deudor; tercero o no¹⁴³⁹; fiador real (asimilado a la fianza) o no;

¹⁴³⁸ Dice el artículo 1210.3.º "se presumirá que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda.

¹⁴³⁹ Y ya cabe advertir que el ordinal tercero del art. 1.210 CC, a diferencia del ordinal segundo no se refiere a tercero.

etc., resulta irrelevante, porque lo que importa radica en "si tiene interés en el cumplimiento", que es la exigencia expresada en el precepto.

Pues bien, ¿Tiene el hipotecante no deudor interés en el cumplimiento?

La doctrina mayoritaria sigue un criterio afirmativo. Se argumenta:

a) Porque el acreedor tiene derecho de agresión contra el hipotecante no deudor. Se dice que "tiene interés en el cumplimiento de la obligación de otro cuando el incumplimiento del deudor puede habilitar al acreedor para agredir, en determinada medida, el patrimonio de un tercero por existir una previa relación jurídica entre el tercero y el deudor, o entre el tercero y el acreedor, que incide en la que media entre deudor y acreedor.

b), con la necesidad jurídica de cumplir;

c), la conveniencia de cumplimiento;

d), o con la evitación de un perjuicio - tiene interés aquel "a quien se le puede seguir un perjuicio cierto, no hipotético o posible, del eventual incumplimiento de la obligación, o aquel que extraiga alguna ventaja cierta, no hipotética, del cumplimiento de esa misma obligación". Entendemos que existe el interés y que es en el cumplimiento, porque hay interés cuando de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja; el interés aludido en la norma se refiere al cumplimiento de la obligación (y no como sostiene un sector doctrinal en "la relación obligatoria", -lo que obviamente excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada -tercer poseedor-); y es procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquélla.

Vista la posición de la jurisprudencia en su STS 3 feb 2009, vamos a detenernos en la posición de la doctrina.

I.- Un sector minoritario¹⁴⁴⁰ niega la subrogación del hipotecante no deudor cuando el pago no es voluntario sino que deriva de la ejecución hipotecaria. Sin embargo,

¹⁴⁴⁰ Entre ellos Díez García, Helena: "Recargas hipotecarias e hipotecas recargables", ed Reus, 2012, p. 56 58.

la STS 3 feb 2009 lo admite también caso de ejecución forzosa porque sería injusto establecer una solución diferente al caso de pago voluntario, agravando “de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de la cosa hipotecada”.

Díez García critica que el TS recurra a argumentos de justicia porque implica acudir a la equidad, la cual sólo puede fundamentar las soluciones judiciales cuando la norma lo permite (art. 3.2 Cc). La autora critica este argumento porque dice que no hay una laguna legal, porque la subrogación se permite en el art. 1210.3 Cc¹⁴⁴¹, simplemente se aplica la equidad como criterio interpretación. Desde este punto de vista, no parece distinguirse entre equidad-criterio de decisión, y la equidad-criterio de aplicación de las normas. Además llevado tal argumento a lo absurdo: justicia=equidad; y sólo se puede aplicar la equidad cuando lo permitan las normas¹⁴⁴².

II.- Otro sector, también minoritario niega la subrogación al hipotecante no deudor tanto en caso de pago voluntario como de ejecución forzosa. Son sus argumentos: a) Lalaguna¹⁴⁴³ lo justifica en que el pago extingue la deuda y la hipoteca se extingue por

¹⁴⁴¹ Artículo 1210.3: Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.

¹⁴⁴² Además, como sostiene la doctrina italiana, negar al hipotecante no deudor la subrogación hipotecante no deudor la subrogación en caso de ejecución forzosa conllevaría la atribución al deudor de un enriquecimiento injusto.

¹⁴⁴³ Lalaguna Domínguez, E:” Derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado” en Tratado de garantías en la contratación mercantil” coord. por Miguel Muñoz Cervera, Ubaldo Nieto Carol, Vol. 2, Tomo 2, 1996 (Garantías inmobiliarias), págs.99-112

¹⁴⁴³ La cuestión gira en torno a la posible aplicación de este precepto, cuyo apartado tercero presume la subrogación: “cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”; al codeudor solidario que paga; Mz Sanchiz lo ve claro si el que paga es un fiador (art. 1839 CC) pero no cuando paga un codeudor solidario: La doctrina que defiende que el 120.3 Cc se aplica al codeudor solidario se apoya en el argumento de “si se exceptúa la porción que le compete en el débito, se arguye, es porque quien paga no es un tercero, sino, en definitiva, un deudor solidario”. Martínez-Sanchiz contrargumenta:

1.- reconoce que habrá convenir que el descuento de la porción confundida presupone que quien paga es deudor en esa misma proporción. Ahora bien, esta conclusión no conduce forzosamente a las obligaciones solidarias, pues admite otra interpretación que se refiera, en fin, al las mancomunadas simples, cuando el deudor de que se trate abone la totalidad de la deuda, más allá de lo que le compete, como si fuera un tercero (arg. art. 1138 del C.c.).

consolidación (hipotecante y acreedor pasan a ser el mismo sujeto). Esto último es cierto, pero no lo primero porque nace una nueva obligación contra el deudor (la de reembolsar al que pagó), y además literalmente aplicado implicaría que nunca cabría la subrogación en caso del pago por el no deudor.

b) Una sentencia aislada (sts 23 marzo 2000) niega la subrogación porque el hipotecante no deudor que paga no puede considerarse “tercero”, al ser un “obligado al pago”, toda vez que el contrato de hipoteca sujeto la finca de su propiedad al pago de la obligación para cuya seguridad fue constituida. Es criticado por Bercovitz pq si como dice la Sts 2000 el hipotecante no deudor es un garante obligado habría que aplicar el art. 1839 Cc previsto para la fianza. (es tercero respecto a la obligación garantizada; el único que a mi entender no es tercero en caso de pago de una deuda es el deudor)).

c) Otro argumento para negar la aplicación del art. 1210.3 Cc al hipotecante no deudor es atender a su último inciso que deja a “salvo los efectos de la confusión en la porción que le corresponda” por lo que sólo debería aplicarse al codeudor solidario y al fiador, ¿en qué parte puede haber confusión en caso del fiador?¹⁴⁴⁴

2.- En un plano dogmático, el pago de la obligación solidaria es siempre un pago propio, por lo que de alguna manera la subrogación involucraría una confusión entre las personas del acreedor y deudor y la consiguiente extinción.

3.- Piénsese desde una perspectiva práctica en un préstamo solidario con dos deudores, asegurado con una fianza, o con una prenda o hipoteca constituidas por un tercero. Supongamos que uno de los prestatarios satisface el crédito por completo. Mantener la subrogación implicaría que pudiera ejercitar las acciones del acreedor en razón de las garantías señaladas, de este modo en el caso de un fiador, ya personal, ya real, quedaría obligado a más que ese deudor, devenido acreedor por el pago, en paladina contradicción con lo prescrito en el art. 1827 del código. Creo, en consecuencia, que así como en la fianza no presenta dudas la acción subrogatoria, ésta adolece en la hipótesis de solidaridad del necesario apoyo normativo.

¹⁴⁴⁴ Encontramos modelos en derecho comparado, donde se deduce la necesidad del consentimiento del acreedor en tales hipótesis. Así, en Alemania, en relación a la figura de la Schuldübernahme) se mantiene en el (§ 414 BGB) que “Una deuda puede ser asumida por un tercero mediante un acuerdo con el acreedor de tal manera

que el tercero ocupe el puesto del antiguo deudor” “Si se acuerda la asunción de deuda entre el tercero y el deudor la validez de la asunción depende de la ratificación del acreedor” (§415 BGB). Y en el derecho italiano, de modo paralelo, el artículo Art. 1273 del Codice dice: “Se il debitore e un terzo convengono che questi assumi il debito dell’altro, il creditore può aderire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore

Cabe considerar que que de sólo aplicarse el art. 1210.3 Cc al codeudor solidario y al fiador, o bien sobra el art. 1210.3 Cc o bien los arts. 1145.2 y 1839.1. Cc.

d) Se admite en caso del tercer poseedor en el art. 659.3 LEC y en 867.2 Cc. Y si del tercer poseedor hay que reconocerle la subrogación legal por pago ¿cómo podemos negarlo al hipotecante no deudor?

e) El hipotecante no deudor es claramente un “tercero interesado” en el cumplimiento de la obligación. ¡Que mayor interés que evitar que le ejecuten la hipoteca sobre su finca!

b) ¿El art. 1210.3 Cc recoge un caso de subrogación legal o bien simplemente se presume ésta?

Esta cuestión tiene importancia práctica porque si el *art. 1.210 CC* recoge casos de subrogación legal-, el automatismo opera en el sentido de que no es necesario para la subrogación el consentimiento del acreedor ni del deudor¹⁴⁴⁵. No se requiere una declaración "ad hoc"; no es preciso pedir una cesión de acciones; el que se subroga (solvens) no tiene que advertir, notificar, ni comunicar la subrogación al acreedor, ni al deudor; basta, en definitiva, su ejercicio.

Como nos dice la STS 3 feb 2009, la doctrina mayoritaria entiende que el *art. 1.210 CC* establece unos casos de subrogación legal, y consiguientemente automática -de pleno derecho, sin necesidad de voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria-, y compartimos tal conclusión. Los argumentos de los autores son varios, y a veces van por senderos jurídicos muy diversos. La principal objeción a la subrogación legal, que se halla en la alusión del precepto a la presunción, se salva, por unos, diciendo que se trata de una presunción "iuris et de iure"; por otros, en sintonía con doctrina del

¹⁴⁴⁵ Encontramos modelos en derecho comparado, donde se deduce la necesidad del consentimiento del acreedor en tales hipótesis. Así, en Alemania, en relación a la figura de la Schuldübernahme) se mantiene en el (§ 414 BGB) que “Una deuda puede ser asumida por un tercero mediante un acuerdo con el acreedor de tal manera

que el tercero ocupe el puesto del antiguo deudor” “Si se acuerda la asunción de deuda entre el tercero y el deudor la validez de la asunción depende de la ratificación del acreedor” (§415 BGB). Y en el derecho italiano, de modo paralelo, el artículo Art. 1273 del Codice dice: “Se il debitore e un terzo convengono che questi assumi il debito dell’altro, il creditore può adherire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore”.

derecho francés, que se refiere a la cesión de acciones (cesión ficticia realizada por el acreedor); por unos terceros, que la presunción se refiere a la voluntad de subrogarse; y por los más, que se trata de una imprecisión o impropiedad del lenguaje del legislador (que por cierto es bastante frecuente en temas similares de presunción a lo largo de la regulación del Código) porque: no hay estructura de presunción (deducción de un hecho incierto de otro tomado como cierto), y "porque se trata de un efecto, y los efectos se producen o no se producen, pero no se presumen".

Aparte de ello se razona, dentro del amplio espectro de la posición mayoritaria, que no tiene sentido hacer depender la subrogación, del acreedor que cobra, por lo que "sólo la figura de la subrogación legal permite concebir la idea de que el acreedor se vea compelido a una transmisión de sus derechos"; que concurre la misma "ratio" en el codeudor solidario, o en el hipotecante no deudor, que en el fiador solidario, y para éste existe la previsión específica del *art. 1.839 CC* ; y que el solvens no es una persona totalmente ajena a la deuda, sino que es preciso que esté interesada en el cumplimiento.

¿Puede aplicarse al socio hipotecante no deudor el art. 1852 CC¹⁴⁴⁶?

La doctrina se encuentra dividida. Recordemos el art. 1852 cc a cuyo tenor: "Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo." Las consecuencias son importantes. En concreto en el caso de la STS 3 feb 2009 a cambio de un depósito se liberó a los fiadores respecto de la deuda. Por lo que el hipotecante no deudor no podía ir contra ellos.

► NO SE APLICA EL art. 1852 Cc al hipotecante no deudor:

1) El art. 1852 Cc responde al principio de "favor fideissoris" que Cerdeira¹⁴⁴⁷ no considera que esté justificado que se aplique al caso de hipotecante no deudor por dos razones:

a) Es una norma excepcional que no puede extenderse por analogía (art. 4.2 Cc).

¹⁴⁴⁶ Artículo 1852: Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.

¹⁴⁴⁷ Cerdeira Bravo de Mansilla: "La extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria". Aranzadi 2012, p. 115.

b) El “favor fideiussoris” se explica no porque la fianza sea accesoria sino porque es una garantía personal. Más comprometedora que la hipoteca, supone un mayor sacrificio para el garante. Por eso el hipotecante no deudor que se sacrifica menos que el fiador, no merece este trato de favor

c) Además este trato de favor iría en contra de la utilidad de la hipoteca para el acreedor, y la finalidad para la que nació; fomentar el crédito territorial.

► SE APLICA el art. 1852 Cc al socio hipotecante no deudor

En cuanto a la postura opuesta, se defiende con los argumentos siguientes:

Atienden a la ratio del art. 1852¹⁴⁴⁸ Cc; esta es que el acreedor asume una diligencia para asegurar y proteger la posible subrogación por pago del fiador, su “expectativa subrogatoria”. Pues bien, la inobservancia se sanciona con la posible extinción de la fianza. Su aplicación a al hipotecante no deudor se justificaría en la buena fe.

Además, no debemos olvidar que el sentido de esta norma consiste en evitar el enriquecimiento sin causa y el mantenimiento del dº de reembolso. El fiador (o el hipotecante no deudor) tiene el dº, al responder por una deuda que no es propia, a reclamar al deudor lo que hubiese pagado. En caso contrario se produciría un enriquecimiento sin causa del mismo. Este derecho no puede verse perjudicado por una actuación del acreedor. Si el acreedor con su actuación ha impedido la subrogación; por la doctrina de los actos propios tendría que verse perjudicado.

Es cierto que hay un contraargumento interesante. No es un principio general se recogería para cualquier caso de subrogación legal por el pago y no sólo en el caso del fiador. No deja de ser una norma excepcional; fundada en el equilibrio deudor-fiador-acreedor. Sin embargo puede tener una explicación el que se recoja para la fianza y no para el pago por 3º: El tercero que paga no tienen ninguna obligación para con el acreedor (sin perjuicio que la tenga con el deudor; por ej pago sonandi causa o solvendi causa); obligación que si existe en el caso del fiador y el hipotecante no deudor. Precisamente el que el acreedor pueda exigir al fiador o al hipotecante no deudor la obligación garantizada le impone la carga de mantener el equilibrio fiador-deudor-acreedor que se quiebra de no poder operar la subrogación. El art. 1852 Cc es una norma excepcional, no hay norma similar en el régimen general de la subrogación, salvo que se quiera hacer una interpretación apurada y erróneamente sistemática de los arts. 1094, 1097, 1212 y 1528

¹⁴⁴⁸ Este precepto trata de evitar por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique al fiador y termine pagando la deuda ajena (STS 8-5-2002).

CC; pero incluso en esta caso serían éstas y no el art. 1852 Cc las aplicables al 3º hipotecante, entendiendo que el acreedor asume el deber de conservar y no menoscabar sus derecho y garantías en perjuicio del hipotecante no deudor; un deber que por ser de diligencia o buena fe, si se incumple, dará lugar a la obligación de indemnizar (art. 7.2 Cc, art. 1902 Cc)¹⁴⁴⁹.

Nos dice Bercovitz¹⁴⁵⁰ que “si el art. 1852 Cc no es sino la consecuencia, en aplicación de la buena fe, de la regla del art. 1839 Cc (dº de subrogación del fiador que paga); y si este último no es sino repetición para el fiador de lo previsto en general para el subrogado en el art. 1212 Cc, ¿porque no va a poder disfrutar del mismo trato que recibe el fiador, que deriva de la exigencia al acreedor de una conducta acorde con la buena fe?

► POSTURA DE LA STS 3 feb 2009

El TS llega a dos conclusiones: una, que el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación legal del art. 1.210.3º CC; y otra, que no tiene acción de regreso contra los fiadores solidarios por haber sido estos liberados por el acreedor antes del pago por el tercero.

EL TS NIEGA QUE SE PUEDA APLICAR AL HIPOTECANTE NO DEUDOR EL ART: 1852¹⁴⁵¹ CC por los siguientes argumentos:

1) Al no existir en nuestro ordenamiento positivo un precepto que de modo expreso reconozca el derecho previsto en dicha norma al hipotecante por deuda ajena

¹⁴⁴⁹ Según STS de 20-10-1993, ha de distinguirse el caso de que la conducta del acreedor dé lugar a la desaparición de alguna garantía del crédito, perjudicando así la posible subrogación de los fiadores, del supuesto en que, como sucede en el caso, el acreedor se limita a ejecutar la garantía en forma legal para que cumpla la finalidad para la que fue constituida dirigiéndose luego contra los fiadores para obtener el cobro de las sumas pendientes por ser insuficiente la cantidad percibida con la ejecución hipotecaria.

¹⁴⁵⁰ Bercovitz: “Manual de Derecho Civil”. Obligaciones. P. 336.

¹⁴⁵¹ Desde el punto de vista finalístico, este precepto lo que trata es de evitar que por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique el fiador y termine pagando la deuda ajena (STS 8-5-2000).

(como sucede en otros ordenamientos jurídicos), sólo es posible acudir a la vía de la analogía. La doctrina está dividida en relación con la solución de fondo a adoptar, pues en tanto algunos autores se muestran totalmente favorables a la aplicación analógica, otros manifiestan una opinión contraria, planteándose incluso entre los favorables, que sintonizan con la idea de la aproximación o asimilación de la hipoteca por deuda ajena (fianza real) con la fianza personal, matices diferentes en cuanto al alcance de las reglas de la fianza que son aplicables, dada la indefinición de lo que es incompatible con la hipoteca, procediendo advertir que incluso en los países cuyo ordenamiento jurídico admite expresamente la aplicabilidad de una norma similar a la aquí controvertida se presentan dificultades, e incluso la rechazan para el caso del tercer poseedor (adquirente de la finca hipotecada).

2) En favor de la aplicación del art. 1.852 CC se señala que si el fiador tiene el derecho de liberación en caso de no poder tras la subrogación dirigirse contra el hipotecante no deudor, éste debe tener la misma facultad respecto de la liberación de fiador, y, sobre todo, se aduce la común finalidad de garantía. En contra se discurre en relación con las distintas técnicas de garantía y las diferencias estructurales entre la hipoteca y la fianza, y se argumenta que el hipotecante no deudor paga como tercer interesado¹⁴⁵², no como garante; que dicho hipotecante no está obligado y el acreedor no tiene acción contra el mismo para reclamar el crédito impagado por el deudor; que la responsabilidad del fiador se extiende a todo el patrimonio, y la del hipotecante se limita al bien dado en garantía; y en definitiva, no hay que olvidar que el art. 1.852 CC es un medio específico de tutela de la subrogación procedente del art. 1.839 CC.

3) Partiendo de las premisas de que no cabe excluir¹⁴⁵³ la aplicación de ciertas reglas de la fianza al hipotecante por deuda ajena, sobre todo por la deficiencia normativa de la figura (art. 1.857 CC); sin embargo, en cuanto a la regla del art. 1.852 CC entendemos que no es aplicable a supuestos como el del caso especialmente por las razones que seguidamente se exponen: En primer lugar porque supone la creación de una causa de extinción de la hipoteca que no está prevista por el ordenamiento jurídico, por lo

¹⁴⁵² En virtud de esta teoría, sólo tendría el hipotecante no deudor, derecho a resarcirse ex artículo 1158 del Código Civil.

¹⁴⁵³ las diferentes condiciones jurídicas de "responsable no deudor", de uno, y de "deudor y responsable", del otro, no parecen suficientes para justificar la exclusión

que se afecta sustancialmente a su régimen jurídico; en segundo lugar, la norma del art. 1.852 CC presenta unas características propias muy singulares que le atribuyen una nota de excepcionalidad -tradicionalmente se le denomina excepción de cesión de acciones-, que no la hacen extensible por analogía a otras figuras de garantía.

Y, finalmente, la función común de garantía no supone identidad de razón suficiente para salvar las peculiaridades de las respectivas figuras de aseguramiento del crédito y determinar por sí sola la aplicación del art. 1.852 CC; además de que el mismo criterio habría de tomarse en cuenta con otras formas de garantía, y, dada la existencia de un gran número de figuras atípicas y con una especial complejidad, se crearía el riesgo de introducir en el tráfico una incertidumbre y complicaciones imprevisibles, lo que hace conveniente, pese a que el tema es polémico, seguir la solución expresada, tanto más si se tiene en cuenta que las partes pueden adoptar las previsiones contractuales oportunas para precaver riesgos o contingencias como la que el legislador estableció expresamente para la fianza.

► ¿El hipotecante no deudor que paga que puede reclamar en concepto de reembolso al deudor?

- Si seguimos la tesis que lo equipara al fiador (es decir que es un fiador real) deberíamos aplicar el art. 1838 CC¹⁴⁵⁴.

- Si entendemos que no se puedan aplicar al hipotecante no deudor las normas del fiador, deberá solucionarse aplicando otros preceptos distintos al art. 1838 Cc. De manera que:

- Si el hipotecante prestó la hipoteca con la aquiescencia del deudor podrá

¹⁴⁵⁴ Artículo 1838 del Código Civil dice: a cuyo tenor: “El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste.

La indemnización comprende:

1. La cantidad total de la deuda.
2. Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.
3. Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.
4. Los daños y perjuicios, cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor.”.

reclamar el reembolso vía art. 1158. II Cc (lo que hubiese pagado por tanto también intereses, gastos) o incluso a través de los arts. 1727 a 1729 Cc¹⁴⁵⁵.

- Si el socio hipotecante prestó la garantía ignorándolo el la sociedad deuda (hipótesis extremadamente insólita, se aplicará también el art. 1158. II Cc (lo que hubiese pagado) o bien aplicar el art. 1838 Cc estimando que hube gestión de negocios ajenos sin mandato (e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo).

-Si hipotecó contradiciéndolo el deudor gozará de la enriquecimiento injusto (art. 1158 II in fine y III CC). Incluso lo conceptos económicos que engloba el art. 1158 III CC aparentemente más amplios que el art. 1838 Cc pueden deducirse de otras normas más generales (arts 1001 Cc y 1108 Cc, art. 1902 Cc).

Visto lo anterior, procedamos a efectuar el examen de dicho supuesto particular:

45.2.- CASO DE FIANZA SOLIDARIA PRESTADA POR SOCIEDAD Y SOCIO: OBLIGACIÓN SOLIDARIA

En tal caso, la primera pregunta que surge a la mente es la siguiente:

¿Cómo se interpreta el que a la fianza solidaria contraída por socio y sociedad se le apliquen las normas de las obligaciones solidarias?¹⁴⁵⁶

El punto de partida es el art. 1822 CC pfo 2º

Este precepto ha motivado tres posibles interpretaciones en la doctrina:

La fianza solidaria dejará de ser fianza para convertirse en obligación solidaria. Se basa en que el art. 1822.2 Cc conlleva una remisión total a las obligaciones solidarias. La consecuencia es que se aplicarán en bloque las normas de las obligaciones solidarias y no los preceptos de la fianza. Pero para Guilarte Zapatero tal interpretación está por completo alejada de la voluntad de los interesados, ya que si el fiador se obliga como tal,

¹⁴⁵⁵El reembolso comprenderá la cantidad pagada + los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación+ daños y perjuicios.

¹⁴⁵⁶ artículo 1822.2 CC:” “Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo III, título primero de este libro.”

no lo hace como deudor principal, en cuyo caso no habría fianza, sino obligación principal solidaria.

Externamente, frente al acreedor, estaremos ante una obligación solidaria, por lo que se aplicarán a la relación fiador-creedor las normas de las obligaciones solidarias. Sin embargo internamente (en las relaciones deudor-fiador) la fianza solidaria será propia fianza, porque el fiador nada debe, por lo que si paga al acreedor podrá ejercitar la acción del reembolso contra el deudor por el todo.

La tesis mayoritaria (Carrasco Perea) entiende que sólo se aplican las normas de las obligaciones solidarias a las relaciones externas (acreedor-fiador). Pero eso no significa que las relaciones externas se rijan únicamente por las normas de las obligaciones solidarias, sino que además se aplicarán algunas de las previstas para la fianza. Por lo que *deberán coordinarse las normas de la solidaridad y la fianza*¹⁴⁵⁷. En virtud de esta concepción el TS aplica:

A las relaciones externas (acreedor-fiador) normas propias de la fianza, como los arts. 1823.2, 1824, 1825, 1826, 1827, 1837, 1851, 1852, 1853. Y de las obligaciones solidarias.

A las relaciones internas aplica siempre las normas de la fianza.

Visto lo anterior, inquieta saber: ¿La fianza solidaria sigue siendo subsidiaria?

Debemos distinguir entre subsidiaridad en la fianza y uno de sus principales manifestaciones, el beneficio de excusión. La subsidiaridad significa que el fiador sólo debe cumplir su obligación si el deudor no cumple la suya. El garante paga en vez de o en lugar del principal obligado.

El beneficio de excusión es consecuencia de la anterior y es concebido como el deber o carga a observar por el acreedor de ejecutar previamente al deudor principal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.830 del Código civil. Es decir el acreedor debe perseguir los bienes del deudor antes de poder agredir los del fiador.

Hay diferentes posturas:

1.- Para la doctrina mayoritaria el beneficio de excusión es la manifestación única de la subsidiariedad en la fianza, afirmación compartida por algunas decisiones del Tribunal Supremo¹⁴⁵⁸. *En suma, la fianza será obligación subsidiaria sólo cuando el*

¹⁴⁵⁷ SSTs 11 junio 1987, 29 dic 1987.

¹⁴⁵⁸ sentencias de 25 febrero 1958, 17 febrero 1962, 3 junio 1968, 16 junio 1970, 2 junio 1976, así como la citada sentencia de 14 diciembre 1982. En la Resolución de 25 febrero 1958, afirma el Tribunal Supremo

fiador goza del beneficio de excusión y no tendrá tal carácter en la denominada fianza solidaria en los casos en que el fiador renuncia al beneficio o cuando lo pierde en los supuestos previstos por la ley. La conclusión de lo anterior es negar el carácter esencial de la subsidiariedad, que se califica simplemente de normal o natural. En este sentido Martínez Sanchiz nos dice que no habrá subsidiaridad cuando la fianza sea solidaria.

2.- Para Carrasco Perea la fianza solidaria per se implica renuncia al beneficio de excusión y división. Pero salvo que se pactare no implica que se haya acordado una fianza sin subsidiaridad en el sentido de que el fiador puede ser demandado una vez vencida la obligación antes de que el deudor haya incumplido. Si se ha pactado el acreedor podría dirigirse indistintamente contra el deudor o el fiador y por el todo. Si se hubiera pactado vencida la deuda el acreedor puede reclamar el cumplimiento indistintamente al fiador o al acreedor.

3.- Una tercera tendencia doctrinal, entiende que la subsidiariedad es de esencia en la fianza, pues la acompaña inseparablemente haya o no beneficio de excusión¹⁴⁵⁹. Como nos dice Guilarte Zapatero la subsidiariedad de la fianza se basa *en que, inequívocamente y en cualquier caso, la obligación del fiador resulta de distinto grado que la principal o, si se prefiere, se encuentra en otro plano que ésta.* Como aclara el mismo autor en los casos en que no existe beneficio de excusión, la obligación del fiador es de grado distinto y posterior a la del deudor principal porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación.

La jurisprudencia no es muy clara en la materia. En principio parte de que *la fianza solidaria no es subsidiaria*; pero luego en varias sentencias, como STS 22 julio 2002 y 15 abril 2005; reconociendo que en la fianza solidaria no habrá beneficio de excusión¹⁴⁶⁰, por lo que el acreedor podrá dirigirse directamente contra el fiador,

que el carácter subsidiario de la fianza no tiene, en nuestro Derecho, «otra representación que la del beneficio de excusión de bienes o de orden concedido al fiador que se consagra en el artículo 1.830 del Código civil».

¹⁴⁵⁹ Entre nosotros sostienen este criterio Díez-Picazo, ob. cit., págs. 584 y 585; Gullón Ballesteros, ob. cit., págs. 425 y 445; Delgado Echevarría, ob. cit., pág. 503, y Casanovas Mussons, quien, como los anteriores, afirma, en síntesis, que «la subsidiariedad no se identifica con el beneficio de excusión y que es compatible con la solidaridad», ob. cit., págs. 14-17; Y también GUILARTE ZAPATERO en los comentarios al código civil.

¹⁴⁶⁰ Entre otras SSTS 31-1-1958, 10-4-1987, 7-1-1992.

prescindiendo del deudor¹⁴⁶¹. Aunque exige que el acreedor acredite el incumplimiento de la obligación garantizada en el seno del procedimiento.

Es una cuestión muy discutible pero que puede tener importancia práctica¹⁴⁶².

A favor de que en la fianza solidaria no haya subsidiariedad, aparte de los argumentos expuestos se halla en tenor literal del art. 1822 CC que distingue la fianza ordinaria en la que hay subsidiariedad (“en caso no de hacerlo éste”) con la fianza solidaria en que se remite a las normas de la obligación solidaria y a la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra uno u otro.

No obstante como argumentos en pro de la subsidiariedad en la fianza solidaria, podemos esgrimir:

La fianza solidaria no deja de ser fianza por lo que será una obligación de refuerzo de la obligación principal.

El 1822 Cc dice que se aplicarán las normas de las obligaciones solidarias no que sea una obligación solidaria.

El beneficio de excusión no es lo mismo que la subsidiariedad. Esta última exige previo incumplimiento del deudor, el beneficio de excusión exige algo más. Precisa perseguir los bienes del deudor, y cuando la persecución sea infructuosa podrá ir contra el fiador. El beneficio de excusión en cierta manera es gravoso para el acreedor, le exige una actuación judicial con todo lo que conlleva; de hay que el suprimirlo vía fianza solidaria sea algo útil para el acreedor.

La fianza solidaria es algo distinto de la obligación solidaria, y no sólo internamente, en la relación fiador-deudor sino también frente al acreedor, es una obligación distinta.

De no ser subsidiaria la fianza solidaria no implicaría ninguna diferencia para la entidad bancaria con la obligación solidaria y entonces...¿por qué para las entidades bancarias supone menos riesgo que el segundo contratante sea prestatario junto con el primero, en lugar de fiador solidario?

¹⁴⁶¹ A ello no se opone el supeditar la cantidad que se adeude a una previa liquidación de cuentas entre acreedor y deudor, según consta en STS 16-6-1970.

¹⁴⁶² Piénsese el caso de un préstamo de 6000 euros en los que un cónyuge es fiador y el otro prestatario, y cada mes debe pagarse una cuota de 200 euros, llegado los días de pago ¿El banco debe cargar el importe primero a la cuenta corriente del deudor y sólo en caso que no haya fondos a la del fiador, o bien puede cargarla indistintamente en una u otra cuenta?)

¿El deudor solidario que paga toda la deuda puede subrogarse, como sucede con el fiador, en los derechos del acreedor, contra el codeudor solidario que no pagó?

En caso de reducción capital social, o separación del socio en la sociedad limitada, su responsabilidad por las deudas de la sociedad durante cinco años; ¿Es un caso de obligación solidaria o de fianza solidaria?

- Admite que haya subrogación un sector de la doctrina, como Pérez González y Alguer o Lacruz¹⁴⁶³. Se apoyan en el apartado tercero del art. 1210 Cc que presume la subrogación: “cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”. Interpretando que si por su tenor literal no habrá subrogación en la porción que le corresponda al que paga en la deuda. Es, es porque quien paga no es un tercero, (que no tendría parte en la deuda) sino, en definitiva, un deudor solidario.

- Sin embargo Martínez Sanchiz niega en el pago por un deudor solidario haya subrogación, ya que:

1.- Contesta el argumento del 1210.3 Cc, en el sentido de ajustarlo al pago por tercero, que es en definitiva el que se regula en los arts. 1209 y 1210 Cc. Por consiguiente, la expresión del 1210.3 Cc de “salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda” puede interpretarse que se está refiriendo al caso de que en una obligación mancomunada simple (o parciaria) uno de los deudores abone la totalidad de la deuda, más allá de lo que le compete, como si fuera un tercero (arg. art. 1138 del C.c.).

Es decir, en las mancomunadas simples o parciarias cada deudor lo es únicamente de su parte, de manera que si paga la parte de los codeudores, respecto a esas partes es como si fuera un pago por terecero.

2.- Además, en un plano dogmático, el pago de la obligación solidaria es siempre un pago propio, por lo que de alguna manera la subrogación conllevaría una confusión entre las personas del acreedor y deudor y la consiguiente extinción.

3.- De acuerdo con el art. 1209 del C.c. la subrogación no se presume, lo que aconseja una interpretación restrictiva del art. 1210.3 Cc

¹⁴⁶³ Lacruz Berdejo, J.L.:”Elementos de Derecho Civil II 2, 2013. P’g 182 y ss.

4.- Por otro lado, pone el siguiente ejemplo Martínez-Sanchiz¹⁴⁶⁴ : piénsese desde una perspectiva práctica, en un préstamo solidario con dos deudores, asegurado con una fianza, o con una prenda o hipoteca constituidas por un tercero. Supongamos que uno de los prestatarios satisface el crédito por completo. Mantener la subrogación implicaría que pudiera ejercitar las acciones del acreedor en razón de las garantías señaladas, de este modo en el caso de un fiador, ya personal, ya real, quedaría obligado a más que ese deudor, devenido acreedor por el pago, en paladina contradicción con lo prescrito en el art. 1827 del CC. Es decir, cada codeudor solidario se obliga frente al acreedor por el todo de la deuda; y también el fiador responde por el todo. Sin embargo, al utilizar la fianza para reclamar una deuda nacida de la relación interna entre los codeudores, nos encontramos que el fiador responde por el Todo aunque el deudo garantizado que en este caso es el codeudor que no pagó responde por la mitad de la deuda¹⁴⁶⁵.

La cuestión es importante por dos motivos:

1º Que se exija la previa mora de la sociedad.

2º Que el ex-socio que paga pueda reclamar a la sociedad todo lo pagado o sólo su parte proporcional. A favor de que sea una fianza solidaria se encuentra la idea que el ex socio está respondiendo por una deuda ajena. Entonces habrá responsabilidad pero no deuda. Y además que si fuera obligación solidaria debería responder con todo su patrimonio y no sólo hasta el límite de lo devuelto.

Asimismo el art. 80 de la anterior LSL permite que en lugar de la responsabilidad solidaria juegue una reserva por importe de lo devuelto. Cuando concorra esta reserva nos encontramos con que el exsocio no se va a ver afectado en ningún caso por la reclamación siempre conservará su parte.

¿Por qué darle un distinto trato en el caso que no haya reserva?

No obstante yo creo que hay una verdadera obligación solidaria, toda vez que: La fianza no se presume y la LSL habla de obligación solidaria. En cierta medida se está produciendo un cierto levantamiento del velo identificando a la sociedad con sus socios. El fundamento de la responsabilidad de los socios es evitar el perjuicio al acreedor como consecuencia de haber sustraído una parte del patrimonio. Es decir, la garantía de los

¹⁴⁶⁴ Martínez Sanchiz, J.A.: “Préstamos y créditos participativos y subordinados” Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo 28, 1988, p. 135-172.

¹⁴⁶⁵ En palabras del propio José Angel Martínez Sanchiz: “el fiador quedaría obligado a más que ese deudor, devenido acreedor por el pago” entiende que se tiene que referir al deudor frente al que se pretende ejecutar la garantía; esto es, el que es reclamado por el codeudor solidario que pagó la totalidad”.

acreedores es el patrimonio social¹⁴⁶⁶. La idea que quiero recalcar es que de ser una fianza solidaria el socio que pague podría reclamar a la sociedad el reembolso, con lo que se produciría a *su favor un enriquecimiento sin causa* frente a los demás socios, que indirectamente verían disminuido el patrimonio social, y por ende, la parte que a cada socio abstractamente le corresponde en el mismo. Esa participación abstracta de cada socio en *el riesgo social*, deriva de que *potencialmente cada socio tiene derecho, cuando en su día se liquide el patrimonio social*, a que se le entregue su participación en el mismo. Participación que implica también, que indirectamente, en dicha *participación abstracta* responda frente al acreedor (así, si se liquida la sociedad cobrarán antes los acreedores). Por todo lo

expuesto hasta ahora, frente a los demás socios que verían reducida su *participación abstracta* en el patrimonio social merced la actuación de los acreedores contra la sociedad; en el caso del exsocio, no se reduciría porque la sociedad debería, de articularla la responsabilidad solidaria del exsocio como fianza, devolvérsela; implicando un trato de favor frente a los demás socios.

Una cuestión interesante es si sería un caso de responsabilidad sin deuda. No obstante, como nos recalca Díez-Picazo¹⁴⁶⁷, el derecho moderno ha superado la distinción entre deuda y responsabilidad, no pudiendo disociar ambas. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo.

Ante esta afirmación se me ocurren dos posibles interpretaciones:

Que la ley parte de una “especie de levantamiento de velo legal”, imputando las deudas de la sociedad al socio.

Responde de una deuda derivada de su condición de socio.

Vinculado a lo anterior, hay una responsabilidad del socio de carácter extracontractual, en virtud de su condición de socio y de la parte del patrimonio que recibe.

Esta claro que es no es deudor, porque lo es la sociedad, que es persona jurídica diferente. Pero, *el exsocio responde por las obligaciones de la sociedad indirectamente*.

¹⁴⁶⁶ En el fondo, podemos asimilar la hipótesis debatida al caso de disolución de la sociedad. En la misma respondería el patrimonio social y una vez satisfecho los acreedores, el sobrante se repartiría entre los socios. Pues bien, en caso de reembolso del valor de las participaciones estaremos en cierta medida ante una disolución y liquidación por anticipado aunque sólo referida al socio que abandone la sociedad.

¹⁴⁶⁷ Díez Picazo: “Fundamentos, op. cit...2 pa 405-410.

Hay una responsabilidad que no puede ser contractual, porque el socio no fue parte del contrato de la sociedad con el tercero con el que nació la deuda. Y yo creo que el socio es responsable no directamente frente a la sociedad e indirectamente frente al tercero sino que es responsable frente al tercero de manera directa.

Es decir de su antigua condición de socio resulta una responsabilidad extracontractual por la que el acreedor podrá actuar contra el antiguo socio sin tener que dirigirse primeramente contra la sociedad. En definitiva, el antiguo socio será un deudor solidario junto con la sociedad, aunque ligado frente al acreedor de distinto modo; tal y como permite el art. 1140 CC¹⁴⁶⁸.

45.3.- ASUNCIÓN¹⁴⁶⁹ CUMULATIVA POR LOS SOCIOS DE DEUDAS DE LA SOCIEDAD: GARANTÍA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

En sí misma considerada, la asunción¹⁴⁷⁰ cumulativa¹⁴⁷¹ de deudas sociales, es una figura confusa, compleja, y generalmente tratada superficialmente por la doctrina y la

¹⁴⁶⁸ Según el artículo 1140 del CC: “La solidaridad podrá existir, aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo por unos mismos plazos y condiciones.”.

¹⁴⁶⁹ En el Código civil alemán (BGB) se recoge y regula, en los §§ 414 a 418, de forma bastante completa, la figura llamada “Schuldübernahme” o “privative Schuldübernahme”, de cuya traducción al español procede la expresión “asunción de deuda”. En concreto, el § 414 recoge la asunción de la deuda mediante contrato entre el acreedor y el tercero (asumiente), y el 415, entre el deudor y un tercero con la posterior ratificación del acreedor. Esta sería la asunción de deuda liberatoria, es decir, la asunción con efectos frente al acreedor y con liberación del que era deudor en la relación jurídica previa, aunque también prevé una asunción de deuda sin liberación de este último y sin efectos frente al acreedor, bien porque éste aún no ha consentido el cambio, bien porque definitivamente lo deniega.

¹⁴⁷⁰ La corriente favorable a la asunción de deuda, strictu sensu, se inicia en España con la publicación en 1912 de la obra del Prof. De Diego “La transmisibilidad de las obligaciones” y el reconocimiento de esta figura por la jurisprudencia se produjo en virtud de las Sentencias de 22 de febrero de 1946 (en la que el TS se refiere por primera vez a la asunción de deuda), y en la de 10 de febrero de 1950.

¹⁴⁷¹ El término “asunción cumulativa” quizás no sea el más apropiado para acoger aquella asunción en la que el primer deudor y el tercero quedan obligados conjuntamente y el cumplimiento de la obligación por cualquiera de ellos provoca su extinción para los dos. En este sentido, la doctrina romanística suele distinguir, en atención a los sujetos, entre obligaciones parciarias, cumulativas y solidarias. Frente a estas últimas, que se caracterizan por tener una pluralidad de sujetos y un objeto único, en las obligaciones cumulativas en sentido propio hay varios sujetos (en nuestro caso, pasivos) que tienen que realizar una prestación igual, pero que no es la misma, sino que las obligaciones son independientes.

jurisprudencia¹⁴⁷². Y además lo más habitual no es que se presente expresamente pactada –como en el caso de la RDGRN¹⁴⁷³- sino simulada bajo la apariencia de un préstamo bancario con dos o más prestatarios solidarios, siguiendo nuestro ejemplo, la hipótesis de referencia en torno a la cual efectuamos el análisis de la presente cuestión sería la siguiente: adquiere la sociedad un bien por compraventa, posiblemente subrogándose en una hipoteca preexistentes y, por exigencias del banco o entidad financiera, asumen cumulativamente la deuda societaria los socios miembros de la misma.

Parecería que se presenta un negocio simulado¹⁴⁷⁴. De cualquier modo, se plantean dos interrogantes: ¿Qué normas aplicaremos al negocio disimulado? Y ¿qué efectos surtirá frente a terceros de buena fe el negocio simulado, es decir el falso préstamo? La respuesta a la primera pregunta, dependerá de que las partes hayan querido realmente una fianza o una asunción cumulativa de deuda. Deteniéndonos en ésta última, por plantear más problemas, en cuanto figura atípica, y sobre todo porque creo que es la que debemos presumir, no sólo porque la fianza debe ser expresa¹⁴⁷⁵ sino porque además debe superarse la concepción de que el negocio simulado está formado por compartimentos estancos (negocio simulado-disimulado)¹⁴⁷⁶. Es decir, la idea sería que el socio o socios falsos prestatarios (pues la verdadera prestataria sería la sociedad) han asumido la posición de deudores solidarios, por lo que la figura más conforme con esa voluntad no es la de la

¹⁴⁷² La admisión, a falta de previsión legal, de una asunción de deuda con efectos frente al acreedor, pero que al mismo tiempo no produce la liberación del deudor primero (asunción llamada cumulativa) no ha planteado ningún problema en Alemania cuando esa ha sido la intención de los contratantes, configurándose como un negocio jurídico atípico - denominado Schuldbeitritt, kumulative Schuldübernahme o Schuldmitübernahme.

¹⁴⁷³ RDGRN de 21 de diciembre de 2005 y también aparece previamente admitida en STS de 28 de septiembre de 1960: “aparece reconocida de modo expreso la existencia de una deuda solidaria, que en el documento se configura como asunción de deuda acumulativa o de refuerzo por el demandado, hoy recurrente, en cuya virtud, al asumir la deuda de P., ingresa en la obligación para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario, diferenciándose esencialmente de la fianza,…”.

¹⁴⁷⁴ Algunos autores, como José Angel Martínez Sanchiz califican esta asunción cumulativa como negocio fiduciario; sin embargo, cuesta ver la idea de fiducia, salvo que ésta resida en que el acreedor tiene confianza de que el falso prestatario no abusará de su posición reclamándole la entrega de su parte en la cantidad prestada, o que dicha parte no será reclamada al otro coprestatario verdadero deudor.

¹⁴⁷⁵ Así lo exige el artículo 1827 del Código Civil.

¹⁴⁷⁶ Hay que pensar que hay casos en los que se produce una interrelación entre el negocio simulado y el disimulado, en forma de vasos comunicantes, de forma que lo convenido en el negocio simulado incide en el disimulado.

fianza sino la de la asunción cumulativa de deuda en garantía. ¿Y qué régimen jurídico aplicaremos a la asunción cumulativa? Para ello debemos resolver cuál es su naturaleza jurídica, lo que nos exigirá previamente aclarar qué es la asunción cumulativa de deuda en garantía. Pues bien, a mi juicio estamos ante un negocio jurídico, en cuya virtud una persona (el que asume, el deudor o prestario garante), con el consentimiento del acreedor, adquiere como garante de una deuda ajena, la posición de codeudor solidario frente al acreedor de la misma.

45.3.1.- NATURALEZA JURÍDICA:

Y respecto a su naturaleza se suelen manejar dos posibles soluciones: para algunos estamos ante una obligación solidaria¹⁴⁷⁷ lo que implica la asunción de deuda es un efecto que al igual que la cesión de créditos puede tener su origen en diversas causas típicas o atípicas, y en la que hay que distinguir entre la causa de la obligación asumida y la causa por la que se asume la obligación, lo cual entraña que la relación entre el verdadero deudor y el deudor garante no puede interferir en su relación frente al acreedor que será la de cualquier obligación solidaria. Por el contrario, algunos entienden que estamos ante una figura atípica de garantía a la que se debe aplicar las normas de la fianza¹⁴⁷⁸.

Por mi parte considero que una y otra tesis son rechazables. La primera porque la causa por el que se asume la deuda predetermina los efectos y no hay una separación tajante entre la esfera interna y externa. Hasta el punto que aunque la causa de garantía en principio se desenvuelva en la relación entre el deudor garante y la sociedad verdadera deudora, lo cierto es que el primero no podrá exigir al acreedor la entrega de la suma prestada, puesto que en definitiva no es verdadero prestario sino un mero garante. También creo que debemos descartar que se apliquen sin más todas las normas de la fianza, puesto que pudiendo ser fiador el prestatario garante ha preferido obligarse como deudor solidario y esta declaración no nos puede dejar indiferentes. En cualquier caso el debate sobre de la naturaleza jurídica de la asunción cumulativa de

¹⁴⁷⁷ Rubio Garrido, Tomas STS 5-12-2001, Cuadernos civitas nº 58, p. 407-420

¹⁴⁷⁸ Y es que en la asunción cumulativa, según STS de 20-diciembre-2010, separándose de la jurisprudencia anterior <<se mantiene al deudor originario, añadiendo un nuevo responsable para el caso del incumplimiento del primero, que asume su deuda conjuntamente con el inicial y de forma solidaria (...). Ciertamente, esta asunción tuvo una finalidad de garantía y su funcionamiento fue prácticamente idéntico al de la fianza solidaria. Es por esto que se ha dicho antes que no se produce ninguna diferencia entre los efectos de una y de otra>>.

deuda en garantía no es un mero juego doctrinal sino que tendrá repercusión a la hora de resolver la trascendente cuestión de los efectos de esta figura. Así, el menor emancipado o el sujeto a tutela precisará el complemento de capacidad o autorización judicial, según se apliquen las normas del préstamo o de la fianza. También permitirá despejar la duda de si en la ejecución extrajudicial ante Notario debe ser notificado el deudor garante.

Por otro lado, está claro que si paga el socio deudor garante podrá reclamar a la sociedad verdadera deudora lo pagado pero si se aplican las normas de la fianza además podrá reclamar las cantidades reseñadas en el art. 1838 CC¹⁴⁷⁹; además de poder subrogarse en la posición del acreedor pagado, derecho que también tendrá en caso de que apliquemos las normas del préstamo, porque a pesar de que algunos niegan la subrogación cuando paga el deudor solidario, lo cierto es que procede también en este caso, no sólo porque se infiera del art. 1210.3 CC, sino también porque la subrogación se concede, en nuestro caso, al socio que que paga una deuda que es ajena, y el deudor solidario que paga toda la deuda ha satisfecho frente a los demás codeudores, que son frente a los que operará la subrogación, un débito en parte ajeno. También el debate sobre la naturaleza tendrá sus consecuencias en el ámbito externo (deudor garante- acreedor). Así las cosas, resultan aplicables las normas de las obligaciones solidarias, ya que el deudor garante se comprometió frente al acreedor a responder como tal, por lo que la interrupción de la prescripción operará tanto en el ámbito judicial como extrajudicial, no habrá subsidiariedad, de manera que la cuota del préstamo podrá cargarse indistintamente en la cuenta del verdadero deudor o del deudor garante sin esperar a que impague el primero, y no podrá alegar el prestatario garante a su favor, el juego del art. 1852 CC¹⁴⁸⁰, por lo que no podrá pretender quedar liberado de su

¹⁴⁷⁹ Estas son: 1º La cantidad total de la deuda.

2º Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.

3º Los gastos ocasionados por el fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.

Los daños y perjuicios, cuando procedan.

La disposición de ese artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor.

¹⁴⁸⁰ Según Sentencia del TS de fecha 28-09-1999, el avalista puede poner como excepción el hecho de la entrega del dinero prestado a persona distinta de la sociedad prestataria y avalada.

En Sentencia del Supremo de 28 de febrero de 1985, se dice que aunque se retrasó la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, no se debió a un hecho del acreedor sino a un acuerdo de las partes; además, la pérdida por el fiador de la posibilidad de subrogación.

obligación cuando por algún hecho propio del acreedor no pueda subrogarse en la fianza, hipotecas o privilegios del mismo. Sin embargo, esto último presenta algún problema, puesto que podría defenderse que este precepto se aplica a cualquier subrogación, dado que su finalidad es mantener la expectativa subrogatoria, pero lo cierto es que no ha sido la posición del Tribunal Supremo que en Sentencia 3 de febrero 2009 niega su aplicación al hipotecante no deudor.

Llegados a este punto, debemos analizar los efectos que frente a terceros produce el caso frecuente del prestatario garante simulado. Nos encontramos con una escritura primordial que genera una apariencia, en contra y a favor de terceros, y esa apariencia es que estamos ante dos prestarios solidarios. De manera que el tercero de buena fe podría basarse en esa apariencia (utilizabilidad de la escritura pública), lo que trasladado a nuestro caso supone, por ejemplo, que en caso de cesión del crédito, si el cesionario ignoraba que era lo realmente pactado, el prestatario garante no podrá pretender alegar que era una fianza para que no se interrumpa la prescripción en su perjuicio más que en vía judicial, opere la subsidiariedad o sobre todo opere el art. 1852 C.

Por supuesto esta apariencia puede destruirse a través de una contraescritura (art. 1219 CC) siendo más discutible en caso de un contra documento privado, puesto que como brillantemente dice Rodríguez Adrados¹⁴⁸¹ cuando se trata de dotar de efectos a la apariencia hay que exigir un mínimo de consistencia a esta apariencia, por lo que no será tercero de mala fe quien se niegue a admitir que lo verdaderamente pactado no fue una fianza sino una asunción cumulativa de deuda cuando el pacto de fianza se le presente en un simple documento privado; salvo, a mi juicio, con una excepción: que quien reconozca que verbalmente o en documento privado se pactó la fianza fuese aquél a quien este reconocimiento perjudique, es decir, el verdadero deudor. En suma, estaremos aplicando la doctrina de los actos propios.

Finalmente debemos recapitular y preguntarnos por qué existe esta figura y qué suerte le espera. Se suele decir que esta figura existe por tres motivos a los que yo añado

Por otra parte, según STS de 1 de julio de 1988, los términos del convenio en una suspensión de pagos, estipulando la reducción del crédito y no la subrogación en caso de tercero, permiten la aplicación de este precepto.

¹⁴⁸¹ Rodríguez Adrados, Antonio: "Documento público y documento auténtico" en Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación" n° 35, 2005, p. 889-936.

Véase igualmente, del mismo autor: "La forma notarial de la declaración de voluntad" Revista jurídica del notariado, n° 30, 1999, p, 199-228.

un cuarto.

El primero, es por una cuestión de cuantificación del riesgo bancario¹⁴⁸². Al respecto, se distinguen dos tipos de riesgos directos e indirectos, entre los directos se encuentran los préstamos concedidos y entre los indirectos las fianzas. De manera que (según venimos analizando) si el socio garante se compromete como prestatario, se cuantifica menos riesgo en perjuicio del banco acreedor que si se obliga como fiador¹⁴⁸³.

El segundo, es para evitar la liquidación por TPO de la constitución sobrevenida de fianza. Lo que nos conduce al tema del tratamiento fiscal de la asunción cumulativa en garantía.

se está buscando el no pagar el tributo por la constitución de la fianza.

Pues bien, el tratamiento fiscal de la asunción cumulativa de deuda en garantía ha sido objeto indirectamente de dos Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos de 21 de abril 2006 y 5 de junio 2013. Los supuestos de hecho de ambas son muy parecidos: una pareja recibe un préstamo que se destina íntegramente a la adquisición de la vivienda de uno de ellos. Transcurrido el tiempo y rota la relación los antiguos convivientes pretenden que la deuda sea asumida íntegramente por uno de ellos, el que en realidad recibió el préstamo, y que se libere al otro prestatario.

El negocio, tal y como está planteado, para la Dirección General de Tributos, puede ser tratada de dos maneras:

De un lado, si el prestatario-no propietario ha ido pagando el 50% de las cuotas del préstamo, realmente estaríamos ante una donación por las cantidades satisfechas, o por el otro, en la interpretación que acoge la DGT, si no ha pagado cantidad alguna y simplemente se comprometió como prestatario, implicará que está concediendo un nuevo préstamo al comprador-prestatario, que le será devuelto cuando el verdadero deudor pague todas las cuotas o cuando expresamente se le libere, no generando hecho imponible alguno. En definitiva, la DGT, está reconociendo que la asunción cumulativa de deuda no

¹⁴⁸² Las entidades de crédito están obligadas a comunicar los préstamos o créditos concedidos por importe superior a seis mil euros que se harán contar en un fichero (CIRBE) al que pueden acceder las entidades de crédito.

¹⁴⁸³ El hecho que el socio garante se haya comprometido como prestatario y no como fiador ha permitido a la sociedad,— verdadera deudora— obtener un préstamo mayor dado que el banco acreedor tiene la ventaja que figurará en el CIRBE el socio garante como prestatario, de manera que si éste último solicitara un nuevo préstamo el segundo banco a la hora de valorar el riesgo tendrá en cuenta que se ha comprometido en un préstamo anterior como prestatario y su capacidad económica se verá mermada.

está sujeta a ITP y AJD, puesto que ante un supuesto de hecho idéntico concluye de la manera expuesta, e incluso para aquellos que defienden que se le aplicarán sus normas en ningún caso defiende que sea una fianza, sino una garantía personal atípica que por su proximidad a la fianza estará sujeta a sus normas.

El tercer motivo por el que se suele acudir a la asunción cumulativa en garantía en lugar de a la fianza es por razones procesales. Previamente a la reforma por ley 1/2013 del 579 LEC, para evitar comenzar otro procedimiento contra el fiador, cuando el resultado de la subasta no bastara para cubrir el crédito, y en la actualidad, para evitar el riesgo de que judicialmente no se admita la acumulación de acciones.

Y el cuarto y último motivo todavía no ha empezado a generalizarse, pero me atrevo a vaticinar que con el tiempo puede ser determinante. Me refiero a los posibles ataques a las fianzas en aras a la protección del consumidor¹⁴⁸⁴. En la medida que se pueda extender las declaraciones de invalidez de las cláusulas de afianzamiento las entidades de crédito pueden dirigir su mirada a la asunción cumulativa de deuda en garantía como figura que cumple las expectativas de la fianza pero sin sus riesgos...pero ¿realmente es así?

Lo que nos lleva finalmente a detenernos en la observación del deudor garante desde el ángulo de la protección del consumidor.

Hay que partir de una premisa: a la luz de la STS 9 de mayo de 2013 (la famosa St de las cláusulas suelo), “la contratación en masa es un modo de contratación distinto del resto de la contratación, para la que se dictaron las normas del Código Civil. El consentimiento del consumidor por si solo ya no basta, sino que además es necesario que el contrato supere el control de abusividad y el control de transparencia”.

En cuanto al control de abusividad¹⁴⁸⁵ al que se refiere el art. 82 TR, no creo que en

¹⁴⁸⁴ Efectivamente así ha sucedido en una Sentencia del Juzgado de lo mercantil de San Sebastián 2 de octubre de 2014, que anula por abusiva la típica cláusula de afianzamiento en un préstamo hipotecario, o el Auto del Juzgado de 1ª instancia de Madrid 3 de febrero de 2014 que reduce la responsabilidad del fiador a la parte del

préstamo excedía el valor de tasación de la finca hipotecada.

¹⁴⁸⁵ Esta materia de la abusividad ha sido objeto de polémica en los últimos años en nuestro país –en el contexto de la actual crisis financiera y la problemática de los desahucios con motivo de la cuestión prejudicial planteada en el caso Aziz en el que se pregunta al Tribunal de Justicia si es compatible con la Directiva 13/93 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores nuestro sistema de ejecución hipotecaria que limita las excepciones oponibles por el ejecutado y que excluye la posibilidad de suspender la ejecución en virtud de un proceso declarativo emprendido con la finalidad de oponerse a la reclamación del banco. La Sentencia que resuelve esta cuestión, de 14 de marzo de 2013, Aziz / Caixa d’Estalvis de

contra de la buena fe se cree en perjuicio del deudor garante un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato, ya que su posición no es muy distinta a la del fiador. Respecto al control de transparencia es otro cantar. A la luz de la STS 9 mayo 2013, implicaría que el deudor garante conozca o pudiera conocer con sencillez la carga económica y jurídica que para el mismo supone la asunción cumulativa de deuda en garantía. Aquí creo que el peligro es más serio, sobretodo si como es habitual se añade un nuevo prestatario más en el contrato de préstamo sin decir ni aclarar nada más.

Respecto a la carga jurídica sería recomendable que el deudor garante conozca que será tratado por el acreedor como deudor solidario, lo que implicará: que no habrá subsidiariedad, no se aplicará el art. 1852 Cc, se interrumpirá la prescripción en su perjuicio judicial y extrajudicialmente, y recibirá el tratamiento procesal de préstamo solidario. Aunque el deudor garante se ha comprometido a responder como deudor solidario por lo que los efectos anteriores no tienen porque sorprenderle. Más delicado es el tema de la carga económica. El que el garante se haya comprometido como prestatario y no como fiador ha permitido al verdadero deudor obtener un préstamo mayor dado que el banco acreedor tiene la ventaja que figurará en el CIRBE¹⁴⁸⁶ el deudor

Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunya caixa), Asunto C-415/11, ilustra muy bien la problemática descrita en este tema.

Igualmente, la reforma de 2014 procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 LDCU, que por tanto se reforma su redacción.

¹⁴⁸⁶ La Central de Riesgos (CIR) es un servicio público que gestiona una base de datos en la que constan, prácticamente, todos los préstamos, créditos, avales, y riesgos en general que las entidades financieras tienen con sus clientes. Los riesgos declarados se clasifican en dos grandes grupos. Riesgos directos. Son los que se derivan de préstamos o créditos, de dinero o de firma (fundamentalmente, avales) y de las operaciones de arrendamiento financiero (el llamado 'leasing'), así como los valores de renta fija que posea la entidad, con exclusión de los emitidos por la Administración Central. Riesgos indirectos. Son los de quienes garantizan o avalan a otros clientes que tienen concedidos préstamos o créditos por la entidad. Por ejemplo, avales, afianzamientos y garantías personales, firmas comprometidas en los efectos financieros y firmas que hayan sido tenidas en cuenta por la entidad declarante para la asunción del riesgo. Su función de aportar transparencia y publicidad a la práctica bancaria y financiera, recuerda al edictum que establece las

garante como prestatario, de manera que si éste último solicitara nuevo préstamo el segundo Banco a la hora de valorar el riesgo tendrá en cuenta que se ha comprometido en un préstamo anterior como prestatario y por tanto su capacidad económica se hallará mermada. En definitiva, el que el garante se haya comprometido como deudor solidario, no siendo un verdadero deudor le va a suponer una carga económica, ya que va implicar una pérdida de capacidad de endeudamiento.

45.4.- REFLEJOS DE LA EVOLUCIÓN DE LA FIDUCIA COMO FORMA DE GARANTÍA.

45.4.1.- SU JUSTIFICACIÓN

El recurso al negocio fiduciario estaba justificado en los sistemas jurídicos primitivos por su carácter formalista y por la imposibilidad de configurar en ellos negocios atípicos. La fiducia *inter vivos* cayó en desuso, siendo sustituida por el mandato, el comodato, el depósito, la prenda y la hipoteca, según su finalidad; el fideicomisum, en cambio, se mantuvo y se desarrolló en España, especialmente en los países forales, -adquiriendo actualmente en el Derecho Común familiar y sucesorio un cierto prestigio, que se pone de manifiesto, v.gr., en la modificación del art. 831 del Código Civil y en la Ley 41/2.003, de 18 de noviembre, de protección al discapacitado, gozando de la atención legislativa que no tiene la fiducia. Consagrada la libertad contractual, la insuficiencia de los tipos contractuales que ofrece el Ordenamiento jurídico hoy puede ser suplida a través del negocio atípico.

pautas de publicidad respecto de las cuentas de los socii argentarii, llevadas con ocasión del desarrollo de us actividad.

En cualquier caso, el recurso al negocio fiduciario¹⁴⁸⁷ sigue siendo frecuente por dos razones: la pretensión de eludir normas que rigen el negocio típico al que debería acudir para conseguir la finalidad prevista. En estos casos la jurisprudencia califica al negocio fiduciario como fraudulento y declara su nulidad total o parcial (sólo respecto de las cláusulas que vulneren la norma defraudada); y las dificultades con que se encuentran las partes para configurar negocios atípicos. Estas dificultades se manifiestan especialmente en el ámbito de las *garantías reales atípicas y su acceso al Registro de la Propiedad*. Y es que la doctrina de la DGRN¹⁴⁸⁸ se ha mostrado muy restrictiva en cuanto a la posibilidad de inscribir garantías reales atípicas como consecuencia de una interpretación rigurosa de la *prohibición de pacto comisorio* (arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil) de la que se deducen, además, la prohibición de autotutela y la imperatividad de los procedimientos de ejecución típicos.

Las partes, ante la imposibilidad de acudir al negocio atípico¹⁴⁸⁹, en la búsqueda de evitar los rigurosos requisitos de constitución y ejecución a los que están sometidos las garantías típicas, acuden a la venta en garantía o a otros negocios fiduciarios de garantía.

¹⁴⁸⁷ El legislador civil catalán llegó a preparar un anteproyecto de artículos 514, 1-3, del Código Civil Catalán que finalmente llegó a buen puerto.

¹⁴⁸⁸ Véanse, como ejemplos, Resolución de 15-06-1998, relativa a un lease back, resolución de 5-06-1991 en cuanto a una venta a carta de gracia, resolución de 13-03-2000 en una dación en pago de deuda sujeta a condición suspensiva

¹⁴⁸⁹ Mezquita del Cacho: "Negocio aparente y negocio fiduciario. Aplicaciones de éste como negocio modal y en función de garantía", RDEA, 1960-V, p. 41 A. Se ha llegado a decir que cada jurista que aborda el estudio del negocio fiduciario ha formulado su propia concepción acerca del mismo.

Así pues, lo conciben como negocio con un doble efecto, otros ven una disociación entre propiedad formal y material. Esta teoría sostiene que en el negocio fiduciario concurren dos contratos, el contrato real positivo, que opera la transmisión plena del bien, y el contrato obligatorio negativo, que origina la obligación del fiduciario de retransmitir a su tiempo el bien adquirido y de usarlo conforme a los fines previstos. En principio, dichos contratos se consideraron independientes aunque el obligacional se encontrase subordinado al real (Castán, op. cit., p. 716; Ferrara, La simulación de los negocios jurídicos, Madrid, 1926, pp. 83 ss.); más adelante se entendió que constituía un supuesto de conexión de contratos (Navarro Martorell, «Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios», RDP, 1950, pp. 233-238). Dentro aún de la teoría del doble efecto, como una subvariante, están aquéllos que apartándose de la dualidad negocial, consideran el negocio fiduciario unitariamente, con su propia y peculiar causa (causa fiduciae). Negocio único, con causa también única, aunque de estructura compleja (Albaladejo, El negocio jurídico, Barcelona, 1958, pp. 222- 225; Garrigues, Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil, Madrid,

El mecanismo típico es la venta en garantía, admitida jurisprudencialmente, negocio fiduciario por excelencia, bien en forma pura, bien combinada con pacto de retro (o *carta de gràcia* en Cataluña - o Navarra -) o con derechos de opción de compra o de venta. Realmente se puede decir que la evolución dogmática y jurisprudencial apuntada se desarrolla en torno a la venta en garantía;

Asimismo, se ha hablado de un fideicomiso de garantía¹⁴⁹⁰, que englobaría operaciones en las que se designa a una sociedad como intermediaria entre un acreedor y un deudor y como portadora de la confianza de ambos en orden a la conservación de un bien especialmente constituido en garantía del cumplimiento de una obligación¹⁴⁹¹.

Tratándose de inmuebles la cuestión se complica pues la hipoteca no lleva consigo desplazamiento posesorio y requiere inscripción registral. En este caso, para dar intervención a un tercero surge la necesidad de establecer un negocio de cobertura de tipo fiduciario¹⁴⁹².

Este esquema del fideicomiso de garantía, en el tráfico mercantil internacional de mercaderías, bien podría entenderse aplicable a la figura de los créditos documentarios, que regulan las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional.

Asimismo, también caben cuantos negocios jurídicos que puedan transmitir la propiedad -e incluso también un derecho real limitado- creando la titularidad fiduciaria con finalidad de garantía¹⁴⁹³. Otros supuestos comunes serían: la cesión de créditos, el endoso (de títulos, acciones u obligaciones), la adjudicación, etc.;

En cuanto a la creación de figuras atípicas, la creación de derechos reales atípicos y su acceso al Registro viene apoyada por los arts. 2(2) de la LH y 7 del RH que hablan de la inscripción de "cualesquiera otros derechos reales". En el fondo dichos preceptos no son más que el reconocimiento en la normativa inmobiliario-registral de un principio

1976, pp. 36-40; Jordano Barea, «Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario. RDP, 1958, p.829-830).

¹⁴⁹⁰ El fideicomiso de garantía, según Díez Picazo, puede ser y debe ser un contrato de prenda. Si los bienes no son susceptibles de prenda, parece posible acudir a la cesión fiduciaria de la titularidad. Véase, Díez Picazo y Ponce de León, L.: "Fundamentos de Derecho Patrimonial" Vol VI, Derechos Reales p. 258 y ss.

¹⁴⁹¹ . Hay que recordar, si se trata de muebles, el art. 1.863 CC, que permite que la posesión de la cosa pignorada se asigne a un tercero de común acuerdo.

¹⁴⁹² Díez Picazo, op. cit.259.

¹⁴⁹³ De manera rotunda, establece la Ley 466 de la Compilación de Navarra, diciendo: "Por la fideicomiso de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros."

básico en nuestro ordenamiento jurídico como es el de la autonomía de la voluntad. Por ello mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia sostiene que nuestro ordenamiento jurídico adopta un sistema de *numerus apertus*, de modo que cabe que las partes creen derechos reales distintos de los regulados (en apoyo de esta postura además de los vistos se citan los arts. 1255, 467, 523 CC..). En definitiva el principio de autonomía de la voluntad no es un concepto exclusivo del Derecho de Obligaciones, sino que se aplica también al Derecho Patrimonial, si bien se reconoce que son distintos los límites en uno y otro ámbito.

Por ello, la DGRN exige una serie de requisitos necesarios para la protección de terceros que las partes deben cumplir en la configuración convencional de los derechos reales, que son; 1º que exista una intención manifiesta de las partes de constituir un derecho real, de tal manera que en la duda hay que inclinarse por el efecto obligacional. En realidad no se trata de una limitación adicional pues también en sede de contratos la voluntad debe ser clara; 2º La voluntad expresada debe ser completa de modo que habrá de determinarse específicamente su contenido, ya que no existe el estatuto legal correspondiente, así como su objeto¹⁴⁹⁴ lo que también es una exigencia común a toda relación jurídica atípica, sea obligacional o real, y se deriva del art. 1273 CC; 3º la Dirección General también ha exigido en ocasiones que el derecho real se constituya para cubrir una función económica-social que exija la especial forma de afectación del bien que el derecho real lleva consigo; y 4º por último se exige que no se viole ninguna norma imperativa ni principios generales de nuestro ordenamiento como el principio de libertad del tráfico, respetándose los preceptos que impiden la amortización de la propiedad en aras a facilitar su comercio¹⁴⁹⁵

Esta exigencia no es más que un llamamiento al requisito de la causa lícita siendo una aplicación general del art. 1.275 CC, cuando dice que "*Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.*"

A estos requisitos sustantivos se añadiría para admitir la inscripción el cumplimiento de los requisitos hipotecarios, procediendo las mayores objeciones a la inscripción de titularidades reales atípicas del principio de determinación registral o

¹⁴⁹⁴ Resolución de 20 de septiembre de 1966. Véase, asimismo, Roca Sastre, "Derecho Hipotecario"

¹⁴⁹⁵ Resolución de 5 de junio de 1987.

especialidad deducido de los artículos 9 y 12 LH y 51 RH¹⁴⁹⁶.

Los mayores obstáculos se han planteado en relación con las garantías reales atípicas, con las que normalmente se persigue evitar los rigurosos límites procesales a que están sujetas los derechos reales de garantía típicos y su ejemplo más paradigmático la hipoteca.

Así la doctrina mayoritaria¹⁴⁹⁷ considera que aunque la teoría *numerus apertus* es la regla general, no son admisibles las garantías reales atípicas por tres razones: (i) por el principio no hay privilegio sin ley (1925CC); (ii) por la posible alteración de la *par conditio creditorum*; (iii) por la imperatividad de las normas de ejecución de las garantías; y, especialmente, (iv) por la prohibición del pacto comisorio.

A nuestro juicio, en cambio, debería admitirse la garantía real atípica y por tanto su reflejo registral, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1) si el derecho real de garantía atípico se rodea de los mismos requisitos de publicidad exigidos para las garantías reales típicas, no hay razón para no atribuirle los mismos efectos, ya que cumplidos estos requisitos los terceros quedan suficientemente advertidos de su existencia

Incluso aún defendiendo una interpretación rigurosa de los artículos 1925 CC y 89.2, la garantía real atípica puede existir aunque NO atribuya a su titular una preferencia para el cobro en concurrencia con el resto de acreedores del deudor. Se trataría de un derecho real de garantía que produciría el derecho de realización de valor sin alterar la regla *par conditio creditorum*;

2) en cuanto a la prohibición de la autotutela, el ordenamiento reconoce fórmulas alternativas de ejecución y en este sentido la LEC permite los convenios privados de realización, con lo cual no es imperativa la ejecución¹⁴⁹⁸;

3) en cuanto a la prohibición del pacto comisorio, es sin duda la objeción más importante que suele oponerse ya que normalmente en las garantías atípicas se pacta que

¹⁴⁹⁶ Lo cierto es que la aplicación rigurosa de de estos requisitos (sustantivos e hipotecarios), normalmente ha desembocado en en la práctica, en un imposible o muy difícil acceso de titularidades reales atípicas y no deja de ser una de las causas por las cuales sigue siendo frecuente el recurso al negocio fiduciario.

¹⁴⁹⁷ Díez Picazo, Rojo, Amorós Guardiola, entre otros.

¹⁴⁹⁸ Es de destacar, dentro del ámbito de la propia LEC, la posibilidad de encargar la ejecución a una persona o entidad especializada, ex artículo 641 de la misma.

incumplida la obligación garantizada. Al respecto, me remito a las observaciones ya avanzadas.

-bien el acreedor se quedará con la cosa, bien podrá proceder a su venta pero sin necesidad de acudir a los rigurosos procedimientos de ejecución hipotecaria.

En conclusión, entiendo que deben admitirse las garantías reales atípicas cuando la posición del deudor quede suficientemente protegida a través de mecanismos objetivos pactados, que eviten su perjuicio patrimonial. Así podrá pactarse: que el acreedor se quede con la cosa pagando la diferencia entre lo adeudado y el valor de la cosa dada en garantía siempre que se hayan utilizado criterios objetivos de valoración. Estamos en definitiva ante un pacto marciano admitido por la jurisprudencia; y que el acreedor pueda proceder a su venta sin necesidad de acudir a los rigurosos procedimientos de ejecución hipotecaria, pero sujetándose a unos requisitos previamente pactados (v.gr subasta pública notarial) que aseguren la obtención de una cantidad cercana al verdadero valor del bien.¹⁴⁹⁹

45.4.2.- EN LAS RELACIONES INTERNAS DE GESTIÓN

El principal atractivo de la fiducia-gestión radica en la posibilidad de las personas físicas o jurídicas de transferir titularidades a un fondo fiduciario, quedando a salvo de posibles acreedores y evitando posibles situaciones de insolvencia (sin perjuicio, claro es, de acciones rescisorias o de reintegración).

¹⁴⁹⁹ E incluso en la propia jurisprudencia registral hay algunas manifestaciones de estas ideas: en la mencionada resolución de 8 de abril de 1.991: se señala que es inscribible una escritura de opción de compra con una cláusula de compensación, en virtud de la cual se pacta que “el optante podrá satisfacer en todo o en parte el precio por medio de la compensación de los créditos que en el momento de ejercitar la opción ostente contra los concedentes”. Este negocio, que encubre un pacto marciano, dice la DGRN que no es nulo porque hay que presumir la buena fe y porque si hay fraude debe acreditarse por medio del procedimiento judicial correspondiente. Y en la Resolución de 13 de marzo de 2.000, que contempla un negocio de dación en pago sometido a la condición suspensiva del incumplimiento de la obligación. Nótese el matiz de que la garantía nace con la deuda, pero su efectividad se pospone al momento del vencimiento del crédito. La DGRN admite el negocio como una forma de pago más que como una garantía. Y es que como dijo el Notario recurrente, Rodrigo TENA, “la falta de pago es presupuesto de una auténtica transmisión, no constitutiva de garantía”.

En el entorno mercantil la fiducia-gestión ha tenido un auge, si cabe, aún mayor, podemos así destacar, entre otras figuras:

1.- La puesta de acciones a nombre de una persona de confianza para sortear dificultades legislativas, administrativas, financieras o impositivas. Pensemos así en:

la adquisición de acciones por persona interpuesta, para evitar la aplicación de las normas de autocartera¹⁵⁰⁰ y la transmisión fiduciaria con fines de representación, que se utiliza ante la imposibilidad de ceder sólo el derecho de voto, *cesión de la legitimación*, que se considera nula en nuestro Derecho¹⁵⁰¹ por la indivisibilidad de los derechos que la acción concede al socio. Suele utilizarse con relación a los convenios o sindicatos de voto, con la evidente ventajas respecto al representante normal: eliminar la posibilidad de revocación¹⁵⁰² lo cual se muestra particularmente provechoso en los sindicatos de acciones;

2. - El endoso fiduciario, con fines de apoderamiento o cobranza encubiertos, en el cual el endosatario aparece formalmente como propietario de la letra de cambio. La ventaja principal respecto al endoso de apoderamiento expreso¹⁵⁰³ es que al endosatario no se le podrían oponer las excepciones personales que el deudor tuviese frente al endosante (auténtico propietario y comitente), salvo que conocida la realidad de fondo se admita la *exceptio doli* o la de falta de titularidad;

3. - Los fundadores fiduciarios de una sociedad, hoy menos frecuentes porque tenían por finalidad eludir las normas sobre pluripersonalidad de las sociedades¹⁵⁰⁴.

4. - Los fondos de inversión, uniones temporales de empresas, fondos de titulación o de pensiones, que son fruto de una adaptación del *investment trust* anglosajón al Derecho continental europeo. Algunos autores hablan de una verdadera

¹⁵⁰⁰ Hipótesis prevista con carácter general en el artículo 156 del TRLSC

¹⁵⁰¹ RDGRN de 9 de diciembre de 1997.

¹⁵⁰² Artículo 185 del TRLSC.

¹⁵⁰³ Regulado por el artículo 21 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

¹⁵⁰⁴ Además recordamos el artículo 30.2 del TRLSC, en sede de responsabilidad de los fundadores que la extiende a los fiduciarios.

fiducia, otros por el contrario consideran que por encima de los términos legales estamos ante una auténtica sociedad o fenómeno de naturaleza asociativa¹⁵⁰⁵.

5.- El *fideicomiso de seguro de vida*, que se articula, a través de un contrato de seguro en el que se designa como beneficiaria a una entidad fiduciaria que administrará e invertirá el importe del seguro constituyendo un patrimonio fiduciario, en paralelo a un contrato de fideicomiso entre el fiduciante y la institución designada beneficiaria, que plantearía problemas de dudosa solución sobre su carácter *mortis causa* y sobre sus conexiones con el principio general prohibitivo de la sucesión contractual¹⁵⁰⁶ y

6.- El *fideicomiso de inversión*, que podría configurarse como una comisión de compra de valores con la adicional prestación de un servicio de gestión y administración de la cartera de valores adquiridos mediante la constitución de dichos valores como patrimonio fiduciario.¹⁵⁰⁷

7.- La *representación de obligacionistas*, aparte de la discutida naturaleza de la figura del comisario (que, según el art. 403 TRLSC, concurre al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas) como modalidad de operación fiduciaria, Díez Picazo¹⁵⁰⁸ plantea la posibilidad de que una sociedad fiduciaria se constituya en representante de los tenedores de títulos frente a la sociedad emisora, lo que puede articularse mediante un apoderamiento o mediante una transmisión fiduciaria, lo que podría, a su vez, relacionarse con la problemática de los pactos parasociales.

Ahora bien, en cuanto a la eficacia de la propia fiducia, incumplida la obligación garantizada se plantea la gran discusión sobre los derechos que puede esgrimir el fiduciario: En principio, las partes pueden pactar la *realización del bien* para saldar la deuda¹⁵⁰⁹. Asimismo, se concede al fiduciario un *derecho de retención*¹⁵¹⁰, con el debate sobre la naturaleza real o personal de tal derecho; Se discute la posibilidad de pactar la

¹⁵⁰⁵ Se trata de patrimonios sin una titularidad explícita. El artículo 11 del RH, introducido por RD de 4 de septiembre de 1.998, permitió inscribir a favor de estos fondos normativizando una práctica registral anterior, que ha pervivido pese a la anulación del precepto por STS de 31 de enero de 2001.

¹⁵⁰⁶ Díez Picazo: "Fundamentos op. cit." p. 300 y ss. Veáse, asimismo, Mateo y Via: "De la fiducia a la gestión". RCDI, 2007, p. 2630-2631.

¹⁵⁰⁷ Podemos pensar en en el contrato de gestión de carteras de inversión, una manifestación, , de lo que a doctrina alemana denomina Vermögensverwaltung, o administración de patrimonios, y a la que se refiere la Ley de Mercado de Valores en su artículo 63.

¹⁵⁰⁸ Díez Picazo: "Fundamentos, op. cit. " p. 258 y ss.

¹⁵⁰⁹ SAP de 20 de julio de 2004.

¹⁵¹⁰ STS 7 de marzo de 1990. Artículo 1730 del CC, en la fiducia cum amico por analogía con el mandato.

apropiación de la cosa por parte del fiduciario, que consolidaría así el pleno dominio de la misma, mediante el llamado “pacto marciano”:

En principio, se considera la prohibición del pacto comisorio un principio general de orden público en materia patrimonial¹⁵¹¹, aplicable a toda clase de garantías reales típicas o atípicas por lo que habrá de analizarse si la apropiación pactada supone una vulneración de dicha prohibición¹⁵¹².

Cabe señalar las siguientes ideas:

-- sólo puede haber pacto comisorio, según Cámara Lapuente¹⁵¹³, si existe una notable desproporción entre el importe de la deuda y el valor del objeto dado en garantía. Si no hay desproporción entre la deuda y el bien, el fiduciario podría obtener la propiedad del bien si así se pactó y se fijaron plazos;

-- si hay desproporción, Martínez Sanchiz considera necesario un juicio previo sobre la suficiencia de la causa; en concreto, habrá que delimitar si la apropiación acaeció por falta de pago de la deuda (1.859 y 1.884 CC) o si esta circunstancia fue únicamente el presupuesto para una auténtica compraventa. En el primer caso habrá comiso, en el segundo no.

Como señal Pau Pedrón¹⁵¹⁴, los fondos se inscribirían como patrimonios de destino (*Zweckvermögen*), sin más constancia registral subjetiva que a Sociedad Gestora. Y, en cuanto a los bienes, la inscripción reflejará una transmisión de dominio y la persona física o jurídica que ostente facultades de administración y disposición.

En general, se entiende que la fiducia moderna puede redefinirse en parte a través de la figura de los patrimonios de afectación, como modo de incardinar en nuestro esquema y tradición jurídica el funcionamiento del *trust*, sin tener que copiar su arquitectura basada en la dualidad de titularidades, que nos resulta más forzada.

¹⁵¹¹ STS 22 de diciembre de 1988 y RDGRN de 30 de junio de 1987.

¹⁵¹² Históricamente, no obstante, se reconocía la validez del pacto marciano; hoy, en sentido favorable, se pronuncia la Ley 466 de la Compilación Navarra y un importante sector de la doctrina moderna, aunque la solución dependerá de cada caso en concreto. Al respecto, véase: Durán Rivacoba, La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio”, Pamplona, 1998 pp. 135-136, nota 31 y 169, Grassetti, «Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», RDCO, 1936, I, p. 364.

¹⁵¹³ Véase: Cámara Lapuente: “Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español” RCDI, 1999. En su página 1792 advierte sobre la importancia de no generalizar, de no hablar del negocio fiduciario en sentido unívoco, generalmente identificado con la fiducia cum creditore.

¹⁵¹⁴ Pau Pedrón: “El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral” en Los patrimonios fiduciarios y el trust en el III Congreso de Derecho Civil catalán. Tarragona, 2005, p. 671-694

45.5.- EL TRUST :GARANTÍA DE RESPONSABILIDAD

Quien estudia la fiducia desde un punto de vista histórico se ve compelido a hablar de la muerte de la institución, mientras que el que la estudia desde un punto de vista moderno puede hablar del nacimiento de una institución nueva, el *trust*.¹

Francescellì describe el *trust* diciendo que *mediante él una persona separa de su propio patrimonio una cosa y transmite la propiedad de ella a otra, con el pacto de que esta última administre los réditos, que corresponderán a un tercero*. Se trata, pues, de una *situación triangular* entre un *settlor*, un *trustee* y un *beneficiary*.

Díez-Picazo¹⁵¹⁵ sostiene que la característica más saliente consiste en que el cesionario no puede gozar por sí mismo *ex domino* de las utilidades económicas de la cosa, sino que está jurídicamente vinculado a hacer gozar al tercero beneficiario¹⁵¹⁶.

Pero esta actitud apriorística no puede sostenerse en la actualidad por dos razones:

a) La interconexión de la economía, determina la penetración de formulas jurídicas anglosajonas en la esfera jurídica española, fenómeno que se potencia a través del proceso de convergencia jurídica dentro de la UE. La Resolución del Parlamento Europeo de 15 de Noviembre de 2.001 incluye el derecho sobre *trusts* en el ámbito del Derecho Privado armonizable;

b) La globalización de la economía hace que cada vez sea más frecuente la aparición de trusts extranjeros que se relacionan a bienes sitos en España. Existe en el ámbito conflictual, el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 que fija el concepto, caracteres y ley aplicable al *trust internacional*. Este Convenio no ha sido ratificado por España, desgraciadamente, pues resulta especialmente útil en los sistemas de “*civil law*” la importación al menos a efectos conflictuales del *trust* anglosajón.

¹⁵¹⁵ Op. cit. P. 328 y ss.

¹⁵¹⁶ El trust es una institución desconocida, ajena a nuestra tradición jurídica y no regulada en el derecho positivo español que viene precedida de una mala fama de opacidad y defraudación fiscal y de acreedores, que explica el desprecio y la hostilidad con que ha sido acogido su estudio hasta fechas recientes. Señala un sector de la doctrina (Cámara Lapuente, op. cit.) que, entre lo que llaman los enemigos del trust en los derechos continentales se encuentran las reglas dictadas contra la vinculación de la propiedad y el sistema sobre publicidad registral inmobiliaria.

Se trata, por tanto, como subraya Díez-Picazo, de tratar de llenar, con los necesarios ajustes, impuestos por las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico, las funciones de tipo económico-social que el *trust* trata de cumplir, lo que significa que en nuestro derecho positivo es preciso servirse de la noción doctrinal y jurisprudencial del negocio fiduciario.

Teniendo en cuenta estas premisas, nuestro estudio se centrará fundamentalmente en dos cuestiones:

1.- la posibilidad de que en España se constituya un *trust* al modo anglosajón al amparo de la autonomía de la voluntad; y

2.- la determinación de la ley aplicable al *trust* internacional que tenga incidencia en España.

Con carácter previo a estas cuestiones, se hace necesario determinar los contornos de la figura del *trust*, estudiando sucintamente concepto y características de esta figura en los sistemas de *common law* así como las fijadas en el citado Convenio de la Haya.

Pasemos a estudiar:

45.5.1.- EL TRUST ANGLOAMERICANO¹⁵¹⁷.-

Tiene su origen en *fraud and fear*, en concreto en el deseo de evitar las limitaciones impuestas por el Derecho feudal (v.gr. no poder disponer por testamento de un feudo) o por otras leyes (estatuto de manos muertas) o para evitar el riesgo de confiscaciones políticas o en tiempo de guerra. Surge en la edad Media y se basa en el esquema de la fiducia *cum amico*. Primero quedaba su cumplimiento en la conciencia del fiduciario pero poco a poco a través de la intervención del Rey y el sistema de equidad se fortalece la posición del beneficiario;

Los trusts, entendidos como figura versátil más que como única figura, tienen, según Cámara Lapuente¹⁵¹⁸, los siguientes caracteres comunes: La gestión y disposición están separadas del goce, del beneficio que procura; Los bienes se transmiten a otro patrimonio; Una persona de confianza administra con grandes poderes el patrimonio a favor de otras personas o para lograr fines determinados.

¹⁵¹⁷ Es aquella relación jurídica, en virtud de la cual una persona, settlor (constituyente o fideicomitente), transfiere a otra, trustee (fideicomisario), la titularidad de ciertos bienes o derechos para que sean gestionados por por éste en provecho de uno o más beneficiarios (incluyendo al propio constituyente) o de un fin.

¹⁵¹⁸ Véase Cámara Lapuente, op. cit.

Entre los elementos subjetivos, podemos destacar: **1.-** El *settlor* que interviene sólo en la constitución, salvo que haya retenido algunas facultades. Deja de ser propietario de los bienes, quedando estos apartados de la órbita de su responsabilidad frente a terceros (salvo caso de fraude); el *trustee*, propietario legal, con una propiedad limitada por las condiciones del *trust* y lo que subsidiariamente dispongan la ley y las reglas de *equidad* y que está obligado a administrar los bienes a favor del *beneficiario* de modo activo y diligente. Actúa en su propio nombre y es personalmente responsable respecto a los terceros con quien contrate; el *beneficiary* designado para recibir los rendimientos obtenidos por el *trust* o al que se transmiten los bienes del *trust* a la terminación del mismo. Puede ser el constituyente, un tercero o el propio trustee (con algún límite para evitar autocontratación), menores, incapacitados o no nacidos; y el *protector*, con funciones de control sin perjuicio del papel tutelar de los tribunales de justicia¹⁵¹⁹.

En cuanto a su objeto, En el trust se produce una disociación¹⁵²⁰ de los atributos del dominio de ahí que se distinga entre el *legal title* del *trustee*, a cuyo nombre quedan titulados los bienes y el *equitable title* del destinatario que es el beneficiario material de dichos bienes. Este desdoblamiento de la propiedad es fiel reflejo de los dos sistemas de "ley" y "equidad" de que está compuesto el Derecho angloamericano. Más que una enumeración exhaustiva de las distintas clases¹⁵²¹ de trust (prácticamente imposible)

¹⁵¹⁹ Se permite que coincidan la persona del constituyente y del beneficiario. La triple coincidencia con la cualidad de trustee en la misma persona no es admitida ni en todos los casos ni en todas las legislaciones.

¹⁵²⁰ FLANNIGAN: "Fiduciary Duties of Shareholders and Directors", en *Journal of Business Law*, 2004, p.277 y ss.

¹⁵²¹ Como clases de trust diferenciaremos: **1º.-** El *family trust*: Distribuye la riqueza en el seno de la familia, tanto inter vivos como mortis causa, desempeñando funciones de ordenación de la sucesión hereditaria o de regulación económica del matrimonio o de la familia (protección de discapacitados, pródigos, nasciturus o concepturus);

2º.- El *Charitable Trust*, destinado a obras de interés público. Exentos de las prohibiciones de perpetuidad;

3º.- El *pension trust* y el *business trust*, origen de los fondos de pensiones y de inversión;

4º.- El *trust como garantía real*, ya que en caso de impago de la deuda el trustee debe enajenar el bien y pagar al acreedor devolviendo el remanente;

5º.- El *trust como forma de planificación*; para asegurar la protección de un patrimonio (riesgos empresariales) o para permitir disfrutar de un patrimonio en condiciones especiales (menores de edad, incapacitados, etc.) o para regular el desenvolvimiento de determinados negocios (v.gr. condicionales) o para asegurar una gestión unitaria en beneficio de colectivos de personas (club trust), como en el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles; y

interesa destacar los diferentes usos para los cuales se acude a esta figura. Así cabe distinguir entre:

Las llamadas “tres certezas” (certainties) formuladas en el Derecho Inglés por Lord LANGDALE en el caso KNIGHT VS. KNIGHT, de 1.840:

1.- Certainty of intention, esto es que el *settlor* tuviese intención expresa o tácita de crear un *trust*;

2.- Certainty of subject matter, fijación de los bienes objeto del *trust*, lo que exige que formen un fondo separado, que posibilite que queden fuera de la órbita de la responsabilidad personal del *trustee* y que no se integren ni en su régimen económico matrimonial ni en su sucesión; y

3.- Certainty of object, o determinación de los beneficiarios.

Partiendo de este esquema sencillo se admiten numerosas variantes: puede ser constituido por acto *inter vivos* (gratuito u oneroso) o *mortis causa*; revocable o irrevocable; oneroso o gratuito y para una multitud de fines, y con escasas limitaciones (vinculaciones perpetuas);

45.5.2.- PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL TRUST

Analizando la figura desde una perspectiva internacional, hemos de atender al Trust en el Convenio de La Haya de 1 de Julio de 1985, en cuyo art. 2 se intenta definir el *trust* con una pretensión omnicompreensiva:

“A los efectos del presente Convenio, el término “trust” se refiere a las relaciones jurídica creadas –por actos inter vivos o mortis causa- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado”.¹⁵²²

6.-Voting trust, para posibilitar pactos de voto sindicado en las sociedades.

¹⁵²² Como **notas características** exige para que pueda hablarse de trust que:

a) La titularidad de los bienes se atribuya al trustee, pero formando una masa patrimonial separada de su patrimonio general, de ahí que los bienes incluidos en el trust no puedan ser objeto de agresión por los acreedores personales del trustee.

b) El trustee tiene el derecho y deber de gestionar, administrar y disponer de los bienes para cumplir el destino fijado por el constituyente, por lo cual está obligado a la rendición de cuentas. En esa

Debe tenerse en cuenta que el Convenio no regula el *trust* sino la ley aplicable a la validez y efectos de un *trust* ya constituido. Los arts. 6 y 7 establecen como punto de conexión principal la autonomía de la voluntad y, en su defecto, unas pautas para determinar la ley con la que esté más estrechamente vinculado.

El efecto principal es que un *trust* creado conforme a la ley aplicable será reconocido como tal. Esto supone que en todos los Estados contratantes se produzcan los siguientes efectos (art. 11):

a) Los bienes del *trust* son distintos del patrimonio personal de *trustee* y éste podrá actuar como demandante o demandado y comparecer en calidad de *trustee* ante Notario o cualquier persona que ejerza una función pública;

b) Si la ley aplicable lo determina, los bienes del *trust* no pueden ser objeto de medidas de aseguramiento por los acreedores personales del *trustee*;

c) Se pueden reivindicar en caso de que, con incumplimiento de sus obligaciones, el *trust* haya confundido los bienes con los suyos propios o los haya enajenado (sin perjuicio de la protección de terceros conforme a la *lex fori*); y

d) El art. 12 permite la inscripción en el Registro en calidad de *trustee* o manifestando la existencia de *trust* si no lo prohíbe la ley del estado en que se haya de practicar la inscripción.

Finalmente, destacar los llamados *Principles of European Trust Law* de 1999, reglas subsidiarias a las que los contratantes podrían remitirse, servir de normas de interpretación para instituciones afines y constituir una guía para futuros desarrollos legislativos.

gestión deberá ajustarse a las reglas contenidas en el instrumento de *trust* y en su defecto a las reglas de equidad, pudiendo estar facultado para delegar en todo en parte sus funciones.

c) El hecho de que el constituyente se reserve prerrogativas o facultades sobre los bienes o que el *trustee* sea a la vez beneficiario no excluye que estemos ante un *trust*.

45.5.3.- EL TRUST EN EL DERECHO ESPAÑOL¹⁵²³

La incorporación a nuestro ordenamiento del *trust* tropieza, fundamentalmente, según el mismo autor, con obstáculos dogmáticos y con límites establecidos por el derecho imperativo:

Entre los primeros se encuentran, entre otros, el carácter unitario de la propiedad; la tesis de la unidad patrimonial derivada de los rasgos de la propiedad única; el *numerus clausus* de los derechos reales; el principio de responsabilidad patrimonial universal; la noción de causa; o la *par conditio creditorum*. Cámara Lapuente, sin entrar en el desarrollo y réplica de cada uno de ellos, argumenta que ya existen numerosos patrimonios de afectación admitidos por ley, lo que significa que, en realidad, el límite es el principio de legalidad, la tipificación legal de tales formatos.

Como ejemplos deben citarse los fondos de pensiones, de inversión o de titulización hipotecaria o de activos (arts. 25 a 38 Ley 35/2.003, art. 5 Ley 19/1.992 o RD 926/1.998); el patrimonio protegido de discapacitados (Ley 41/2.003); el tratamiento de la herencia yacente en la Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal (arts. 1(2), 3(4), 6(2)2 y 40(5)(6)); la fiducia de garantía establecida en el Real Decreto 5/2.005, de 11 de marzo; la legitimación procesal reconocida a masas patrimoniales sin titular en la LEC (arts. 6 y 7); o el carácter de sujetos pasivos tributarios de ciertos entes sin personalidad jurídica (art. 35(4) LGT 58/2.003);

A continuación, la doctrina opuesta al *trust* señala como normas imperativas que impiden la configuración de un trust al modo anglosajón las siguientes:

1.- Límites a la autonomía de la voluntad, como ocurre, v.gr. con los derechos sucesorios de los legitimarios o con el respeto a la ley, la moral y el orden público; Serrano García, respecto del Derecho Aragonés hace referencia a la utilidad para

¹⁵²³ El mayor atractivo de la figura del *trust* según Cámara Lapuente, op. cit., de tres razones: (i) permite alcanzar múltiples finalidades con un único instrumento jurídico; (ii) habilita la posibilidad de segregar patrimonios aptos para una gestión y constitución ágil, flexible y económica; y (iii) la mejor protección de los titulares de derechos sobre el *trust*. Así, a propósito de la proposición de Ley sobre fiducia francesa en la sesión parlamentaria del 8 de febrero de 2.005, el Senador Philippe MARINI apuntó que con el *trust* se consigue una entidad intermedia entre la persona física (con un poder limitado) y la persona jurídica (con una gestión pesada y compleja). No hay que olvidar ventajas de carácter internacional, como el evitar la descolocación de los capitales.

configurar fórmulas fiduciarias del principio *standum est chartae*¹⁵²⁴; y Garrido Melero apoya en la misma idea respecto de la libertad civil catalana¹⁵²⁵;

2.- Límites temporales, como acontece en relación con la sustitución fideicomisaria y otras figuras a través de las cuales no es lícito crear vinculaciones – recuérdese la *rule against perpetuities* del *Common Law*;

3.-, notoriamente, para evitar la aplicación del trust en fraude de acreedores y Límites a favor de derechos de terceros, en ese sentido, siéndoles de aplicación las acciones de reintegración concursales (arts. 71-73 LC) y la pauliana (1.291 y 1.111 CC), aplicables al *trust* de igual modo que a la fiducia¹⁵²⁶.

4.- Límites fiscales, que impidan la defraudación tributaria y el blanqueo de capitales; la fiducia, lamentablemente, no cuenta con un apoyo fiscal adecuado, lo que constituye el verdadero problema de las instituciones fiduciarias¹⁵²⁷

5.- En materia de fundaciones, la prohibición de fundaciones¹⁵²⁸; y la exigencia constitucional de interés general de las fundaciones.

La doctrina más autorizada¹⁵²⁹ defiende la recepción del *trust*, bien (i) a través de la ratificación del convenio de la Haya de 1985 sobre *Trust*, permitiendo su constitución con elementos objetivos y subjetivos nacionales y con sujeción a la ley extranjera elegida, bien (ii) a través de una nueva y propia regulación interna sacrificando algunos absolutismos dogmáticos.

Se ha sugerido (Bosch Carrera, Pau Pedrón), abandonando la teoría unitaria del patrimonio, formulada a principios del siglo XIX por Zachariae von Lingenthal¹⁵³⁰, la fórmula del patrimonio autónomo¹⁵³¹, sin personalidad ni propietario, afectado a un fin,

¹⁵²⁴ Serrano García: "Los patrimonios fiduciarios en el Derecho Civil aragonés". III Congreso de Derecho Civil catalán, Tarragona 2005, p.243 y ss.

¹⁵²⁵ Garrido Melero: "La regulación de los fideicomisos en el Código Civil catalán" III Congreso, p. 463 y ss.

¹⁵²⁶ STS 17 de febrero de 2005.

¹⁵²⁷ Calatayud Sierra: "La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa". III Congreso, p.223.

¹⁵²⁸ Véase, al respecto, De Castro: "El Negocio Jurídico", Madrid, 1985, p. 329-457.

¹⁵²⁹ CÁMARA LAPUENTE, PAU PEDRÓN, GARRIDO MELERO, MARTÍNEZ DIE, CERDÁ GIMENO, BOSCH CARRERA, BADOSA COLL, y ARROYO Iamayuelas.

¹⁵³⁰ Lingenthal, Z: "Die Geschichte des Griechisch-römischen Privatrechts, 1923.

¹⁵³¹ En este último sentido, la Generalitat de Cataluña, a través de su Observatori de Dret Privat, con la intención de incluir una regulación del patrimonio fiduciario en el Quinto Libro del Código Civil, llevó a

como patrimonio separado cuya continuidad se asegura por la subrogación real (*Zweckvermögen*), iniciada por Brinz y Becker.

Sobre la base de todo lo expuesto, veamos:

Las posibilidades de constituir un *trust* con arreglo al D^o español:

El Derecho positivo español, venimos señalando, no reconoce al *trust* ni se ha firmado el citado Convenio de La Haya de 1985.

No obstante, esto no quiere decir que el *trust* como realidad económica y social, no pueda existir. Al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y con los requisitos del art. 1261 CC, cabe articular el elemento subjetivo del *trust* a través de una estipulación en favor de tercero (art. 1257.2 CC).

Por otra parte, la doctrina opuesta al *trust* suele hacer un inventario de las *distintas figuras típicas que cubren las NECESIDADES más usualmente atendidas por los trusts en los derechos anglosajones*:

Como instrumento en el ámbito mercantil y de sociedades para capitalizar una inversión colectiva, tenemos: Los sindicatos de obligacionistas; y fondos de pensiones o de inversión, que adoptan formas diversas al *trust*, como ya vimos;

Como instrumento de garantía se manifiesta en: la gestión en favor de los acreedores (1175 CC), la venta a carta de gracia y de la fiducia; la llamada “fianza” de la LAU (que es más bien un depósito en garantía o una prenda); y en los poderes irrevocables, incluso reforzados con la renuncia expresa a disponer de los bienes objeto del apoderamiento. No obstante, es evidente que dicha figura plantea:

Cuestiones de Derecho Internacional Privado.-

Desde el punto de vista conflictual, una vez estemos en presencia de un *trust*, hay que determinar cuál es la norma de conflicto aplicable, porque es una institución desconocida por el Derecho español. Ante esta situación caben tres posibles soluciones: Primera, negar efectos en España a la institución, por desconocida; no parece admisible porque el juez, dado el principio *non liquet* del art. 1(7) CC, debe dar respuesta a cualquier pretensión; segunda, a introducción de una norma especial en materia

cabo los estudios pertinentes, aún en vía muerta por la desconfianza de los políticos hacia estas instituciones. Se trataba de incluir en los preceptos del artículo 514 1-13 CCC una regulación completa del patrimonio fiduciario.

conflictual¹⁵³² y, tercera acudir a la institución patria más próxima para, después, aplicar la norma de conflicto que existe respecto a la misma. Para ello en una *primera fase* se trataría de descubrir qué función cumple la institución desconocida conforme al ordenamiento jurídico en virtud del cual se ha constituido; en una *segunda fase*, se tratará de buscar en Derecho español una institución que cumpla esa finalidad, al menos de modo equivalente.

Siguiendo esta teoría, según la doctrina mayoritaria para los trusts constituidos por acto inter vivos, habrá que acudir a las reglas de los contratos que según el 10(5) CC¹⁵³³, serían sucesivamente, la elegida que tenga alguna conexión; la nacional común de las partes; la de residencia habitual común y por último la del lugar de celebración. Lo que plantea la problemática de individualizar quienes son los contratantes (¿lo es el beneficiario?); para los trust sucesorios, al 9(8) CC.

Se hace necesario por tanto la ratificación del Convenio de la Haya, sin perjuicio de aplicar las leyes imperativas españolas y la posibilidad de no reconocer el *trust* contrario al orden público español, lo que permite el citado Convenio en sus arts. 15, 16 y 18.

A continuación examinemos su publicidad material, como presupuesto y garantía para la seguridad del tráfico jurídico:

Inscribibilidad del Trust

Siguiendo a Pau Pedrón¹⁵³⁴ pueden señalarse al respecto las siguientes observaciones:

En el supuesto de los artículos 2(3) y 45 LH no hay titularidad fiduciaria ninguna; Sobre la base de la RDGRN de 4 DE JUNIO DE 1.922, obra de Don Jerónimo González, el camino registral para el trust ha de ser el de un patrimonio que figure inscrito sin titular dominical pero con constancia de una persona que tiene facultades dispositivas y de administración;

De lege ferenda sería conveniente su regulación, ya que ningún principio registral lo impide. Se configurarían como patrimonios de destino o sin titular, reflejando la inscripción: (i) la transmisión del dominio a favor de un patrimonio sin titular dominical;

¹⁵³² Esta es la vía que han seguido los países firmantes del Convenio de la Haya de 1.985, que como sabemos no ha sido ratificado por España.

¹⁵³³ El convenio de Roma excluye expresamente de su aplicación el trust y las relaciones derivadas de ellos.

y (ii) la persona que ostente las facultades de administración y disposición, con un contenido, convencional, típico o mixto. El ejemplo a seguir sería el de los terrenos sujetos al sistema urbanístico de compensación cuando no hay transmisión de propiedad (RDGRN de 12 DE ENERO DE 1.984), o el de la fiducia continuada Navarra. Serían inoponibles los convenios fiduciarios internos y las instrucciones confidenciales salvo al tercero de mala fe. La constancia registral del beneficiario sería recomendable para impedir inscripciones contradictorias con el derecho de goce del beneficiario, así como para permitirle a este usar de su derecho.

46.- RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y LAS GARANTÍAS DE SU EJECUCIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS AUSPICIADO POR LA ACADEMIA DE PAVÍA

46.1.- PRESENTACIÓN DEL MARCO DE ESTUDIO: RAZÓN DE SER DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Y DE LA RESPONSABILIDAD.

Hoy en día es esencial contar con los instrumentos normativos adecuados para dar respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas planteadas en el actual contexto económico y comercial inmerso en un clima de globalización fuertemente imbuído por un clima de globalización identificado con un proceso dinámico de comunicación e interdependencia. Los ordenamientos jurídicos también sienten los efectos de la globalización y se ve en la necesidad de uniformizar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica. Este fenómeno obliga a la eliminación progresiva del particularismo entre las legislaciones nacionales, más allá del régimen de los contratos, extendiéndose hacia otros muchos sectores del Derecho privado: responsabilidad extracontractual, derechos reales, sociedades, situaciones concursales, etc. aparte de la Nueva Lex Mercatoria, esto es, los usos y prácticas desarrollados autónomamente por los comerciantes para regir sus operaciones, debemos atender a los instrumentos de coordinación y de uniformización de los ordenamientos a nivel de derecho comparado. Cumplen dicha función los convenios internacionales de unificación conflictual para

¹⁵³⁴ Op. cit.

aportar seguridad jurídica a las transacciones internacionales. Mediante ellos, al disponerse en los distintos países de un mismo sistema de normas de conflicto, resulta indiferente que el litigio que pueda surgir en torno a una relación jurídica se plantee en un país u otro, ya que el derecho aplicable al fondo del asunto no va a variar¹⁵³⁵. Esa ventaja motivó, de hecho, que en el ámbito comunitario se aprobara el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que ha sido ratificado por todos los Estados miembros¹⁵³⁶. Sin embargo, las normas de conflicto sólo son indicadoras del derecho interno aplicable¹⁵³⁷, no eliminan la diversidad existente en la normativa material o sustantiva de los diversos estados. Además, el hecho de que uno de los contratantes, o puede que incluso los dos, va a tener que informarse sobre el contenido, aplicación e interpretación de una normativa que le resulta extraña. Y eso se va a traducir inevitablemente en una serie de costes adicionales, que pueden disuadir a las empresas en general, y las PYME y consumidores en particular, de embarcarse en operaciones transfronterizas¹⁵³⁸. Como paliativo a este inconveniente, destacaremos la labor unificadora de las organizaciones de UNIDROIT¹⁵³⁹ e UNCITRAL¹⁵⁴⁰, si bien muchos de sus convenios no han llegado a entrar en vigor al no reunirse el número de

¹⁵³⁵ Tal como señalara Remiro Brotons, con la unificación conflictual se combate el *forum shopping* se lucha por la armonía internacional de soluciones y se potencia la previsibilidad del derecho material aplicable, Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado», *Symbolae García Arias*, Estudios de derecho editados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1973-74, p.633.

¹⁵³⁶ Versión consolidada, DOCE C 27, de 26 de enero de 1998.

¹⁵³⁷ Con algunas excepciones, ya que la intermediación de la norma de conflicto puede servir en ocasiones para extender las posibilidades de aplicación de un convenio de derecho material uniforme. A título de ejemplo, véase el artículo 1. 1B) del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

¹⁵³⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, p. 5. Viene a decir que estos costes de transacción más elevados pueden suponer una desventaja competitiva.

¹⁵³⁹ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Dispone de una dirección en internet donde ofrece información actualizada sobre sus actividades: <http://www.unidroit.org>

¹⁵⁴⁰ Este organismo también dispone de dirección en internet: <http://www.n.or.at/uncitral>. Sus actividades han sido objeto de numerosos trabajos doctrinales, como CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La labor de la UNCITRAL en la contratación internacional y su relación con otras experiencias de la codificación internacional».

Estados parte necesarios, o o sí lo están pero sólo entre un reducido número de países¹⁵⁴¹. En la búsqueda de fórmulas alternativas al convenio, UNCITRAL ha recurrido en ocasiones a las guías jurídicas y leyes modelo: las primeras son estudios de carácter fundamentalmente didáctico, que describen una materia y sus problemas, orientando sobre las posibles

soluciones; y las segundas están destinadas a los legisladores nacionales, para que las tomen como modelo a la hora de dictar leyes internas en la materia¹⁵⁴².

UNIDROIT, por su parte, adoptó en 1994 unos Principios para los contratos del comercio internacional, que no tienen carácter jurídicamente vinculante su Preámbulo, se aplicarán cuando las partes hayan acordado someterse a ellos, o cuando hayan estipulado que el contrato se regirá por los principios generales del derecho, *lex mercatoria* u otra expresión semejante. Además, pueden proporcionar

una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar la regla de derecho aplicable; que pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme; y que pueden incluso servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional¹⁵⁴³.

Hasta la fecha, numerosas instancias arbitrales han recurrido a ellos para fundamentar sus decisiones, e incluso los órganos jurisdiccionales de diversos países, entre los que se encuentran algunos de la Unión Europea¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴¹ Citemos como ejemplos: El Convenio de Ginebra de 17 de febrero de 1983 sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías no ha entrado en vigor, se requiere para ello que se vinculen por el mismo diez países, y hasta la fecha sólo lo han hecho cinco (tres de ellos comunitarios: Italia, Francia y Holanda); el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, adoptado en Hamburgo en 1978 (Reglas de Harnburgo) está en vigor en tan sólo 28 Estados, de la Unión Europea únicamente Austria.

¹⁵⁴² La Guía Jurídica de UNCITRAL sobre operaciones comercio compensatorio internacional, adoptada en 1992; y la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno, adoptada en 1996, con la adición del art 5 bis, tal como fue aprobado en 1998.

¹⁵⁴³ Véase, Morán Bovio (Coord.): "Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional", Aranzadi, Pamplona, 1998.

¹⁵⁴⁴ En Francia, la Cour d' Appel de Grenoble, en sus Sentencias de 24 de enero y 23 de octubre de 1996, recurrió a los Principios de UNIDROIT para reforzar y fundamentar su decisión. Y en Holanda, el RB Zwolle, en su Sentencia de 5 de marzo de 1997, también se apoyó en estos principios, Vid. UNILEX on CISG & UNIDROIT Principles, International Case Law & Bibliography, que recoge en la actualidad 70 Sentencias relativas a sus principios.

De otra parte, la posible armonización del derecho europeo de los contratos y de la responsabilidad ha suscitado interés en los círculos académicos, formulando propuestas basadas en un riguroso estudio del Derecho Comparado.

En 1982 comenzó a trabajar la Comisión de Derecho europeo de los contratos, conocida también como Comisión Lando por el nombre de su presidente, que ha estado elaborando los Principios de Derecho europeo de los contratos¹⁵⁴⁵. En 1995 publicaron una Parte I¹⁵⁴⁶, que volvieron a publicar junto con una parte II en el año 2000¹⁵⁴⁷ detallando una serie de principios en materia de formación, validez, interpretación y contenido de los contratos, autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes, cumplimiento de las obligaciones contractuales y remedios en caso de incumplimiento. Además, está pendiente de publicación una parte III, que ya puede ser consultada a través de Internet donde se contienen otra serie de principios relativos a condiciones, efectos de ilegalidad, pluralidad de acreedores y deudores, cesión de créditos, compensación y prescripción.

Esos principios, en su presentación y estructura, se asemejan bastante a los elaborados por UNIDROIT¹⁵⁴⁸. Su art. 1 delimita también de modo similar sus posibilidades de aplicación: cuando las partes lo hayan acordado, cuando en el contrato figure una referencia a los principios generales del derecho o *lex mercatoria*, cuando no hayan escogido el derecho aplicable, o cuando habiéndolo hecho éste no suministre una solución. Según sus elaboradores, están destinados además a servir como borrador de una parte del futuro Código Civil europeo. En estrecha relación con los trabajos de la mencionada Comisión de Derecho europeo de los contratos, se sitúan los que está llevando a cabo el denominado Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo, dirigido

¹⁵⁴⁵ Para mayor información de su funcionamiento, véase

http://w.w.w.cbs.dk/departments/law/staff/ol/comission_on_ecl/index_html.

¹⁵⁴⁶ O.Lando, H.Beale: "Principles of European Contract Law, Part 1: Performance and Nonperformance and Remedies, Dordrecht, 1995.

¹⁵⁴⁷ O.Lando, H.Beale: "Principles of European Contract Law, Part I and II, La Haya", Kluwer, 2000.

¹⁵⁴⁸ Cabe señalar, como muestra de las similitudes que existen entre ellos, que en la Sentencia arbitral de la CCI n. 8128/1995 se aludió al art. 7.4.9(2) de los Principios de UNIDROIT, añadiendo que coincide con el art. 4.507(1) de los Principios de derecho europeo de los contratos, *Journal du droit international*, 1996, pág. 1027, con nota de D. HASCHER, p. 1028-1030.

por C. von Bar¹⁵⁴⁹. Este grupo tiene como objetivo ofrecer en base a un estudio de derecho comparado una serie de principios en el ámbito del derecho patrimonial.

Mencionaremos el Grupo de Pavía, que ha publicado un proyecto preliminar de Código contractual europeo¹⁵⁵⁰ sobre la base de la labor realizada por la Academia europea de especialistas en Derecho privado¹⁵⁵¹. Este texto recoge una serie de normas, basadas igualmente en un estudio de derecho comparado, relativas a la formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; extinción, otras anomalías y recursos contractuales¹⁵⁵². El Anteproyecto de Código europeo de contratos, terminado en 1999 por la Academia de iusprivatistas europeos con sede en Pavía, fue presentado en el Parlamento Europeo el 16 de octubre de 2000. Este texto comprende teoría general del contrato y parte del Derecho de obligaciones, dejando al margen, por tanto, el Derecho de cosas. Para elaborarlo se tomaron como modelo, de un lado, el Contract Code redactado por el profesor McGregor, porque constituía una síntesis actualizada del Derecho inglés y escocés, y, de otro, el Código italiano de 1942, por considerarse contenida en él la doble influencia del Código

¹⁵⁴⁹ Se ha establecido equipos de trabajo que se encargan de la normativa aplicable a ciertos contratos: compraventa, servicios, garantías, seguros, y contratos comerciales de larga duración (agencia, distribución y franquicia), obligaciones extracontractuales y cuestiones relativas al derecho de propiedad que inciden en el mercado interior.

¹⁵⁵⁰ Señala Parra Lucán que esta Academia se fundó en 1992 por iniciativa del profesor G. Gandolfi, y está formada en la actualidad por cerca de 70 juristas de los Estados de la Unión Europea y Suiza, provenientes fundamentalmente del ámbito universitario, «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil Europeo?», op. cit., pág. 5 en la versión de Internet.

¹⁵⁵¹ Entre otros trabajos, se han publicado sobre este proyecto cabe destacar los siguientes: G. GANDOLFI, «Pour un Code européen des contrats», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, págs. 702-736 ídem, «Per la redazione di un codice europeo dei contratti», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, págs. 1073-1093; J.L. DE LOS MOZOS, «El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», *La unificación jurídica europea*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 253-265; ídem, «El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», *La Ley* núm. 5629, 9 octubre 2002; G.B. FERRI, «Il Code européen des contrats», *Europa e diritto privato*, 2002, págs. 345-358; y L. GATT, «Sistema normativo e soluzioni innovative del Code Européen des contrats», *Europa e diritto privato*, 2002, p. 359-379.

¹⁵⁵² «The Common Core of Private Law in Europe Trento Group», dirigido por U. Mattei y M. Busani, que está realizando valiosas contribuciones en el derecho europeo de los contratos, responsabilidad extracontractual, propiedad y trusts; y «The Tilburg Group on Torts», que está tratando desde 1993 diferentes aspectos de la responsabilidad extracontractual».

Civil francés y del BGB. Considerada por algunos de sus miembros la codificación la vía ideal, la Academia de Pavía pretendía proporcionar un conjunto de reglas o preceptos inmediatamente aplicables por las partes contratantes o el juez o árbitro, pero este Anteproyecto no tuvo carácter oficial ni, por tanto, carácter obligatorio, quedando como un texto científico. También debe mencionarse el Common Core of European Private Law, o Proyecto de Trento, dirigido desde 1995 por Bussani y Mattei. Dedicado a los contratos, la propiedad y el Derecho de Daños, no pretende elaborar ni principios, a modo de soft law, ni reglas integrantes de un Código, sino hallar el núcleo común de los distintos ordenamientos jurídicos europeos, sus líneas de convergencia y divergencia. Desde el respeto a la diversidad, y sin pretensiones de normatividad, sólo explica las líneas en que se aproximan o se distancian los diversos sistemas jurídicos sobre una institución, proporcionando un material de máxima calidad a trabajos posteriores sobre la armonización del Derecho europeo¹⁵⁵³. No ofrece reglas comunes, ni presenta resultados en forma de texto articulado, ya sean principios o reglas concretas, pero sí ofrece un estudio comparatista de los aspectos convergentes (el núcleo común) y divergentes.

Algunos de estos grupos pasaron a formar parte de la Red de investigaciones fundada en mayo de 2005, conocida como Joint Network on European Private Law, o Network of Excellence («Red de Excelencia»), o CoPECL. Así, la Red está sostenida por el Acquis Group, el Common Core Group y el Study Group on a European Civil Code, pero también engloba otros grupos, junto con instituciones, universidades e investigadores de los Estados miembros. Esta Red cumplió su cometido el 29 de diciembre de 2007, enviando a la Comisión el proyecto del MCR¹⁵⁵⁴ (15), que en 2008 se publicó en forma de libro. Centrado en un primer momento en el Derecho de obligaciones y contratos, el borrador de MCR se nutrió de los PECL elaborados por la Comisión Lando, pero también se anunciaban esfuerzos e intensos trabajos en otras materias, como la transmisión de la propiedad, las garantías reales y el trust. El Draft Common Frame of Reference publicado en 2009 contiene ya tres nuevos libros, dedicados, respectivamente, a la adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles, a los derechos de garantía real sobre bienes muebles y al trust. De manera que el MCR no se limitará al Derecho contractual europeo,

¹⁵⁵³ Véase, García Rubio, M.P.: "Hacia un derecho europeo de los contratos". 2005. Estudios de Derecho Mercantil Europeo

¹⁵⁵⁴ Para comprender con mayor profundidad el MCR, véase la obra de Mattioli, F.: "Il contratto a favore di terzo. Spunti per una comparazione diacronica dal diritto romano al draft common frame of reference". Univ. Bolonia, 2011, p. 7-39.

sino que abordará también otros temas de Derecho Patrimonial europeo, como ya se hizo en el borrador elaborado por el Study Group on a European Civil Code. Pero, además, otra diferencia separa el borrador del MCR de los Principios Lando, que es la relativa a las fuentes de inspiración: basados los PECL en una técnica comparatista¹⁵⁵⁵ de los Derechos nacionales de los Estados miembros, sólo tuvieron en cuenta los principios jurídicos comunes a éstos, mientras que el proyecto de MCR no se apoya sólo en una comparación de los Derechos estatales, sino también en los principios del *Acquis communautaire*.

Con estas premisas, procedamos a abordar cuestiones particulares concernientes a la problemática de correcto desenvolvimiento de los contratos de sociedad y el aseguramiento de la responsabilidad societaria que en su caso se genere; entendiéndola enmarcada dentro de la responsabilidad derivada de relaciones contractuales, en concordancia con el enfoque dado de las distintas iniciativas académicas señaladas, tendentes a hacer que vea la luz un “Código Europeo de Contratos”, a imagen y semejanza de un *Corpus iuris civilis justiniano*.

47.- LÍNEAS REGULADORAS EN EUROPA¹⁵⁵⁶ EN CUANTO AL CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Es común a todos los ordenamientos de los países de la Unión europea otorgar indemnizaciones por daños y perjuicios¹⁵⁵⁷ sólo cuando la parte perjudicada ha sufrido

¹⁵⁵⁵ El método comparatista también puede proyectarse estableciendo paralelismos entre el derecho romano y el cualesquiera de los ordenamientos hoy día en vigor. Así lo sugiere Hamza, G., en su libro: “*Iura antiqua ac iura moderna methodo comparativa investigata*, I-II. Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2011, 337.

¹⁵⁵⁶ Véase, Bueno Delgado, J.A.: “La importancia de un Derecho histórico, Derecho Romano, como base de un Derecho europeo común”. RGDR nº 21 diciembre 2013: “En los últimos tiempos estamos asistiendo a una paradoja en relación con el Derecho Romano, mientras que por un lado se pretende proyectar la imagen de que el Derecho Romano está en crisis, por otro lado cada vez cobra mayor importancia el conocimiento de esta disciplina, hasta el punto de cambiar el enfoque del debate en el sentido de no cuestionar su importancia actual, sino que dándolo por hecho, lo que hoy se discute es sobre la necesidad de residenciar en el Derecho Romano algunos de los fundamentos integradores y de cohesión de Europa y su valor como elemento de identidad y base de un Derecho europeo común”.

¹⁵⁵⁷ Fernández de Buján, F.: “el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil se lleva a cabo, con carácter general, a través de la aplicación del principio de la reparación íntegra, “que deviene inconveniente en ciertos supuestos como cuando se trata de valorar y apreciar daños no

pérdidas como consecuencia del incumplimiento de un contrato; dicha indemnización se calcula en función de las pérdidas. Tal vez la única excepción la constituye el Common Law, que en los casos de incumplimiento imputable (breach), admite la indemnización por daños de poca importancia, aunque la parte perjudicada no haya sufrido pérdidas¹⁵⁵⁸. Los ordenamientos también parecen coincidir en que si la parte perjudicada no ha sufrido pérdidas y la parte incumplidora obtiene una ganancia, no ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Posible carácter recepticio del incumplimiento contractual

Tanto en el Common Law¹⁵⁵⁹, como en los principios de derecho contractual europeo, la comunicación del incumplimiento no es una condición necesaria para reclamar una indemnización por los daños sufridos. La prestación se debe en cualquier caso, sin necesidad de que se reclame su cumplimiento, incluso cuando no se hubiera dispuesto el momento en el que deban cumplirse las obligaciones¹⁵⁶⁰.

A diferencia de los principios, las legislaciones de Derecho continental, exigen que el perjudicado comunique el hecho del incumplimiento. No obstante, los efectos de dicha comunicación varían según los casos.

Quebrantos más allá de lo estrictamente pecuniario.

En torno a esta cuestión, los ordenamientos se diferencian en el alcance de las reclamaciones por daños y perjuicios, así como los concretos daños a compensar.

En cuanto al “prejuicio moral, en Francia y Bélgica ha habido importantes avances en torno al mismo.

De otra parte, crecer en proporción geométrica las reacciones frente a los daños medioambientales, inclusive causados con motivo del desarrollo de fines societarios a través de la ejecución de obligaciones contractuales, así como las políticas preventivas

patrimoniales; y cuando el agente causante del daño ha obtenido un beneficio superior al montante o la cuantía de los efectivos daños que ocasiona a la víctima”, en la ponencia, “Daño, responsabilidad y resarcimiento”, cursos de verano de la UNED, Ceuta 2009.

¹⁵⁵⁸ En Escocia, pese a admitirse en general la indemnización por daños poco relevantes, en los casos concretos, sí se advierte la existencia del concepto pérdida, al menos en concepto de perjuicios o molestias (“inconvenience”). Así véase el caso Mac Bryde § 20-87.

¹⁵⁵⁹ Véase Treitel, Remedies §115.

¹⁵⁶⁰ En el CISG se sigue la misma norma en aquello que afecte al plazo de cumplimiento.

tendientes a evitarlos. Desde la perspectiva del daño civil internacional extracontractual asociado a un daño ambiental, resulta necesario recurrir a criterios que asisten en la determinación de los vínculos más estrechos que presenta el asunto con un Estado determinado. Tales vínculos o puntos de conexión, bien pueden ir referidos a los sujetos involucrados, el daño ocasionado, la acción causante del daño y la negligencia (según el modelo de responsabilidad ambiental que se trate). Para el legislador del Reglamento 44/2001 Bruselas I, sólo uno de los elementos de la relación extracontractual define el tribunal competente: el hecho dañoso¹⁵⁶¹.

Salvaguardia jurídica frente a las pérdidas futuras o eventuales

Todos los ordenamientos jurídicos, en general, permiten la indemnización de daños y perjuicios respecto de aquellas pérdidas —aunque tengan un cierto carácter especulativo—, que se produzcan tras la constatación y valoración de los daños, siempre que no se trate de pérdidas demasiado remotas¹⁵⁶². Tales pérdidas pueden derivarse de discapacidades personales, en cuyo caso se pueden recuperar como daños contractuales y también pueden articularse como pérdidas de beneficios¹⁵⁶³. En el Derecho austríaco, conforme a los §§ 1324, 1325 y 1331 ABGB, la posibilidad de recuperar pérdidas de beneficios futuros depende del grado de culpa: los beneficios perdidos sólo pueden recuperarse si el daño es imputable a una acción o comportamiento de la parte incumplidora de carácter intencional o de grave negligencia. En cambio, las personas que dependían de una persona que ha resultado muerta, pueden reclamar a quien causó la muerte una indemnización por falta de medios para vivir, con independencia del grado de culpa que éste último haya tenido respecto de dicha muerte.

Mecanismos de salvaguardia frente a la probabilidad de incumplimiento.

¹⁵⁶¹ Hay que tener en cuenta que el foro establecido por el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 de Bruselas I es especial, de tal suerte que ha desplazado a los demás elementos de la relación extracontractual. Para los casos de ilícitos ambientales y civiles, directamente asociados, para definir el daño, resulta decisiva la envergadura del resultado, definiendo así la carga de la intencionalidad y de la culpa.

¹⁵⁶² Véase el artículo 9:503 de los principios de derecho europeo de los contratos.

¹⁵⁶³ Véase el artículo 74 CISG y, además, el artículo 17 de la Directiva del Consejo de 18 de diciembre de 1986 (CE86/653), en lo que respecta a las comisiones futuras que puede reclamar un representante comercial cuyo contrato como representante se ha cancelado.

Varios ordenamientos europeos disponen de normas que permiten que una parte resuelva el contrato cuando está claro que la otra no cumplirá¹⁵⁶⁴. Además, muchos ordenamientos permiten que una parte suspenda su cumplimiento cuando exista un peligro real y manifiesto de que la otra parte no cumplirá su obligación en el momento de su cumplimiento, lo cual aplicado al contrato de sociedad supondría que en tanto un socio no hubiera hecho efectiva su aportación, quedaría en suspenso las aportaciones de los demás e incluso la prestación de su trabajo por parte del socio de industria.

La mayoría de las legislaciones se ocupan del caso en que la otra parte incumplidora resulta insolvente. Si bien, no se conoce ninguna otra disposición legal europea que establezca una norma general semejante al artículo 8:105¹⁵⁶⁵. La disposición más próxima es el artículo 71 CISG, que es más detallado y que permite que cualquiera de las partes “difiera” el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones. La primera de las partes deberá comunicar inmediatamente el hecho de la suspensión a la otra y deberá continuar o proceder al cumplimiento si la otra parte presta garantía suficiente de que cumplirá sus obligaciones. El artículo 71 CISG incluye, aunque no se limita a ellos, los supuestos de insolvencia. Las Sales of Goods Act de Finlandia y Suecia, § 61, son así (ABGB incumplimiento se produce por parte de un empleado en huelga, el contrato laboral se entiende en suspenso si se hubiera informado sobre la convocatoria de la huelga¹⁵⁶⁶).

El BW Neerlandés, art. 6:263 dispone que la parte obligada a cumplir primero tiene derecho a suspender su prestación si tras la conclusión del contrato tuviera noticia de determinadas circunstancias que le hubieran hecho temer con razón que la otra parte no cumpliría sus obligaciones correlativas. El contrato puede resolverse si se dan las condiciones del artículo 6:80.

Problemática de la insolvencia: Su impacto sobre la relación contractual.

Se ha de partir de un serio deterioro económico de la situación financiera de la otra parte contratante (ABGB austríaco t 1052.Segunda frase; BGB alemán § 321; CC griego, artículo 337; CC italiano artículo 1461; CC portugués artículo 78 (2); Ley danesa de

¹⁵⁶⁴ Ver el artículo 9:304.

¹⁵⁶⁵ No obstante, el § 2-609 UCC estadounidense presenta una equivalencia con el contenido del artículo 8:105.

quiebras § § 54 y 57; CC español, artículos 1129, 1467, 1502, 1503). La primera parte puede suspender la prestación en tal caso.

En general el derecho a suspender o a diferir la prestación persiste hasta que la otra parte haya dispuesto una garantía adecuada o haya cumplido su obligación: por ejemplo, § 1052 ABGB austríaco, segunda frase; Sale of Goods Act finlandesa y sueca, § 6 (4); § 321 BGB alemán; artículo 1467 (2) español. Si no se procura la garantía, el § 39 SGA danesa concede al vendedor el derecho a resolver el contrato llegado el momento de la entrega de las mercancías. En el derecho alemán, el hecho de no procurar la garantía se considera una violación (“positive Vertragverletzung”) que puede atribuir al acreedor el derecho a resolver el contrato (BGH 8 octubre 1990, BGHZ 112, 279, 287)¹⁵⁶⁷.

Conforme al artículo 1461 CC italiano, el acreedor puede diferir su prestación, pero no puede resolver el contrato. No obstante, conforme al artículo 1186 CC, si un deudor es insolvente el acreedor puede pedir que la prestación se cumpla de manera inmediata, y si no se hace así o si no se presta la garantía, el acreedor puede resolver el contrato.

En aquellas legislaciones en que el único motivo para suspender la prestación o para pedir una garantía, es la insolvencia, no cabe pedir garantías del cumplimiento en otras circunstancias. Así, en Escocia, se ha considerado que si una parte ha amenazado con la extinción del contrato a menos que se preste una garantía de cumplimiento, se puede considerar que la parte ha incumplido materialmente el contrato¹⁵⁶⁸.

48.- CONCLUSIÓN EVIDENTE: COEXISTENCIA DE UN DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO CON LOS NACIONALES

La aplicación de los Principios, o del Marco Comunitario de Referencia (MCR)¹⁵⁶⁹, o del instrumento opcional, en su caso, a las relaciones internacionales en el seno de Europa es

¹⁵⁶⁶ Becton Dickinson v. Lee [1973] I.R. 1.

¹⁵⁶⁷ De manera similar, ver en el derecho griego Michaelides-Nouaros en Erm.AK II/1 art. 377 n. 8, 11 (1949).

¹⁵⁶⁸ Gl. Group plc. V. Gupta Advertising Ltd 1987 S.C.L.R. 149.

¹⁵⁶⁹ Sobre el MCR, véase: VAQUER ALOY, «El Marco Común de Referencia», Bosch Capdevila (Dir.), Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Barcelona, 2009, pág. 262. LEIBLE, «¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», DÍAZ ROMERO y otros (Coord.), Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Madrid, 2008, pág. 232; SÁNCHEZ LORENZO, «Vías y límites...», pág. 392, y «La unificación del derecho

evidente¹⁵⁷⁰. Que hayan de regir las relaciones en las que se involucran elementos o conexiones de diferentes Estados europeos no admite duda. Por tanto, en el tráfico internacional los textos europeos sustituirían al Derecho internacional privado y, en consecuencia, al Derecho estatal aplicable por imperativo de éste. Quedarían excluidas las normas de conflicto y las normas sustantivas aplicables según aquéllas. Ahora bien, el desplazamiento de los Derechos nacionales se concibe hoy como una opción, aunque no siempre se ha descartado la sustitución de los ordenamientos estatales.

La doctrina también se ha mostrado partidaria de la aplicación de las normas de Derecho contractual europeo a las relaciones internas propias de cada Estado miembro. Así, Lando afirmaba que los PECL¹⁵⁷¹ pueden aplicarse igualmente a contratos puramente nacionales.¹⁵⁷²

Asimismo, para el Anteproyecto elaborado por la Academia de Pavía, Vattier aclara que esas normas se aplicarían tanto en el tráfico interno como en el transfronterizo y en el internacional.¹⁵⁷³

Cámara Lapuente opina igualmente, a favor de la aplicación de los Principios o del nuevo Código tanto a disputas transfronterizas como domésticas. Entre los argumentos que expone, destacan los siguientes: primero, la coexistencia de tres tipos de reglas tiene la complicación de delimitar y justificar sus áreas de aplicación, ya que subsistiría el derecho nacional para los contratos domésticos mientras que a los contratos con elemento extranjero se aplicaría o el Derecho internacional común o el Derecho internacional intracomunitario. Segundo, se perdería la oportunidad de mejorar y modernizar el Derecho privado con un estudio comparatista sin precedentes. Tercero, el mantenimiento de la dicotomía no parece del todo conciliable con la idea de un mercado interior en el

contractual...», pág. 97; ARROYO I AMAYUELAS, «La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario», DÍAZ ROMERO y otros (Coord.), Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Madrid, 2008, pág. 65.

¹⁵⁷⁰ La actual realidad político-constitucional, tanto en su vertiente nacional como en las estructuras de la Unión Europea es tributaria, en sus grandes conceptos y categorías, del modelo democrático que se conforma en la Atenas clásica y se consolida y perfecciona en la República Romana, así se pone de manifiesto por los profesores Manuel Jesús García Garrido y Federico Fernández de Buján en su obra: "Fundamentos clásicos de la democracia y de la Administración". Madrid, 2015.

¹⁵⁷¹ Principios de Derecho contractual europeo elaborados por la Comisión Lando.

¹⁵⁷² Véase, LANDO, en la «Introducción» a Principios de Derecho contractual europeo. Así lo indica también GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los principios Lando», pág. 161.

¹⁵⁷³ VATTIER-DE LA CUESTA-CABALLERO, Código europeo de contratos. pág. 19.

que se apliquen las mismas reglas con independencia del lugar de establecimiento de las empresas, al aplicar distintas reglas si las dos empresas están a un lado de la frontera o en dos lados distintos.¹⁵⁷⁴

Por su parte, Perales Viscasillas realiza un pormenorizado estudio de la jurisprudencia española, para demostrar la aplicación de los Principios europeos sobre Derecho de contratos y sobre la responsabilidad civil en diversas sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales. Si bien considera factible, y deseable, la aplicación de los Principios o del texto que derive del MCR en los litigios transfronterizos, juzga «probablemente difícil» que un juez nacional enjuiciando un litigio estrictamente nacional base enteramente su decisión en aquellos¹⁵⁷⁵. No obstante, afirma que los PECL se han utilizado por los tribunales españoles para decidir cuestiones sobre contratos tanto puramente domésticos o nacionales entre particulares, como comerciales internacionales. ¿Cómo se han utilizado? Según Perales Viscasillas, de las siguientes maneras: a) para apoyar la interpretación jurisprudencial de alguna institución jurídica no regulada, ni en el Código civil ni en el de comercio, pero sí amparada por la jurisprudencia; b) para confirmar principios o reglas generales contenidos en los Códigos, Civil o de Comercio, o en Leyes especiales; c) para confirmar o apoyar la evolución de la doctrina en torno a alguna institución jurídica; d) para integrar las lagunas del Código Civil.

Leible se pregunta si podría permitirse la elección del instrumento opcional basado en el MCR también para negocios puramente internos, a diferencia de lo previsto en el Reglamento de Roma I. A favor de esta solución aporta dos argumentos: primero, que sólo así se tendría suficientemente en cuenta la idea de la competencia entre ordenamientos; segundo, que sólo así se consiguen verdaderas ventajas, como la de un solo modelo de contrato, desapareciendo la necesidad de adecuar contratos puramente internos al Derecho nacional.¹⁵⁷⁶

Finalmente, y por lo que a las instituciones comunitarias se refiere, puede hablarse de una aceptación implícita de la aplicación de los principios a los contratos internos por parte de

¹⁵⁷⁴ PERALES VISCASILLAS, «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», Díaz Romero y otros (Coord.), Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Madrid, 2008, págs. 468, 473, 472 a 500.

¹⁵⁷⁵ LEIBLE, «¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? ...», pág. 241.

¹⁵⁷⁶ SCHULZE, «Estado actual de los debates sobre el Marco Común de Referencia», DÍAZ ROMERO y otros (Coord.), Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Madrid, 2008, pág. 407.

la Comisión. Así, en la Comunicación de 11 de julio de 2001 contemplaba como una de las opciones posibles la redacción de unas directrices o principios comunes, que podían ser útiles a jueces y árbitros para solucionar cuestiones no previstas en su Derecho nacional «referidas sobre todo a casos transfronterizos». Aplicación supletoria, por tanto, de los principios europeos por jueces y árbitros nacionales, para cubrir las lagunas del Derecho propio, «sobre todo» en relación con el tráfico internacional, pero sin excluir el interno de cada Estado miembro.

Pudiéndose aplicar, por consiguiente, los textos de Derecho europeo unificado tanto a contratos domésticos como a contratos transfronterizos, hay que averiguar cómo y cuándo.

Ya se ha visto que la Comisión, en la Comunicación de 11 de julio de 2001 planteaba como opción posible la de unos principios generales que sirvieran para integrar la falta de regulación de los Derechos estatales. «No obstante, la aplicación de estas directrices o principios comunes sólo podría tener carácter voluntario», añadía.

Otra de las opciones que presentaba la Comisión era la de un texto general y exhaustivo, esto es, un Código europeo de Derecho de contratos¹⁵⁷⁷. Para determinar su naturaleza vinculante o no, la Comisión también entendía que había tres posibilidades: a) modelo puramente opcional que habrían de elegir las partes, de modo que sólo se aplicaría el Código europeo cuando los contratantes acuerden que su contrato se rija por el mismo, coexistiendo, por tanto, la normativa europea con la nacional; b) normas de aplicación automática, salvo disposición contractual en sentido opuesto, lo que puede significar coexistencia con la normativa nacional o sustituirla; c) conjunto de normas cuya aplicación no se pueda excluir en el contrato, sustituyendo, por consiguiente, a la normativa nacional.

Expuestas así las diversas posibilidades por la Comisión, la realidad demuestra el triunfo de la opción a), tanto en el seno de la propia Comisión, como en las propuestas presentadas y en la doctrina, aunque no falte quien rechaza incluso que las partes de un

¹⁵⁷⁷ Véase: SÁNCHEZ LORENZO y MOYA ESCUDERO (Ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pág. 321; VATTIER, DE LA CUESTA y CABALLERO (Dir.), *Código europeo de contratos*. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, I, Madrid, 2003, pág. 17; PLAZA PENADÉS, «Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo», PALAO MORENO, PRATS ALBENTOSA y REYES LÓPEZ (Coord.), *Derecho Patrimonial Europeo*, Navarra, 2003, pág. 301.

contrato interno puedan elegir un texto europeo como derecho aplicable. Vayamos por partes, siguiendo el orden marcado.

En relación con el instrumento opcional que habría de redactarse con base en el marco común de referencia, la Comunicación de 15 de marzo de 2003 de la Comisión europea, sobre «Un Derecho contractual más coherente. Plan de acción», se detiene en los argumentos a favor de ese instrumento facultativo, a la vez que se inclina por su aplicación sólo cuando sea escogido por los contratantes en virtud de una cláusula de elección del Derecho aplicable. Dicho instrumento «ofrecería a las partes contratantes un conjunto modernizado de reglas particularmente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior». A los contratantes les bastaría con remitirse a dicho instrumento, que ofrecería una solución adecuada a ambas partes, la fuerte y la débil, sin tener que aplicar uno de los Derechos nacionales ni redactar el contrato al detalle, facilitándose las negociaciones. Estas normas, que podrían consagrarse en un reglamento o incluirse en una recomendación, «no sustituirían a los Derechos contractuales nacionales, sino que coexistirían con ellos». Este nuevo instrumento «podría aplicarse bien al conjunto de los contratos que afectan a las transacciones transfronterizas, bien solamente a los contratos que los Estados miembros decidieran someter a este instrumento con arreglo a una cláusula de elección del Derecho aplicable. Esta cláusula daría a las partes un máximo grado de libertad contractual. Sólo recurrirían al nuevo instrumento si éste respondiera mejor a sus necesidades económicas y jurídicas que el Derecho nacional aplicable al contrato con arreglo a los principios de Derecho internacional privado»¹⁵⁷⁸.

Conviene detenerse ahora en los llamados Principios Lando o PECL, en cuanto, aunque hayan quedado superados por el actual borrador de MCR y posible instrumento opcional, son tenidos en cuenta en los proyectos posteriores y contienen reglas generales sobre las posibilidades de su aplicación. En ellas queda plasmado el éxito de la opción favorable a

¹⁵⁷⁸ Opina don José Luis de los Mozos, en su artículo titulado: "El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos en la Academia de Pavía". LA LEY: "Es curioso que la tendencia dominante en el Derecho comparado tienda a todo lo contrario, por eso, para solucionar los problemas, hay que acudir al Derecho internacional privado, al Derecho uniforme, o al recurso a los principios, sin necesidad de tocar a las normas. Por lo demás, es notorio que los comparatistas se hallan influidos por los internacionalistas, acaso porque todavía tiene vigencia la influencia de Ernest RABEL. Sea por esto, sea por lo que fuere, o por aquello de que «en todas partes cuecen habas», he observado con estupor que algunos comparatistas no conocen bien los institutos que comparan. Entonces pienso que «no hay mal que por bien no venga» y que,

la aplicación de los Principios con base en el acuerdo de las partes. Por otra parte, las disposiciones generales de los Principios utilizan una fórmula semejante a la de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2004, si bien estos últimos disponen su aplicación a los contratos mercantiles «internacionales».

El párrafo segundo del art. 1101 dispone que los PECL serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos. Se trata, pues, de una opción de las partes con dos variantes: convenio de incorporación, mediante cláusula que los considera incorporados al contrato, y convenio de elección como Derecho aplicable. En relación con este último, entienden Díez-Picazo-Roca Trías-Morales Moreno que no hay razón para no permitir que las partes puedan elegir como Derecho aplicable normas que no tengan un origen estatal o supraestatal, como los PECL, siempre que respeten prescripciones de orden público¹⁵⁷⁹. De la misma opinión es Sánchez Lorenzo, para quien la elección por las partes de los PECL u otra reglamentación privada no vulnera el principio de legalidad que caracteriza a las Constituciones de los sistemas jurídicos continentales; hay que tener en cuenta, señala este autor, que en el ámbito contractual la autonomía de la voluntad tiene fuerza de ley y que la forma de hacer valer los intereses públicos no debe ser la negación de la autonomía conflictual, sino el recurso excepcional a las normas de orden público¹⁵⁸⁰. Y, como se señala en el comentario a los PECL, la opción por los Principios será válida y eficaz dependiendo de las normas relevantes del lugar del fuero (incluidas las normas para caso de conflicto). El necesario respeto a las normas imperativas está garantizado en el art. 1103, como se explica más abajo.

También podrán aplicarse los Principios, según el párrafo tercero del art. 1101, cuando las partes: a) hayan convenido que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o hayan utilizado expresiones semejantes; b) no hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato. En el subapartado a) se invita a las partes, a los tribunales o a los árbitros a considerar que tales cláusulas se refieren a los PECL, puesto que se formulan en ellos los principios generales de la

probablemente, ha sido mucho mejor que no se hayan creado cátedras de Derecho comparado en España, como más de una vez he llegado a proponer, cuando todavía tenía voz para ello”.

¹⁵⁷⁹ Véase, Díez Picazo, RocaTrías, Morales Moreno:” Los principios del Derecho Europeo de Contratos, Madrid, 2002, p. 143.

¹⁵⁸⁰ SÁNCHEZ LORENZO, «La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado», págs. 380 a 381

normativa de contratos. La misma invitación se hace en el subapartado b), teniendo en cuenta que, aunque los casos en que las partes no han optado se resuelven de acuerdo con las normas de conflicto, hay organismos judiciales internacionales y tribunales arbitrales que no tienen normas específicas para la solución de conflictos de leyes.

Por otro lado, a tenor del párrafo cuarto del art. 1101, los principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable. Por tanto, los PECL pueden servir como fuente para integrar una laguna.

Regla imprescindible es, por último, el art. 1103. Su primer párrafo establece que cuando el Derecho aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los Principios, excluyendo así la aplicación del Derecho imperativo nacional. Se establece, así, la misma regla que rige en Derecho internacional privado: la libertad de elección de la ley aplicable determina la imperatividad de las normas que lo sean en el Derecho elegido, quedando excluidas las normas imperativas del Derecho nacional. No obstante, añade el párrafo segundo, deberán respetarse las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato. Regla ésta de suavización de la del párrafo primero, que coincide con lo dispuesto en los Principios UNIDROIT, y que conduce a una distinción entre normas imperativas ordinarias y normas fuertemente imperativas.

Es posible, pues, la aplicación de los PECL: a) por vía supletoria, bien para integrar el Derecho estatal aplicable, y, por tanto, coexistiendo con éste, bien para integrar el contrato que no contiene cláusula sobre Derecho aplicable; b) directamente, en virtud del convenio de las partes contratantes, o gracias a determinada interpretación del mismo cuando hay remisión a principios generales, *lex mercatoria*, etc., salvándose en todo caso las normas imperativas del Derecho nacional que fuera aplicable.

Hay que señalar que importantes razones, alegadas por autorizadas voces, impiden el desplazamiento de los Derechos nacionales de los Estados miembros: el carácter excesivo y desmesurado de la medida¹⁵⁸¹. En relación con el art. 5. 3 TCE, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado, afirman que no sería excesiva la puesta en vigor de unas reglas comunes, tipo Principios, para el funcionamiento del mercado interior. Ahora bien, la acción comunitaria sería

¹⁵⁸¹ A ello se refieren Díez-Picazo, Roca y Morales en virtud de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en “los principios.., op. cit. P.148.

contraria al principio de proporcionalidad si lo que se pretendiera fuera sustituir los Derechos nacionales. Por otra parte, en materia de obligaciones y contratos sólo se justificaría la competencia de la Comunidad de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el art. 5.2 TCE, en virtud de cuál de los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Comunidad sólo podrá actuar si la acción de los Estados miembros resulta insuficiente¹⁵⁸²

A estas razones no ha estado ajena la Comisión, que, en su Comunicación de 11 de julio de 2001, disponía que toda medida debe respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, tal y como se establece en el art. 5 TCE. Respecto al principio de subsidiariedad, sirve de guía para determinar cómo se deben ejercer los poderes de la Comunidad; en cuanto concepto dinámico, permite, si las circunstancias lo requieren, ampliar la acción de la Comunidad dentro de sus competencias, pero también reducirla o interrumpirla, si deja de tener justificación. «Una acción a nivel comunitario debe producir beneficios claros respecto a las acciones a nivel nacional». En cuanto al principio de proporcionalidad, sigue la Comisión, «cuando existe la opción entre varias medidas apropiadas debe recurrirse a la menos onerosa, y los inconvenientes causados no pueden ser desproporcionados respecto al objetivo perseguido».

Llegando al punto final del proceso en la actualidad, el señalado triunfo de la opción de coexistencia con el Derecho nacional se refleja en las palabras de Leible. Consideraba que el instrumento opcional basado en el MCR no podría ni debería ponerse en el lugar de los Derechos civiles nacionales, sino que actuaría en competencia con ellos al elevar las posibilidades de actuar con seguridad jurídica en todo el ámbito comunitario. Entre las alternativas posibles, juzgaba más adecuada la del mero modelo facultativo, por el cual pueden optar las partes mediante una cláusula de elección del derecho aplicable. Esta solución asegura la libertad contractual, que también garantiza el Derecho comunitario, y se halla en consonancia con lo previsto en los Reglamentos Roma I y Roma II. No obstante, el recurso a estos reglamentos sería innecesario si en el instrumento opcional, revestido de la forma de Reglamento directamente aplicable, se incluyese una disposición sobre su ámbito de aplicación.¹⁵⁸³

El proyecto de MCR y los Principios Lando se concibieron en todo momento para sustituir a las normativas nacionales aplicables a los contratos puramente internos, a

¹⁵⁸² DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios...*, págs. 119.

¹⁵⁸³ Leible: "El del Derecho Privado europeo», *Diario LA LEY*, núm. 7085, 30 de diciembre de 2008.

diferencia de la Convención de Viena de 1980 y los Principios UNIDROIT, reducidos a los contratos internacionales. La eficiencia del sistema jurídico, añade el autor citado, aconseja la unificación de ambas reglamentaciones. Un sistema uniforme de Derecho contractual, independiente de las circunstancias espaciales, será de más fácil aplicación por el juez y reducirá los costes de transacción. «Pero —concluye— semejante unificación debería ser el fruto de una decisión unilateral de cada Estado. [...] la extensión de dicha reglamentación a las situaciones puramente internas no encuentra ninguna base legal, dado que las libertades de circulación que se pretende garantizar no afectan a las situaciones puramente internas. Tal es el caso, concretamente, de la libre circulación de personas, trabajadores y servicios. Si la reglamentación comunitaria de estas libertades económicas deja intactos los sistemas jurídicos nacionales cuando se trata de regular situaciones puramente internas, no se acaba de comprender muy bien cómo podría justificarse una armonización del Derecho contractual relativo a estas situaciones, cuando carecen de vínculo alguno con otro Estado miembro».¹⁵⁸⁴

Pues bien, parece plausible que el texto de Derecho europeo unificado se aplique tanto a contratos internos como internacionales cuando ha sido elegido por las partes en una cláusula contractual al efecto. Puede resultar extraño que las partes de un contrato doméstico se remitan a un texto internacional, con exclusión de su Derecho interno; pero no debe rechazarse esa posibilidad si se tiene en cuenta, como decía Sánchez Lorenzo en otro trabajo arriba citado, que la autonomía de la voluntad es la primera fuente en la regulación de los contratos y que los pactos son ley entre los contratantes. Lo que no parece tan acertado es que el Código europeo¹⁵⁸⁵, o el instrumento opcional, o como

¹⁵⁸⁴ SÁNCHEZ LORENZO, Derecho privado europeo, págs. 141 y ss., «¿Hacia un Código civil europeo?», págs. 383 a 393, y «La unificación del derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea», Bosch Capdevila (Dir.), Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Barcelona, 2009, págs. 85 a 89, 91 a 93, 98 a 114.

¹⁵⁸⁵ Debe decirse que poco realista erala propuesta de un Código civil europeo para un determinado sector doctrinal, tal y como atestiguan las obras siguientes de: Sánchez Lorenzo, Derecho privado europeo, Granada, 2002 págs. 279 a 292; «¿Hacia un Código civil europeo?», SÁNCHEZ LORENZO y MOYA ESCUDERO (Ed.), La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa, Madrid, 2003, pág. 399, y «Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: "soft law versus hard law" o "Comisión contra Parlamento"», DÍAZ ROMERO y otros (Coord.), Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Madrid, 2008, pág. 404. No lo ve tampoco «hacedero hoy por hoy», RUBIO GARRIDO, «Interrogantes y sombras sobre el Código europeo de Derecho privado y los juristas "europeístas"», RDP, 2005, págs. 25 y ss. (en particular, p. 48).

quiera que se dé en llamar al resultado del proceso armonizador, se aplique por vía supletoria a un contrato de ámbito nacional, sin ninguna conexión o elemento de extranjería. Maticemos: sí puede ser conveniente la utilización del texto europeo para colmar lagunas del Derecho nacional, para cubrir un vacío normativo estatal, o para apoyar las soluciones en éste previstas, como argumento obiter dicta. Mas no es adecuada su aplicación para suplir la ausencia de cláusula contractual sobre Derecho aplicable (como establecían los PECL), debiéndose entender que éste es, para las partes de un contrato doméstico, el Derecho nacional. Si se mira detenidamente, la coexistencia del Derecho europeo con el Derecho estatal se respeta cuando, teniendo en cuenta este último, son los contratantes quienes lo sustituyen por la normativa europea. Pero el Derecho nacional resulta desplazado cuando, sin pronunciamiento al respecto de las partes de un contrato interno, se dispone la aplicación del Derecho contractual europeo. Que, ante el defecto de pacto, resulten aplicables las reglas europeas sólo tiene sentido para los contratos internacionales en el seno de la UE. De modo que puede ser admisible la aplicación del Derecho europeo unificado a los contratos domésticos, pero sólo en un caso: cuando las partes lo elijan.

Queda, por último, otra posibilidad en la confrontación del Derecho europeo con los Derechos nacionales, que no es ni la coexistencia ni el desplazamiento de estos últimos, sino la incorporación de aquél a los Derechos estatales. Un ejemplo en este sentido viene suministrado por la reciente modernización del Derecho de obligaciones en Alemania. La reforma alemana del BGB ha tenido en cuenta no sólo el acervo comunitario o directivas, sino también los Principios Lando, junto con la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Propuesto el BGB como un ejemplo a seguir¹⁵⁸⁶, también se ha señalado, no obstante, el riesgo que implica la incorporación de un Derecho europeo que todavía se halla en fase de elaboración, lo que obligaría a sucesivas reformas de los Códigos nacionales. Y la aproximación al Derecho unificado ha de contar con las reticencias al cambio por parte de los legisladores estatales.

Y, para finalizar, ¿para qué serviría en España la adaptación del Derecho común al Derecho europeo, si a la vez las Comunidades Autónomas legislan en materias de Derecho patrimonial, siguiendo las directrices comunes o no? Soy consciente de que no

¹⁵⁸⁶ Véase al respecto, ALBIEZ DOHRMANN, «La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado».

aporto nada nuevo con este interrogante, pues ya han sido bastantes los autores que han puesto de manifiesto esta contradicción entre unificación a nivel europeo y disgregación a nivel nacional. Pero, sin ningún afán de presentar un problema nuevo, no puedo dejar pasar la oportunidad de insistir en que la solución de la cuestión pasa por dejar claro en nuestra Constitución que en materia de obligaciones y contratos, y en las de Derecho Patrimonial íntimamente relacionadas, sólo puede legislar el Estado. Los hechos demuestran que la reserva al Estado de la competencia exclusiva para regular las bases de las obligaciones contractuales, así como la regla general sobre atribución al Estado de la competencia en materia de legislación civil (art. 149.1.8.^a CE) no han sido suficientes.

CONCLUSIONES FINALES

En primer término, nuestros esfuerzos se han centrado en analizar el contexto socio económico dentro del cual se configura la *societas romana*; o mejor dicho, los diferentes tipos de la misma. El estudio del panorama societario, como modelo organizativo empresarial, irremediamente nos lleva a contemplar, una vez más, un derecho romano del comercio¹⁵⁸⁷ mediterráneo en expansión gracias a la multiplicación de las transacciones monetarias, al crecimiento de la artesanía en competencia con la manufactura a gran escala, y como consecuencia de ello, se generaron varias ramas en el derecho para el comercio, el transporte y los instrumentos financieros¹⁵⁸⁸, principalmente. Cuando hablamos de responsabilidad¹⁵⁸⁹ societaria, generalmente, no pensamos directamente en una idea autónoma sino que subyace una noción más profunda, referente a la existencia de un deber o una obligación recayente sobre los socios. La responsabilidad es el resultado del modo de actuar de cada socio frente a esa obligación,

¹⁵⁸⁷ Como hitos doctrinales de derecho romano comercial, véanse, Carnazza, G.: "Il diritto commerciale del Romani, Catania, 1891. Fadda: "Instituti commerciali del diritto romano", Nápoles 1903, Huvelin, P.: "Études d'histoire du droit comercial romain", París, 1929.

¹⁵⁸⁸ Wiacker, F: "A History of Private Law in Europe", Oxford, 2000, p. 8.

¹⁵⁸⁹ El término responsabilidad es uno de los más usados sin limitarse al mundo jurídico sino que es utilizado en ámbitos muy similares. En el Derecho Romano no existía siquiera la palabra responsabilidad, si bien los juriconsultos clásicos se hicieron eco de la misma en ámbitos diversos y especialmente en lo concerniente a las relaciones jurídicas nacidas a partir de un contrato de sociedad. "Responsabilidad", como tal vocablo no aparece en las lenguas europeas hasta el siglo XVIII. En el año 1737 aparece por primera vez en un diccionario castellano y 50 años más tarde en una obra inglesa. Once años después en una francesa.

ya sea interna inter socios, ya sea externa con repercusión frente a terceros, erga omnes. Si cada socio actúa dentro del marco del orden prescripto, no tiene otro deber adicional.

Para mi estudio no he dudado, en ocasiones en acudir a elementos metajurídicos que arrojaran luz sobre el alcance, la extensión de la responsabilidad y el porqué, la necesidad de lograr su efectividad: v.gr. me refiero al estudio de la influencia filosófica grecorromana, como presupuesto de configuración de la responsabilidad.

Siguiendo el esquema de Savigny¹⁵⁹⁰, distinguiendo los elementos estructurales, sujeto, objeto y causa; del contenido y efectos de cualquier institución jurídica, abordamos el estudio de la responsabilidad generada con ocasión de la existencia y funcionamiento de una sociedad. Consideramos tales elementos estructurales como presupuestos de la responsabilidad generada en el marco de la sociedad, dando relevancia al capital social, al impacto que pueda tener como parámetro determinante de la responsabilidad societaria, desde su triple perspectiva de organización interna societaria, de legitimación para el ejercicio de los derechos de socio y de eficacia.

He pretendido aportar un elemento de originalidad al señalar como la evolución del propio contrato de sociedad, es decir cómo la paulatina metamorfosis del contrato de sociedad contrato real a contrato consensual se halla en directa proporción tanto en el alcance de la responsabilidad, como en las garantías ofrecidas para lograr su efectividad.

La doble dimensión interna y externa que envuelve toda relación jurídica societaria, nos ha obligado a tratar de manera diferenciada, la responsabilidad inter socios, como tales miembros de la sociedad, la responsabilidad del socio investido del carácter de administrador, responsabilidad si a frente del establecimiento hay un esclavo o un liberto: ineludiblemente en estos casos recae sobre el dueño.

Desde un punto de vista objetivo, se analizan el contenido y alcance de la responsabilidad, sin descuidar las garantías intrínsecas al fenómeno societario en sí para su eficacia. Como proyección de todo lo anterior, se examina la cualificación de la responsabilidad, por virtud del dolo, de la culpa en sus diversos grados y la relevancia de la custodia, como elemento que matiza el alcance de la responsabilidad. Todo ello, con especial hincapié en la actio pro socio.

¹⁵⁹⁰ El esquema de estudio de las instituciones jurídicas seguido por Savigny aparece reflejado en obras tales como: "System des heutigen *römischen Rechts*, Berlin (1840-1849) y en su obra "De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia", (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), Heidelberg, 1814.

En cualquier caso, si se infringe la norma y no cumple con la obligación debida cualquiera de los socios, entonces, deben responder y soportar todas las consecuencias de su incumplimiento, que analizamos, no con el propósito de inducir una teoría general, sino forzosamente desde una perspectiva casuística. Atendiendo a hipótesis concretas y diversas, dentro de los diversos tipos de sociedades, haciendo especial hincapié en las *societates publicanorum*, tanto por su relevancia pragmática como por su tendencia a ser configurada como entidad propia, como amago de persona jurídica, al menos; y también en las *societates argentarii*, por la riqueza de funciones, por el papel que desempeñan en el contexto sociojurídico romano.

Por otra parte, y de manera concreta, en el examen de la responsabilidad en el seno de la *societas argentarii* en hipótesis de insolvencia, descubrimos con admiración, no exenta de sorpresa, cómo, al igual que en las leyes actuales sobre concurso e insolvencia, siempre se tiende a adoptar aquellas medidas que conduzcan a la conservación y continuación de la empresa en la medida en que ello sea compatible con la protección de los derechos de crédito de terceros y, por ende, la efectividad de la responsabilidad.

En el examen particular de la responsabilidad generada en la *societas publicanorum*, al referirme al impacto que las propias relaciones personas, que la repercusión del vínculo familiar dentro de la dimensión de la *negotiatio*, he intentado aportar un toque de originalidad.

Asimismo, se hace especial énfasis en la inclinación a la limitabilidad¹⁵⁹¹, inherente a la responsabilidad societaria, de la que por supuesto se hace eco la jurisprudencia clásica y se continúa desarrollando en el derecho postclásico.

En este contexto de garantías de la responsabilidad societaria y bajo una perspectiva histórica, se vislumbra a lo largo del desarrollo del sistema jurídico en su conjunto, de qué sutil manera la aplicación estricta y formal del derecho legislado, fue complementada jurisprudencialmente por un enfoque más flexible que pretendía superar el constreñimiento positivista¹⁵⁹², gracias al juego de la equidad, la cual, centrada en procurar la justicia del caso concreto, se afana en borrar los efectos derivados la vieja

¹⁵⁹¹ Sobre esta cuestión, véase: Lazo, P.: "Limitación de la responsabilidad. Bases romanas de un dogma iusprivatista". *Revista de Derecho (Valdivia)* 2012, XXV, 1.

¹⁵⁹² *Shermaier*, M. J., «Bona fides in Roman contract law», en *Good Faith in European Contracts* Cambridge, 2000. pág. 63.

contradicción recogida en la máxima ciceroniana *summum ius, summa iniuria*¹⁵⁹³. En algunos casos, los viejos conceptos fueron simplemente modificados por los nuevos, en otros, fueron completamente sustituidos en virtud de su superioridad intrínseca. Así surgió, como criterio orientador, no sólo de la disciplina contractual de la *societas*, sino de los demás contratos consensuales, la *bona fides* ínsita en los contratos celebrados en el contexto jurídico romano y parámetro determinante de la efectividad de la responsabilidad surgida ante el incumplimiento, con el fin de salvaguardar el sinalagma contractual¹⁵⁹⁴. En cuanto a la causa por la cual responder, Mazeaud y Tunc, consideran que en el derecho romano nunca se planteó tal requisito, y que “fueron tan sólo los jurisconsultos de fines de la República...los que por influencia de las ideas griegas dedujeron la concepción, que se hizo famosa de la culpa aquiliana....La palabra injuria se convirtió en sinónima de culpa”⁴⁸, y tampoco se distinguió entre responsabilidad contractual y extracontractual. Concluyen afirmando que “el derecho romano no logró nunca librarse por completo de las primeras ideas recibidas en materia de responsabilidad; conservó profundamente el vestigio de las mismas. La condena pronunciada contra el autor del daño a favor de la víctima conservó siempre el carácter de una composición, de un rescate, precio del perdón que extingue la venganza”.

Roma ofrece el primer ejemplo de cómo un sistema legal se renueva bajo las ideas de equidad y justicia. En Roma, al igual que en la Inglaterra de la Edad Media, se tomaron medidas para superar lo estricto del sistema jurídico. Estas medidas complementaron y corrigieron el *ius civile* para bien y supusieron la eventual introducción en los sistemas continentales de la exigencia de conducirse conforme a la buena fe.

Soy consciente de que en mi método de estudio he acudido a la par a un método inductivo y deductivo a la vez. Deductivo en tanto en cuanto a partir del estudio de textos de

¹⁵⁹³ En esta cita se ha visto el germen de la buena fe contractual contenida en: *De Officiis* 1.10.33.

¹⁵⁹⁴ Asimismo, como conceptos paralelos a la *bona fides* tenemos, el *Treu und Glauben* del Derecho, o la *equity* inglesa, ejemplos que demuestran cómo el mismo fenómeno puede ser provocado por distintas causas, y puede florecer bajo diferentes condiciones. El art. 242 del BGB recoge el principio del *Treu und Glauben* con el siguiente tenor literal: «El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico». El art. 157 se refiere asimismo a la doctrina de la buena fe, en el marco de la interpretación, al establecer que «los contratos se interpretarán como exige la buena fe, en atención a los usos del tráfico».

jurisconsultos he extraído conclusiones particulares, e inductivo en la medida en que se descubre su repercusión en el derecho histórico posterior y en el derecho actual.

En la segunda parte de nuestra tesis, examinamos, desde una perspectiva comparatista, la extensión o delimitación, según los ordenamientos jurídicos tras las codificaciones, de la responsabilidad como consecuencia de los daños originados por el incumplimiento o cumplimiento irregular de las obligaciones generadas con ocasión del desarrollo de cualquier relación contractual, incluida la societaria, siguiendo una línea de continuidad con los contenidos expuestos en la primera, dado que estamos frente a un problema que ha preocupado desde siempre a doctrinadores y legisladores, y hoy mantiene su vigencia, actualidad y complejidad. Los ordenamientos jurídicos han ideado diferentes mecanismos para dar respuesta a este problema. Quizás, el más famoso, pero no por ello menos controvertido, es el denominado sistema latino.

Este sistema es el resultado de una larga evolución histórica, que tiene su primer antecedente en una Constitución del emperador *Justiniano* y en algunos textos del Digesto. Sin embargo, es en el Derecho común, y en especial en las explicaciones dadas por autores como Dumoulin¹⁵⁹⁵, Domat¹⁵⁹⁶ y Pothier¹⁵⁹⁷, donde realmente nace y se

¹⁵⁹⁵ Su obra maestra de fue su comentario al texto de 1510 de las Costumbres de París. Sobre este jurisconsulto, escribe Chishom, H. en *Encyclopædia Britannica (11th ed.)*. Cambridge University Press, 1911: "It was as a jurist that Dumoulin gained his great reputation, being regarded by his contemporaries as the prince of juriconsults. His remarkable erudition and breadth of view had a considerable effect on the subsequent development of French law. He was a bitter enemy of feudalism which he attacked in his *De Feudis* (Paris, 1539) and the *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, a treatise on the law of surety. A collected edition of Dumolin's works was published in Paris in 1681 (5 vols.)".

¹⁵⁹⁶ Domat tuvo un objetivo: presentar al derecho francés como una unidad coherente e inteligible. Para él, todas las disfunciones proceden de "la incertidumbre de las normas", del "desorden de las leyes". Desea racionalizar el derecho francés, y para eso, sigue el movimiento de codificación de los principios generales comenzada con Charles Dumoulin (1500 - 1566). Luis XIV le concederá una pensión de 2.000 libras para que prosiga sus trabajos. Se reconoce a Domat como el jurisconsulto del antiguo Derecho francés, que fundado en el derecho romano, en las concepciones iusnaturalistas y del Derecho canónico y ahondando en las Costumbres francesas, logró formular reglas generales y abstractas en relación a la reparación del daño y quien inspiró directamente a los artículos 1382 y siguientes del Code. Así lo expresa Díez Piczo en su obra "El Derecho de Daños", Madrid, 1999, p.78. Sobre este autor, véase también, Matteuci, N: "Domat, un magistrato giansenista (Bolonia 1959); Maspétio, R.: "Jean Domat: un doctrine de la loi et du droit public, en Estudios jurídico-sociales. Homenaje al prof. Luis Legas Lacambra (Santiago de Compostela 1960); Sarzotti, C: "Jean Domat. Fondamento e método della scienza giuridica"(Torino, 1995).

desarrolla la elaboración doctrinal¹⁵⁹⁸ que, posteriormente, servirá de base e inspiración a los criterios de delimitación del daño establecidos en el *Code* y en los códigos¹⁵⁹⁹ que le siguen. De ahí la necesidad e importancia de su estudio histórico por parte de la doctrina adaptándose a la coyuntura socio cultural que le toque vivir. Serían siempre bienvenidos trabajos de investigación en torno a la delimitación del daño y alcance de la responsabilidad en época tardo romana y ulteriormente en Derecho Común.

El Derecho español consagra el sistema latino, como se desprende de la lectura del artículo 1107 que ya hemos analizado. Sin embargo, su adhesión es más bien en el espíritu que en la forma. Ello ha determinado que junto a los problemas interpretativos propios de la regulación francesa, se añadan los que provoca la particular redacción de la norma española. En todo caso, pese a las discrepancias sobre su sentido y alcance, parece

¹⁵⁹⁷ La inquietud jurídica de Pothier, que abarcaba tanto el Derecho Romano como el Canónico y el Consuetudinario, se polarizó muy pronto en este último campo como demuestra su *Coutume D'Orleans, avec des observations nouvelles* (Costumbres de Orleans con nuevas observaciones; 1740). Sin embargo la preocupación por insertar el Derecho dentro de unos esquemas racionalistas le lleva a publicar seguidamente *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae* (Pandectas de Justiniano dispuestas en un nuevo orden; 1748-52), con las que trataba de corregir la irracional disposición de los pasajes del Digesto. Esta tendencia a uniformizar y racionalizar, trasladada al Derecho Francés, supuso, en consecuencia, el intento de superar la antítesis entre el Derecho Escrito y el consuetudinario del Sur y Norte de Francia, e igualmente de conseguir unos principios fundamentales que fueran comunes al diverso y múltiple material jurídico francés.

Entre otras obras de Pothier, véase, “Du contrat de vente” (1762), “du contrat de bail”(1764), “du contrat de société” (1765).”des contrats de prêts de consommation (1766), “de contrat de dépôt e de mandat” (1766), “du contrat de nantissement” (1767).

¹⁵⁹⁸ Domat busca las reglas generales, los primeros principios:” Como no hay, pues, nada más necesario en las ciencias que poseer los primeros principios, y que cada una comienza por establecer los suyos, para obtener que la luz del día ponga a la vista su certeza, a fin de servir de fundamento a todo el detalle que de ellos debe depender, es importante considerar cuáles son las leyes, para conocer cuál es la naturaleza y la firmeza de las reglas de las que dependen; y se juzgará del carácter de certeza de estos principios por la doble impresión que deben producir en nuestro espíritu las verdades que Dios nos ha enseñado por la religión, y que nos hace sentir por nuestra razón”: “Tratado de las leyes” Cap. I. En Obras Completas” TI p. 2.

¹⁵⁹⁹ Vallet de Goitisoló, J.:”Metodología de la determinación del derecho” Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994p. 734:” La actitud de búsqueda de los principios refundiendo según un sistema racional la masa desordenada del derecho romano de la época, preparó la labor codificadora francesa”.

imponerse la idea que dicha expresión comprende a todo incumplidor no doloso que deba responder de los daños causados por el incumplimiento, sea o no culposos.

Son dos los criterios de delimitación del daño ideados por el sistema latino (*consecuencias necesarias* y *previsibilidad del daño*). Con ello, simplemente se sigue la misma orientación del *Code* que aplica ambas reglas al deudor no doloso, de cualquier índole. Las reglas sobre reparación del daño que consagra el Código francés tienen su origen en la larga evolución sobre la materia de daños operada desde el Digesto justiniano hasta la obra de Grocio (a la que considera “punto divisorio entre el pasado y el presente”).

Hemos podido comprobar en nuestro estudio que los criterios de extensión del perjuicio son de naturaleza jurídica y no fáctica. Lamentablemente, como hemos visto, hasta tiempos recientes, los autores y Tribunales españoles, salvo contadas excepciones, las consideraba meras cuestiones de hecho. Sin embargo, la recepción de la llamada teoría de la imputación objetiva, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, ha dado mayor claridad en la distinción entre aspectos fácticos y jurídicos. Ello ha permitido que se empiecen a considerar los criterios limitativos como cuestiones de derecho, y se abandone la falsa idea de estimarlos de mero hecho. Para el adecuado estudio de las reglas o principios delimitadores del perjuicio, es necesario recordar el aporte de la doctrina que distingue dos funciones en la causalidad. En primer lugar, permite imputar el hecho generador de responsabilidad, esto es, establece si el hecho dañoso puede o no ser atribuido a un determinado sujeto. Y en su segunda función, fija la extensión del perjuicio indemnizable. Aquí se trata de delimitar hasta dónde se extiende el resarcimiento, es decir, señala qué consecuencias dañosas pueden considerarse jurídicamente derivadas del incumplimiento contractual. Es en esta segunda función en que operan los criterios en estudio. En otras palabras, constatamos que la necesidad y previsibilidad son principios delimitadores de la causalidad en su segunda función. Con la expresión *consecuencias necesarias* se hace alusión, en realidad, a dos reglas delimitadoras diferentes, aunque complementarias: el deber de evitar o mitigar el daño, y la exigencia de la normalidad del perjuicio. El deber de mitigar o evitar el daño¹⁶⁰⁰ excluye la indemnización de los perjuicios materialmente causados por el incumplimiento, pero respecto de los cuales el acreedor pudo, con mediana diligencia, adoptar las medidas

¹⁶⁰⁰ Díez Picazo, op. cit. p.75

idóneas para evitarlos o aminorarlos. Como contrapartida, se debe reembolsar al acreedor los gastos razonables de dichas medidas, y ello, aun en los casos en que éstas no se hayan realizado. Sobre este deber de mitigación, ampliamente tratado en los ordenamientos de Common Law, estimo que se debe insistir más de cara al futuro en el Derecho español, no sólo por vía jurisprudencial, sino de derecho positivo.

La doctrina que dio nacimiento al sistema latino de extensión del perjuicio fue pensada y explicada básicamente en torno a casos de responsabilidad contractual, y su regulación legal, por regla general, ha sido establecida en la indemnización por incumplimientos contractuales. Sin embargo, siempre se ha estimado que el criterio de las consecuencias necesarias es también aplicable en materia extracontractual. Respecto a la previsibilidad, hemos llegado a la conclusión (no exenta de sorpresa) que salvo en España, se ha negado su aplicación en materia aquiliana. El criterio de la previsibilidad tiene un doble sentido o función, que puede ser identificado con las expresiones previstos (*ont été prévus*) y podido prever (*on a pu prévoir*), o en términos similares utilizados por la mayoría de los códigos civiles que adoptan el sistema latino de extensión del perjuicio. Se puede decir que con la regla de la previsibilidad, al igual que lo que sucede con las consecuencias necesarias, se alude a un doble criterio: el del daño previsto y el del daño previsible. El primer criterio de la previsibilidad¹⁶⁰¹ -*ont été prévus*- declara previstos, y por lo tanto indemnizables, todos los perjuicios sufridos por el acreedor de una sociedad debido a la imposibilidad de realizar el proyecto a que estaba destinada la prestación incumplida. Es decir, los daños a indemnizar son los que derivan del destino asignado a la prestación objeto de la obligación incumplida; siempre, eso sí, que el deudor hubiese conocido o debido conocer dicho destino. En el sistema legislativo italiano, el resarcimiento del daño contractual, a diferencia del daño aquiliano, está proporcionado a cuanto se podía prever en el momento del nacimiento de la obligación, siempre que tenga su origen en un incumplimiento culposo y no doloso. El art. 1225 del CC italiano¹⁶⁰², salvo ligeras

¹⁶⁰¹ En el Common Law, la jurisprudencia menos reciente hacía referencia a la previsibilidad de ambas partes. Sobre la importancia de la previsibilidad en las transacciones internacionales, véase, Bonelli en “*La vendita internazionale*”, Milán, 1981, p 255. n° 6.

¹⁶⁰² La responsabilidad circunscrita a los límites de lo previsible, y contemplada en el artículo 1228 del Código Civil de 1865, ha sido reintroducida en el artículo 1225 del CC italiano vigente una vez abandonada la redacción del artículo 19 del anteproyecto que, contrariamente, contemplaba el principio de resarcimiento global del daño.

enmiendas, nos remite, fundamentalmente, al art. 1150 del Código Napoleónico y al art. 1228 del Código Civil de 1865. A diferencia de otros sistemas que prevén el resarcimiento ilimitado y global del daño tanto en caso de incumplimiento culposo como doloso¹⁶⁰³ o, por el contrario, lo contemplan tan sólo en el límite de lo previsible incluso hipotizando la existencia de incumplimiento doloso¹⁶⁰⁴, el ordenamiento italiano determina un resarcimiento distinto según se trate de uno u otro caso¹⁶⁰⁵.

Luego, contrariamente a lo que estima la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el juicio de previsibilidad no persigue comprobar la noción, por parte del incumplidor, del o los daños que su incumplimiento causaría al acreedor. El objeto del juicio de previsibilidad es otro: determinar el conocimiento que el deudor tenía acerca del destino que se daría al bien o servicio contratado, en nuestro caso, con una sociedad.

El conocimiento del destino asignado a la prestación puede ser expreso o tácito. Será expreso cuando la convención lo indique en términos formales y explícitos, y será tácito cuando se deduzca de la naturaleza y contenido del contrato. En ambos casos, pero especialmente en el último, será necesario interpretar el contrato, entendiendo que la actividad hermenéutica comprende también la integración.

Se requiere además que el deudor (sea un socio o la sociedad en sí misma considerada) haya aceptado, expresa o tácitamente, el riesgo que conlleva el destino asignado a la prestación. Se considera que existe aceptación tácita cuando la finalidad de la prestación se indica en el contrato o pueda deducirse de él. Por lo mismo, el conocimiento de tal destino obtenido fuera del contrato no hace presumir la aceptación del riesgo por el deudor, y no transforma en previsto el daño.

¹⁶⁰³ Así lo establecen el artículo 249 del BGB alemán y los artículos 99 y 103 del Código de obligaciones suizo.

¹⁶⁰⁴ En este sentido se pronuncia el artículo 74 del Convenio de la Haya, de 1 de julio de 1964.

¹⁶⁰⁵ El mencionado artículo 19 del anteproyecto, derogado por la entrada en vigor del nuevo Código, contemplaba la “obligatoriedad de las acciones de reintegración en la situación patrimonial”, situación en la que la parte afectada se había encontrado diversamente.

Lo más arriba expresado puede resumirse en la siguiente idea: la previsión del daño es un problema de interpretación e integración del contrato¹⁶⁰⁶, evidente conclusión lógica que siempre ha de tenerse en cuenta.

Una vez fijados los daños generados con ocasión del desenvolvimiento de la actividad societaria, que sean indemnizables conforme a los criterios delimitadores del art. 1107, si las circunstancias lo permiten, procedería aplicar la facultad moderadora establecida en el artículo 1103 del Código Civil español¹⁶⁰⁷ en aras a apaliar cualquier posible desequilibrio de posiciones contractuales que pudiera generar el rigor positivista. De esta forma, el legislador español se separa de su símil francés, que al eliminar el art. 47 del proyecto del *Code*, manifestó su intención de no otorgar al juez facultad de moderación en la tasación de los perjuicios, y se acerca al sistema del Código suizo de las Obligaciones, donde expresamente se otorga al magistrado dicha atribución. Con una norma como el art. 1103, en el Derecho español carece de mayor trascendencia discutir si la previsibilidad encierra alguna facultad moderadora, como ha sucedido en la vecina Francia.

Sin perjuicio de la ponderación del sistema de responsabilidad latino; también es cierto que al hilo de nuestro estudio procuramos seguir una línea de desarrollo armonizando la visión del tema desde la perspectiva del Common Law y del Continental Law. Para tal

¹⁶⁰⁶ Dicha interpretación e integración, no entrañan más que la forma de concretar la buena fe en cada supuesto concreto. Cabe recordar, siguiendo de nuevo a *Díez- Picazo*, que existen fundamentalmente tres vías para concretar la buena fe. La primera de ellas, mediante su utilización como criterio interpretativo conforme al que debe entenderse el sentido y el significado de los contratos. La segunda, como criterio conforme al cual deben cumplirse los contratos, como los especiales deberes de conducta que deben acompañar a la ejecución de la prestación principal y que implican no solo el cumplimiento de la letra, sino también el espíritu. La tercera y última vía de concretización sería como criterio conforme al que debe adecuarse el acreedor de una relación contractual, operando aquí la buena fe como un límite al ejercicio de su derecho.

¹⁶⁰⁷ Este precepto es aplicable también a la culpa extracontractual (SS 19-7-96, 24-4-93 y otras), pero no al dolo (SS 20-12-93 y 15-7-91). La aplicación de este precepto se traduce en una moderación de la suma indemnizatoria valorando tanto la culpa del propio obligado o sujeto responsable como la conducta concurrente de otros sujetos (SS7-11-2000 y 14-1-98 con cita de otras muchas). No procede la moderación equitativa cuando el incumplimiento de la obligación sea total (6-5-2002). El deudor incumplidor no puede compensar los daños causados con las mejoras hechas por él en la cosa, sino retirar éstas si fuere posible (4-2-98).

fin, es preciso traer a colación el componente cultural del método comparado y recordar, que con el instrumental de la dogmática no se puede explicar por qué ciertas instituciones pueden ser llevadas con éxito de un Estado a otro, pero fracasan en un tercero¹⁶⁰⁸. En palabras del célebre comparatista alemán Peter Häberle: «los fenómenos de recepción de normas e instituciones jurídicas en un Estado distinto de aquel en que tuvieron su origen forman parte de procesos culturales generales, más amplios que el mero caso aislado de la recepción normativa»¹⁶⁰⁹. Como ejemplo ilustrativo de ello, extensible, asimismo, al ámbito del derecho societario, es preciso destacar que la posición del Derecho contractual inglés¹⁶¹⁰ con respecto del principio de la buena fe es mucho menos inequívoca de lo que pudiera parecer desde la perspectiva de los juristas continentales. Y por el contrario, el tratamiento que hacen los sistemas continentales del principio de la buena fe contractual es mucho menos uniforme de lo que pudiera parecerle de antemano a un jurista inglés¹⁶¹¹.

Asimismo, he decidido tratar los temas del derecho español vigente, concomitantes con la problemática de la salvaguardia de la responsabilidad societaria, abordando combinadamente el estudio de material de cuestiones tanto mercantiles y puramente civiles. El fin no ha sido fundir indiscriminadamente normas de uno u otro cariz, sino

¹⁶⁰⁸ Aymerich Ojea, I., «Introducción al derecho comparado», en AA.VV. (Altava Lavall, M.G. coord.) *Lecciones de Derecho Comparado*, Castellón de la Plana, 2003, pág. 31.

¹⁶⁰⁹ Häberle, P. «El Derecho comparado como cultura comparada» en Pérez Luño, A.E., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, 1996, pág. 159.

¹⁶¹⁰ Véase, para un mejor entendimiento del sistema, Goode, R., «International Restatements of Contract and English Contract Law», en *Uniform Law Review*, 1997-2, págs. 231- 238.

¹⁶¹¹ En cuanto a la visión paralela del Common y el Continental Law y la asimilación de los principios jurídicos desde la perspectiva de uno y otro ordenamiento, es interesante, ver el trabajo de Farsworth E. A., «a Common layer' view of his civilian colleagues » (La visión de un abogado del common sobre sus colegas civilistas), en AA.VV. (GrosswaldCurran, V., dir.) *Comparative Law: An Introduction*. Ed. Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2002. Pág. 99. En su artículo, reflexiona acerca de las divergencias que existen entre los abogados de la tradición del *common law* y los abogados de la tradición continental o romano-germánica. Relata su experiencia en negociaciones internacionales en las que se plantearon las posiciones enfrentadas de los representantes de ambas tradiciones en relación con la doctrina de la buena fe contractual. Así, los abogados de tradición romano-germánica consideraban que la buena fe era una noción imprescindible, mientras que los abogados del *common law*, en especial los ingleses, rechazaban la inclusión de tal concepto. Los abogados continentales concebían la buena fe como un principio de amplio alcance, y los abogados ingleses aludían precisamente a tal amplitud para negarse a incluirlo.

intentar mostrar cuestiones de actualidad en el panorama jurídico de nuestros días, tal y como se nos manifiestan en la praxis. Durante los últimos años, toda la problemática de adaptación de las nuevas formas de garantía, tales como la fianza solidaria y la asunción cumulativa de deudas, presentes básicamente en materia societaria, como repetidamente he podido comprobar, ha sido una preocupación constante en foros notariales. Teniendo en cuenta dicha experiencia, a la par doctrinal y pragmática, he aportado mi propio enfoque personal, y original, en lo que concierne al examen de las garantías tendentes a asegurar la responsabilidad societaria.

Por otra parte, Uno de los instrumentos de Unidroit que ha alcanzado una mayor repercusión jurídica en un nivel internacional es, sin duda, los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, cuya tercera versión se ha publicado en 2010. Los Principios Unidroit no constituyen un Tratado multilateral, sino que se trata de una serie de recomendaciones que los Estados pueden incorporar, o no, a sus ordenamientos. Este instrumento establece en su art. 1.7 «Las partes deben actuar con buena fe y lealtad comercial en el comercio internacional. Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.» No se trata de la única mención a la buena fe, puesto que ésta se halla recogida asimismo en otros preceptos a la largo de los Principios Unidroit¹⁶¹², ya sea en su aspecto positivo, en su versión negativa como «mala fe», o a modo de términos de significado prácticamente afín como «manifestamente injusto» o «estándares razonables de justa negociación»¹⁶¹³, con proyección en la formación contractual, en su modificación, en su cumplimiento y en la efectividad de la responsabilidad como medio de reestructurar el equilibrio entre las partes contratantes. Si bien la generalidad de la doctrina considera que todos ellos aspectos a los que se refieren los estándares señalados pueden englobarse en el principio de buena fe¹⁶¹⁴, no se encuentra, sin embargo, en el articulado, ninguna definición concreta de esta máxima. La doctrina anglosajona apunta en este sentido, nuevamente, el dilema que se produce al intentar traducir un concepto «moral» en un

¹⁶¹² Véase, Magnus, U. Comparison with UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Editorial Remarks.

¹⁶¹³ Véanse los artículos 3.5, 3.8, 3.10, 4.8, 5.2, 2.15 de los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales.

¹⁶¹⁴ Bonell, M. J., «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?» en Tulane Law Review vol. 69, nº 5, abril 1995, pág. 1138.

principio jurídico contractual. Las infinitas perspectivas de lo moral y lo justo, y por extensión, de la buena fe, conllevan de forma natural a la incertidumbre¹⁶¹⁵.

En nuestro estudio hemos partido del examen de dos grandes tradiciones jurídicas europeas. Sin perjuicio de la incuestionable modernidad y actualidad de estos sistemas, muchos de los conceptos de los que emanan, sobre los que asientan, son centenarios y, en ciertos aspectos, parsimoniosos o renuentes al cambio. Ello es así, no tanto en la aplicación práctica del derecho, sino más bien en la teorización y en la conceptualización. Asimismo, se ha atendido al Derecho estadounidense es paradigmático de un ordenamiento, que si bien no se fue creando *ex novo*, sí supo evolucionar por un camino propio, más libre de anclajes centenarios, pero sin olvidar en ningún caso el extraordinario espíritu pragmático de los anglosajones. Y, en ese devenir, el Derecho estadounidense encontró que la efectividad de la responsabilidad constituía una fórmula razonable y eficiente de delinear y encauzar las relaciones contractuales, sobre todo, en el derecho de sociedades.

En los sistemas de Derecho continental, el requisito de la buena fe templó la aplicación estricta de los principios contractuales y permitió graduar la responsabilidad emanada del incumplimiento moderadamente. En los países del *common law*, sin embargo, se apreció este enfoque como una quiebra de la seguridad jurídica y como una intromisión de abstractos componentes éticos. El *common law* encontró su remedio a la aplicación estricta de la ley del contrato a través de las máximas de la equidad (*equity*). En nuestra investigación hemos querido recalcar cómo la esencia del recurso a la equidad, tanto en Roma como en la actualidad sigue siendo la misma, punto sobre el cual hemos querido insistir, aportando nuestra propia visión original sobre la base de investigaciones previas a esta tesis.

Un análisis comparativo nos muestra que la ley, la jurisprudencia y la doctrina sugieren hoy que la balanza del *common law* se está inclinando gradualmente en aras de aproximarse al criterio civilista de Derecho Continental que define obligación que rige la conducta de las partes. Si esto finalmente ocurre, la buena fe se convertirá en un principio reconocido internacionalmente. Esta posición es coherente con la inclusión de

¹⁶¹⁵ Barnes, J., Good Faith Under the Unidroit. Principles of International Commercial Contracts: A Struggle for MeaningPaper. Presentado en la Universidad de Dundee.

obligaciones de buena fe en la *lex mercatoria*¹⁶¹⁶. Podríamos decir entonces que la buena fe contractual es aquel principio equitativo que sugería Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*. Se ha descubierto gratamente cómo la doctrina más reciente ha efectuado nuevas relecturas del impacto de la buena fe en el ámbito contractual

En cualquier caso, centrándonos en derecho societario español e incluso de otros países de Continental Law, hemos descubierto, a través de un análisis comparativo que la ley, la jurisprudencia y doctrina en Derecho español, y en derecho comparado, que ofrece la tendencia a acoger dentro de sus ordenamientos métodos de organización y funcionamiento de las compañías mercantiles, e incluso operaciones de ingeniería societaria, de cuño claramente anglosajón; elementos extraños a la idiosincrasia de los derechos continentales; pero no por eso impiden el acoplamiento de los principios civilistas de la responsabilidad de la propia sociedad por lo actuado por sus representantes, y asimismo, de los administradores, en su caso, y de los socios, materia sobre la cual siempre merecerá la pena insistir más.

En definitiva, recordando las palabras de Fritz Schulz en su obra “El Derecho Romano Clásico”, traducido por José Santa Cruz Teigeiro, volviendo la vista atrás hacia la *societas romana*, se evidencian sus caracteres liberales e individualistas, así como la aversión sentida por los romanos a toda forma de sociedad. Lo cual explica la preocupación permanente en el fuero interno de los jurisconsultos, incluso en época postclásica, de procurar la transparencia y la efectiva seguridad de la responsabilidad surgida con ocasión de la puesta en escena de una sociedad, con ocasión de un contexto complejo en el que se generan relaciones jurídicas entre tres o más sujetos. Aun cuando las formas contemporáneas de sociedades mercantiles (insisto, en muchos aspectos de inspiración anglosajona y americana), y aparentemente pueda resultar arcaico una directa y brusca comparación de éstas con la *societas romana*. No obstante, no debe desconocerse que, en relación con el actual derecho positivo, tanto propio del Derecho español, como de otros ordenamientos a nivel de Derecho comparado, constituye el Derecho romano un poderosísimo auxiliar interpretativo¹⁶¹⁷, ya que el Código no representa sino el punto

¹⁶¹⁶ Keily, T., «Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)» en *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, nº 1 (1999), págs. 15-40.

¹⁶¹⁷ Así destaca la continuidad del Derecho Romano en la actualidad Giani Santucci, en su obra: “Diritto romano e Diritti europei: continuità e discontinuità nelle figure giuridiche”, Il Mulino, 2010.

histórico final en la evolución de un principio jurídico y sólo puede llegarse a una posible comprensión del mismo analizando la raíz remota de donde proceda. Con razón escribía Chesterton: “Lo verdaderamente importante acerca de los países europeos no es que tengan restos romanos, es que son restos romanos. En realidad no se trata tanto de restos como de reliquias, pues siguen obrando milagros. Debajo de las semillas de nuestras cosechas y de las raíces de nuestros árboles se encuentran unos cimientos de los que los fragmentos de teja y ladrillo no son más que unos símbolos; y por debajo de los colores de nuestras flores silvestres están los colores de una calzada romana”.

BIBLIOGRAFÍA PARA CONSULTAR

Adrián Arnáiz, A. J., “El alcance extraterritorial de las normas nacionales sobre el secreto bancario y la libre prestación de servicios en el marco de la Unión Europea”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 23, Nº 95, (2004), pp. 157-184.

Albaladejo, “El negocio jurídico”, Barcelona, 1958, pp. 222- 225.

Albanese, B., “Agere, gerere e contrahere in D. 50,16,19”, *SDHI* 38 (1972), pp. 189 ss.

Albanese, B., “Studi sulla legge Aquilia”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo* 21 (1950), pp. 93 ss.; *Illecito (storia)*, EdD 20, 1970, pp. 62 ss [= *Scritti giuridici* 1, Palermo, 1991, pp. 791 ss].

Albanese, D. 13, 6, 19 e D. 19, 2, 41.”*Nel quadro dei problemi della custodia*”, *Studi Grosso* (Torino, 1968), p. 77 y ss.

Albanese:”La subsidiarietà dell’”*actio doli*”, en *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* 28(1961), p. 311-315. Guarino:”La subsidiarietà dell’ “*actio de dolo*”, en *Labeo* 8 (1962)p. 274 y ss.

Albiez Dohrmann, «La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado». *RDP*, nº 86, mes 3, 2002. p. 187-206.

Albiez Dohrmann, Klaus: “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma del BGB”, en *ADC*, t LV, 2002, p.1168.

Alpa:”*Diritto della responsabilità civile*, Roma, 2003, pp. 252 a 260.

Amelotti, M. y Migliardi Zingle, Livia “Una società di tras porto nella Grande Oasi” en *Studi di Storia Antica in memoria di L. De Regibus*, Génova 1969m pp. 167-176.

Andreau, J., “Modernité économique et statut des manieurs d’argent”, 1985 *MEFRA*, 97 p. 393-410.

Andreau, J., “Brèves remarques *sur les banques et le crédit au Ier s. av. J.-C.*”, *AHN* 28 (1982), p. 99 y ss.

Andreau, J., “Brèves remarques *sur les banques et le crédit au Ier s. av. J.-C.*”, *AHN* 28 (1982), p. 99 y ss. Henri, A. *Des argentarii en droit romain: du contrat de compt courant*

en droit français, París 1887. Trisciuglio, A. Actividad bancaria de las ciudades en la época clásica. Ridom, abril 2015

Andreau, J., « Pouvoirs publics et archives des banquiers professionnels, en La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées de la Rome Antique », Paris, 1994, pp. 1ss.

Andreau, Jean "L'impresa finanziaria romana", in Labeo, 42.2, 1996, pp. 267-274

Andreau: "Les affaires de Monsieur Jucundus", Roma 1974, p. 73 y ss.

Arangio- Ruiz en su obra "Fontes iuris Romani Anteiustiniani. Negotia". Vol II nº 157.

Arangio Ruiz, V. " Societas re contracta e communitio incidens". En Studi Riccobono, IV (1936), P. 35 y ss.

Arangio Ruiz, V., " Responsabilità contrattuale in Diritto romano". Nápoles, 1958, p.63.

Arangio- Ruiz, V., "Fontes iuris Romani Anteiustiniani. Negotia". Vol II nº 157.

Arangio- Ruiz-G. Pugliese Caratelli: "Tabulae Herculenses. IV, en "La Parola del Passato" 9, 1954, p.6.

Arangio-Ruiz, La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, 1949-1950.

Arangio-ruiz, V. et Guarino, A., *Breviarium iuris Romani*, Giuffrè, Milano, 1974.

Arangio-Ruiz, V.: "Instituciones de Derecho Romano" Ed. 1973 p.p. 389-390.

Arias Bonet, La societas publicanorum, en AHDE, XIX (1948-49).

Arias Bonet, Societas Publicanorum", en AHDE, 19, 1948-1949p. 283 y ss.

Arias Ramos, Los orígenes del contrato de sociedad: consortium y societas en RDP, 301 (1942).

Arno: "Il contratto de società" (Torino 1938)

Arroyo I Amayuelas, «La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario».

Aru, L: v. Constitutum debiti alieni et debiti proprio, NDI p. 997 a 999; Guizzi, F.: véase Constitutum debiti, NND1 p. 300.

Ashberner, W.: The Rodian Sea-Law. Oxford, 1909.

Aubert, J. J., Business Managers in ancient Rome: a social and

Aubert, J.J. "Workshop managers". Ed. Harris, 1991 p. 171-181.

Aubry, C. / Rau, C.: Cours de Droit Civil Français, tomo 4, París, 1902,.

Audibert, Mélanges Gérardin, p. 35.

Aymerich Ojea, I., «Introducción al derecho comparado», en AA.VV. (Altava Lavall, M.G. coord.) *Lecciones de Derecho Comparado*, Castellón de la Plana, 2003, pág. 31.

Azaustre Fernández, M. J., *El secreto bancario*, Barcelona, 2001.

Badian., "Publicans and sinners", Oxford, 1972.

Barbero, D.: Responsabilita aquiliana per lesione di rapporto personales, en Foro Pagano, 1951, III, pp157 a 168.

Barlow, Ch. T. *Bankers, money lenders and interes rates*. Chapel Hill, Univ. of North Carolina, Diss., 1978., pp. 264 ss.

Barnes, J., *Good Faith Under the Unidroit. Principles of International Commercial Contracts: A Struggle for Meaning* Paper. Presentado en la Universidad de Dundee.

Baudry-Lacantinerie, G. / Barde /L.: *Traite théorique et pratique de Droit Civil*, tomo XII, París 1906, p. 586.

Bekker, E., "Die Aktionen des römischen Privatrechts. Zweiter Band: Prätorisches, richterliches, kaiserliches Recht ". Berlin 1873 Die Aktionem, t. I.

Bekker, E.: *Recipere und permutare bei Cicerón*, ZSS 3 (1 882) pp. 1 ss.

Bercovitz: Rodríguez Cano "Manual de Derecho Civil". Obligaciones. Ed. Bercal, 3ª ed. 2011 p. 336.

Beretta, P., "Le formule in id quod interest", SDHI 3 (1937), p. 421.

Bernard Segarra, L., *La pluralidad hipotecaria, excepción al principio de prioridad en Derecho Romano y en el Derecho Civil español* (Madrid, Dykinson, 2011

Beseler, G.: *Beitrage zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1910, p. 260.

Betti: "Istituzioni di diritto romano" II.1 (Padova, 1962), p. 433.

Bianchini, "Studi sulla societas" (Milano, 1967)

Bilding, K., "Culpa, culpa lata und culpa levis", ZSS 39 (1918), p. 24.

Binding, *Culpa. Culpa lata y culpa levis*, en Z. S. St. (1918), t. 39 p. 1-35.

Biondi, B., "Le acciones noxales nel diritto romano classico", *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 10 (1926), p. 63.

Biondi, B., *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán, 1972, p. 72.

Blackstone, W: *Commentaries on the Law of England*, I. Chicago, London, 1979, p 455 y ss.

- Blanch Nougues, J.M., *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano*. Madrid, 1997, p. 178.
- Blanch Nougues, J.M., *Reflexiones sobre la sociedad leonina en Derecho romano*, SIHDA 2007
- Bobbe, L., *Due iscrizioni da Pozzuoli e Cuma*, in *Labeo* 13 (1967), 25 ss.
- Bobbe, L., *Le "leges Libitinariae" e gli appalti pubblici*, in *Labeo* 50 (2004), en concreto, p. 55 ss.
- Bona, *Studi sulla societa consensuale in diritto romano* (Milano, 1973).
- Bonell, M. J., «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?» en *Tulane Law Review* vol. 69, n° 5, abril 1995, pág. 1138.
- Bonelli, “La vendita internazionale”, Milán, 1981, p 255. n° 6.
- Bonfante en *Corso di Diritto Romano I* Milan: Giuffrè, 1963 p.463
- Bonfante, *Istituzioni di dir. Rom*, Torino, 1951, p. 483-484;
- Bonfante, *Scritti giuridici varii*, 3 (1921)402. Prigsheim, en *Z.S.St.* 42, p. 284.
- Albertario en *Archivio giuridico*. Modena (1923), 89, 256.
- Bouvier, E., *De la Solidarité active en droit romain: de la responsabilité pénale et civile des personnes morales en droit français*, Lyon, 1886.
- Bove, L., *Tabellae Eupliae. Testationes ex codice accepti et expensi*, en *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino*, vol. 4, Napoli, 1984, pp. 1.861 ss.
- Brasiello, U., *Atto illecito, pena e risarcimento del danno. Corso di diritto romano*, Milano, 1957, p. 53.
- Bricchi, *Amministratori ed actores. La responsabilità nei confronti dei terzi per l'attività negoziale Amministratori ed actores. La responsabilità nei confronti dei terzi per l'attività negoziale degli agenti municipali*, in *Gli Statuti Municipali* (a cura di L. Capogrossi Colognesi - E. Gabba), Pavia 2006, 354 ss.
- Brunetti, M.: “La problemática del dolo processuale nell’ esperienza romana I (Milano, 1973) p. 261 n.83
- Bruns, G.: *Das constitutum debiti*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (1 862) p. 85.
- Buckland W.A *Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge, 1963.p. 507.
- Buckland: “A manuel of Roman Private Law”, 1925 p. 513
- BURDESE *ED*13 s.v.«*Divisione*» (*diritto romano*)(Milano1964) p. 412;

Burdese, Alberto "Recenti prospettive in tema de contratti", in *Labeo*, 38.2, 1992, pp. 200-220;

Bürge, A., "Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses", *ZSS* 112 (1995), pp. 37 s.

Bürge, A.: *Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Banwesens*, *ZSS* 104 (1987), pp. 529 ss.

Burillo, J., "Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico", *SDHI* 26 (1960), pp. 208 ss.

Burillo, J., *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico en 26 S.D.H.I.* 1960 p. 190-281.

Burillo, J., *Recensión a Fernández Barreiro*, en *IVRA* 21 (1970), pp. 282 ss.

Burrows, A.: "Remedies for torts and breach of contract", 3.^a edición, 2004, Oxford University Press.

Busnelli, F. D.: *La lesione del crédito da parte di terzi*. Milán, 1964. p. 10-48.

Busnelli, D.: *Un clamoroso 'revirement' della Cassazione: dalla 'questione di Superga' al 'caso Meroni'*, *Foro Italiano*, 1 971, pp. 1286 al 1 296.

Calamandrei, P. en "El procedimiento monitorio", 1926, trad. De Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1953.

Calatayud Sierra: "La nueva regulación de la fiducia aragonesa y la empresa" " III, Congreso Zaragoza, 2005 p. 223.

Cámara Lapuente: "Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español" *RCDI*, 1999.

Cambridge Ancient History, vol. IX *The Last Age of the Roman Republic* 146-43 B.C.; 2^a ed. Editado por J. A. Crook, Andrew Linott y Elizabeth Rawson, 1994, p. 656-688.

Canestrini, N.: "Risarcimento dell danno patrimoniale e non patrimoniale. Il danno da morte" en *Studi legale Canestrini*, enero, 2014.

Cannata, C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, pp. 28 ss.

Cannata, C.A.: "Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico", Milán, 1969.

CARDILLI, R. (2004). Sopravvenienza e pericoli contrattuali. In autori vari. Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. (pp. 1-37).

Cardilli, R., "Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: l'esempio della responsabilità contrattuale", Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina 1 (1996), pp. 106 ss.

Cardilli, R., L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.- II sec. d. C.), Milano, 1995, pp. 433 ss.

Carnazza, G.: "Il diritto commerciale del Romani, Catania, 1891. Fadda: "Instituti commerciali del diritto romano", Nápoles 1903.

Carnelutti, F.: "Studi di diritto civile", Padova, 1916.

Carrasco, «Comentario al art. 1107», en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, cit., págs. 715 y ss.

Carrascosa González, «La labor de la UNCITRAL en la contratación internacional y su relación con otras experiencias de la codificación internacional», en España y la codificación internacional del Derecho internacional privado (III Jornadas de profesores de Derecho internacional privado, 13/14 diciembre 1991, El Escorial, Madrid, 1993, pp. 91-106.

Carrelli: "In tema di responsabilità per custodia in riguardo ad alcuni studi recenti", Rass. Bibliográfica (1931) 604 y ss;

Carvajal R., Patricio Ignacio: "Receptum argentarii. Notas sobre las garantías bancarias en el Derecho Romano y Justiniano". P. 128-129.

Casavola, Franco "Diritto romano e diritto europeo", in Labeo, 40.2, 1994, pp. 161-178

Castán Pérez-Gómez, Régimen jurídico de las concesiones administrativas en Derecho Romano, Madrid, 1996, p. 98 y ss.

Castresana, A.: Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho, Tecnos, 1991.

Catresana, A.: "Nuevas lecturas de la Responsabilidad Aquiliana", Salamanca, 2001 :"

Cecchini Rosell, X., El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CERAMI, P. – PETRUCCI, A., *Lezioni di diritto commerciale romano*, Turín 2002, p.193- 201

Cerdeira Bravo de Mansilla: “La extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria”. Aranzadi 2012, p. 115.

Cf. Kniep, op. cit., p. 243 y ss., p. 297 y ss.;

Cf. Lenel, Edictum, p. 611;

Cf. Mommsen, Eph. Épigr. I, p. 57, nº1330.

Chadwickvaldés, T., ”De la naturaleza jurídica del dolo” en RDJ, t. XXXV, 1938, primera parte, págs. 141 y ss.

Chastagnol, A.: “Une firme de commerce maritime entre l’île de Bretagne et le continent Gaulois à l’époque des Sévères”, ZPE, 43, 1982. P. 63-66.

Chiaro, Le contrat de société en Droit Romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques. París, 1928, p. 80.

Chishom, H. “Sobre las Costumbres de París”, en [Encyclopædia Britannica](#) (11th ed.). Cambridge University Press, 1911.

Cid de Luna, A.: “Schemes of Arangemets, salvavidas o papel mojado para las empresas”, artículo publicado en Expansión el 08.05.2013.

Cimma, M.R., Ricerche sulle società di publicani, Milano 1981, 156, p 217-219.

Ciulei, G., Les triptyques de Transylvanie (Études juridiques), Amsterdam 1983, pp. 61-65, “Notes sur le contrat concernant un societe”.

Clifford Chance: “Scheme of Arrangement: cómo reestructurar la deuda de una sociedad española al amparo del derecho inglés”. 2012. Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes del 2011 de los grandes despachos. Ed. La Jurídica 2012

Coarelli, F: Guida archeologica di Roma, Milano 1974, pp. 82 y ss.

Coing, H., Derecho privado europeo, traducido por Pérez Marín, Antonio en , t. II, España, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 574 y ss.

Coing:” Die clausula doli im klass Recht, Festschrift Schulz”, Weimar, 1951.

Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, II, 1991, sub art. 1902, pág. 1979

Company Reyna, Elena el artículo “Novedades sobre la responsabilidad de los administradores,” publicado en Expansión el 11 de marzo de 2015 de.

Conadari-Michler, S.: Zur frühvenezianischen Collegantia. München, 1937. p. 9.

Corbí, E.:”Historia del Derecho Romano”

Correia:”O dolo nos contratos de boa fé” Romanitas. Rev de cultura romana. I (1958).

Cossío, A.: El dolo en el Derecho civil, ed-. Comares 2005, págs 3 y ss. págs. 3 y ss..

Cossío, A.: La causalidad en la responsabilidad civil. Estudio en el Derecho Español. ADC, vol. 19, nº 3, 1966.

Courtney, Thomas B. (2002). The Law of Private Companies (2nd ed.). Bloomsbury Professional. 4.001

Cousins, J., Austin Mitchell, Prem Sikka (2004), "Race to the Bottom: the case of the accountancy firms", Association for Accountancy & Business Affairs. University of Essex, U.K.

Cracco Ruggini, Collegium e corpus: la politica economica nella legislazione e nella prassi, in Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.), Atti Incontro Firenze 2-4 maggio 1974, a cura di G.G. Archi, Milano 1976, 90 ss.

Cremades, I., El contrato literal, en Derecho romano de obligaciones: homenaje al prof. J. L. Murga, Madrid, 1994, pp. 519 ss.

Cuena Boy, F., Subsignatio y praediatura. Las garantías, especialmente reales, en los contratos con las administraciones públicas, in Seminarios Complutenses de derecho romano 20-21 (2007- 2008), 162.

Cuiacii: "Opera Parisiensem Fabrotianam editionem", tomo V, Prati 1861 c. 915 ad L. 82 pro Socio.

Cuq ,E: "Manuel des Institutions Juridiques des Romains", París 1928 p. 23,

Cuq Manuel de institutions juridiques des romains (1928) p. 253;

Cuq, en Daremberg-Saglio, voz, "Les Locationis"

D'Ors, Álvaro: "Réplicas panormitanas:ii. El 'contractus' según Labeón"; en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos; I, Valparaíso, 1976.

D'Ors.A: "D.Privado Romano", ed. Enusa, 1975.

De Angel Yágüez, R., «Notas sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo», en Estudios de Deusto, 1984, págs. 281 y ss.

De Angel Yágüez, R., «Indeterminación del causante de un daño extracontractual (sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980, y de Palma de Mallorca, de 24 de enero de 1981)», en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1983, págs. 23 y ss.

De Angel Yágüez, R., Tratado de responsabilidad civil, Madrid, 1993, pág. 864.

De Ángel Yagüez, R.: "La responsabilidad civil", Deusto, 1988, 253 y ss.

De Castro, «La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», Anuario de Derecho Civil, 1949, pág. 1409

De Castro: "Derecho Civil de España" 2ªed., tomo I, p. 29.

De Castro: "El Negocio Jurídico", Madrid, 1985, p. 329-457.

De Castro-Camero, Rosario: Estipulaciones edictales en el Derecho Romano. Universidad de Sevilla. Servicios de Publicaciones. 2009.

De Cupis, A.: "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", traducción de la 2.ª edición italiana y estudio preliminar por A. Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1975, pág. 310.

De Domicis: "La clausola edittale salvum fore recipere esclude in età classica la responsabilità per custodia nel nauta nel caso di forza maggiore? Studi vari di storia del diritto romano (1950), p.51 y ss.

De La Oliva Santos, Andrés: Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, 2005, págs. 51-72.

de Ligt y De Neeve, P. 1988. Ancient periodic markets, festivals and fairs. Athenaeum. 66_391-416.

De Ligt: "Fairs and markets in the Roman Empire: Economic and Social aspects of periodic trade in a pre-industrial society": Amsterdam, 1993 .

De Los Mozos, J.L., «El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», La unificación jurídica europea, Civitas, Madrid, 1999, págs. 253-265;

De Los Mozos, J.L., «El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», La Ley, núm. 5629, 9 octubre 2002.

De Los Mozos, J.L., en su artículo titulado: "El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos en la Academia de Pavía". La Ley.

De Martino, Francesco "La storia dei pubblicani e gli scritti dei giuristi", in Labeo, 39.1, 1993, pp. 5-41

De Medio, A., "Studi sulla culpa lata in diritto romano", BIDR 17 (1905), pp. 5 ss.

De Robertis, "Exactissima diligentia", SDHI 1957, pp 122 y ss

De Robertis, "Responsabilità contrattual nel diritto romano dalle origine a tutta l'età postclassica. (Bari 1994).

De Sarlo: "Il documento oggetto di rapporti giuridici", Padua, 1936, p.315 y ss.

De Visscher F. Histoire du droit antique. In: Revue belge de philologie et d'histoire. Tome 11 fasc. 1-2, 1932. pp. 471-479

Del Chiaro: "Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps de juriconsultes classiques (Paris, 1928), p. 171 y ss;

Delgado, J. y Parrá Lucán, A: " Tratado de Nulidad de los contratos", Zaragoza, 2003.

Dell Aguila, E.: " Introducción al estudio del Derecho inglés, Valladolid, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992. En especial p. 57y ss donde trata la evolución del Common Law.

Demogue, R: "Traité des obligations en général" II. t. VI-VII. Effets des obligations, Paris, 1872.

Derecho Público Romano. Fernández de Buján • Diccionario de Derecho Romano.

Faustino Gutierrez-Alviz y Armario catedrático de la Universidad de Sevilla. ED. Reus, S.A. 2ª Edición • Mancus redemptor publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma. Antonio Mateo. Ed: Universidad de Cantabria. • Digesto de Justiniano. Tomos I–III. Versión Castellana por: Alvaro D'Ors, F. Hernández–Tejero, P. Fuenteseca, M. García–Garrido y J. Burillo. Ed. Aranzadi(1968) • Webs de internet: • www.artehistoria.com ♦ www.rjuca.com ♦ www.portalplaneta.com.ar Guarino, A.: "L'editto edilizio e il diritto onorario", en *Labeo* I 1955, p. 352 y ss.

Derecho UNED, Nº 4, 2009, p. 330.

Des obligations naturelles en droit romain, IIe partie, § 5 (p. 508, nº 1).

Di Lella, *Formulae ficticiae*. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto (Nápoles 1984) p.49 y ss.

Di Pietro, A.; Lapieza Elli, A. E., *Manual de Derecho Romano*, Depalma, Bs. As., 1992, pág. 299.

Di Porto, A A. *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*. II sec. a. C II sec. d. C., Milán 1984, p. 67.

Di Porto, A: "Impresa colectiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec.a.C-II sec. D.C.) (1984).

Di Prieto, A.: "Derecho Privado Romano", Buenos Aires, 1999,

Díaz Bautista, A., *Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Classica, 2006 .

Díaz Bautista, A: "Les garanties bancaires dans la législation de Justinien" (*RIDA*) 30, 1983, p. 81 y ss.

- Dictionnaire de Antiquités, Daremberg y Saglio, t. IV, p. 137-138, vº obligatio.
- Dietzel, G.: Die Commanditen-Gesellschaft und die “actio tributori”. ZHR 2 (1859).p.2 y ss.
- Díez García, H.: “Recargas hipotecarias e hipotecas recargables”, ed Reus, 2012, p. 56 58.
- Díez Picazo en su obra “El Derecho de Daños”, Madrid, 1999, p.78.
- Díez Picazo, RocaTrías, Morales Moreno:” Los principios del Derecho Europeo de Contratos, Madrid, 2002, p. 143.
- Díez-Picazo, L.”Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” (Introducción a la Teoría del contrato) 5ª ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 424.
- Díez-Picazo,L. y Gullón, A.: Sistema de Derecho Civil” vol II 6ª ed, 1992, p. 91 y ss.
- Domat, “Tratado de las leyes” Cap. I. TI p. 2. En Oeuvres completes de J. Domat”, nueva edición por J. Remy, Alex Gobelet, París, 1835”.
- Dragot:”Le pacte de préférence”, París, 1988, p. 282, 283.
- Du Plessis: New Frontiers: Law and Society in the Roman World, Edimburg 2013, pp.151-174.
- Duelos, J. : L'opposabilité (Essai d'une theorie generales), París, 1984, pp. 46-47.
- Duff, P.W.: Personality in Roman Private Law, Cambridge, 1938, p. 159 y ss.
- Durán Rivacoba, “La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio”, Pamplona, 1998 pp. 135-136, nota 31 y 169.
- Easterbrook and Fischel: “Limited liability and corporation” Univ. Chicago.Last Review. 1985
- economic study of institores. Leiden-New York-Köln 1994
- El Espíritu del Derecho Romano, § 33, nota 153.
- Embido Irujo, J. M., Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: el llamado “servicio de caja”. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad, en AA. VV., Contratos bancarios (coord. por R. Bonardell Lenzano; Dir. R. García Villaverde), Madrid, 1992, pp. 91-114.
- Endres, S.: “El acuerdo de refinanciación y el scheme inglés”. Artículo de opinión publicado en “Legal Today” el 8 de julio de 2011.
- Engel:”Traité des obligations en Droit Suisse”, Bern, 1997, p.341.

Ennecerus, Ludwig: Derecho de Obligaciones.-Decimoquinta revisión, por Heinrich Lehmann. Traducción española, con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición, con estudios de comparación y adaptación de José Ferrandis Vilella. Volumen segundo. Doctrina especial. Primera y segunda partes. Dos tomos de XII y 1.260 páginas. Bosch, Barcelona, 1966.

Erami: Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero, in AUPA. 52 (2007-2008), 111 s.

Esser, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, en Arch. civ. Praxis, 1943, pág. 121 y ss.

Etienne, Robert- La vida cotidiana en Pompeya; ed. Alarcón; Madrid, 1996p. 187 y ss.

Farsworth E. A., « a Common lawyer's view of his civilian colleagues », en AA.VV. (GrosswaldCurran, V., dir.) Comparative Law: An Introduction. Ed. Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2002. Pág. 99.

Fasolino, F.: Sulle tecniche negoziali bancarie: Il "receptum argentarii", Labeo 46 (2000) 2, p. 189.

Favre, Rationalia in Pandectas, I. 63, XII.2 (Ginebra 1626), 5, p. 184

Fedele, A.: Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito, Milán, 1954.

Fercia, R., Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della responsabilità nelle azioni penali 'in factum contra nautas, caupones et stabularios', Torino, 2002, pp. 10 ss.

Fernández Barreiro, A., La previa información del adversario en el proceso privado romano, Pamplona, 1969, pp. 155 ss.

Fernández Costales, «Las sociedades de médicos», en Moreno Quesada, Albiez Dohrmann y Pérez-Serrabona, El ejercicio en grupo..., pág. 376.

Fernández de Buján Fernández, F.: "Principi generale de'Il diritto e regole FIS"RGDR n° 19, 2012.

Fernandez de Buján, A. " De de los arbitria bonae fidei pretoriosa los iudicia bonae fidei civiles", véase 3.- De la fides primitiva como fundamento de los pactos a la bona fides como regla de conducta y medida de responsabilidad en los negocios iuris Gentium:"

Fernández de Buján, A. Derecho privado romano (5ª edición, Madrid, 2012), p. 516 y ss.

Fernández de Buján, F.: "Sistema Contractual Romano". 3 ed. Dykinson, 2007.

Fernández de la Gárgara, L.: "El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas", p. 9 en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, tomo II (Sociedades Mercantiles).

Fernández Hierro: Responsabilidad civil médico sanitaria. Pamplona, 1984, pág. 188.

Ferrara, La simulación de los negocios jurídicos, Madrid, 1926, pp. 83 ss.

Ferri, «La società di professionisti», en Rivista di Diritto Commerciale, 1972, I, pág. 232.

Ferri, G.B. "Il Code européen des contrats", Europa e diritto privato, 2002, págs. 345-358.

Ferrini, C., Manuale di Pandette, Milano, 1908, p. 57.

FIRA I, 502,102, lín16,41,46,55

FIRA I,272,39.

Fischer, Y., Los daños civiles y su reparación. Madrid, 1928, p. 172 y ss.

Fleckner. Andreas: "Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft", Cologne/Weimar/Vienna: Boehlau (2010), XVII 779 p. (vol. LV of the Forschungen zum Römischen Recht, an ongoing publication series on Roman law first established in 1943).

Fournet J.L: Les archives de Dioscore d'Aphrodité cent ans après leur découverte. Actes du Colloque du Strasbourg (8-11 décembre 2008), publicadas por Paris de Bocard 2008, p. XXXII.

franciosi Gennaro; ancora sul "consortium" (laura gutierrez-masson, del "consortium" a la "societas" . 1. "consortium ercto non cito"), in Labeo, 37, 1991, pp.269-272;

Frayn, J.M.: "Markets and fairs in Roman Italy", 1993, Oxford, Clarendon Press.

Freshfields Bruckhaus, D.: "Aumento de capital mixto y condicionado en el contexto de la reestructuración del endeudamiento financiero de Metrovacesa".

Frezza, P.: "Actio communi dividendo" en Scritti (2000) p. 137.

Frezza, P.: Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, 1, Le garanzie personal!, Casa Editrice Dott. Antonio Müani, Padova, 1962, p. 275

Frezza, P.: "Curso de Storia del Diritto Romano". Roma, 1968

Fuenteseca, P. Derecho Privado, 1978, p. 219.

Galgano, F., Trattato di diritto civile² II. Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti, Padova 2010, 440.

Gallo, P., "L'elemento oggettivo del tort of negligence. Indagine sui limiti della responsabilità delittuale per negligence nei paesi di common law", Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1988, pág. 29.

Galoppini, A., La responsabilità per fatto dei dipendenti: formazione ed evoluzione della fattispecie, en 'Scintillae Iuris'. Studi in memoria di G. Gorla, 3, Milano, 1994, pp. 2.147 ss.

Gandolfi, G., «Pour un Code européen des contrats», Revue trimestrielle de droit civil, 1992, págs. 702-736 ídem, «Per la redazione di un codice europeo dei contratti», Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1995, págs. 1073-1093.

Gandolfi, G.: "Damnum Commune", en Studi in onore di Volterra III (Milano, 1971), p. 541 y ss,

Gandolfi, G.: "Damnum commune", en: Studi in onore di Edoardo Volterra, vol.III (1971), pp. 157y ss.;

García Garrido, Diccionario de jurisprudencia romana. Sánchez Hidalgo, a., Filosofía y método del derecho en Juan Berchmans Vallet de Goitisoló, Fundación Matritense del Notariado.. p. 156. Fernández de Buján, F., "Historia de la abogacía española": Vol I aranzadi, 2015.

García Garrido, M., "Societas Argentarii", en Studi in onore di Biscardi.

García Garrido, M.: Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones; Ed. Dykinson; Madrid, 2000. § 197, 76.

García Garrido, M.J. y Fernández de Buján, F. : "Fundamentos clásicos de la democracia y de la Administración". Madrid, 2015

García Garrido: "Derecho Privado": "Casos y decisiones jurisprudenciales", Madrid, 1985, p. 228.

García-Cruces. A., «La responsabilidad concursal», en AA. VV., La responsabilidad de los administradores, dir. A. Rojo Beltrán Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 974.

Garrido Melero: "La regulación de los fideicomisos en el Código Civil catalán" III Congreso, p. 463 y ss.

Garrigues, “Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil”, Madrid, 1976, pp. 36-40.

Garrigues, J./Uría, R., Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pág. 140 y ss.

Gatt, L. «Sistema normativo e soluzioni innovative del Code Européen des contrats», Europa e diritto privato, 2002, p. 359-379.

Gessel, Praedes, praedia, cognitores. Les sûretés réelles et personnelles de l’adjudicataire du contrat public en droit romain (textes et réflexions), in *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, Geneve 2003, 116;

Ginossar, Shalev: “Pour une meilleure définition de droit réel et de droit personell” en *RTDCiv*, 1962. Véase también, del mismo autor: “Droit réel, propriété et créance, élaboration d’un système rationnelle de droit patrimoniaux”, R.Pichon, R. Duran-Auzias. Paris, 1960. N° 22 y ss

Giomaro, A. M., *Actio in factum adversus argentarios*, en *Studi Urbinati*, 45, (1976-77), pp. 96 s.

Giorgianni: “Diritti reali (diritto civile), Torino, N.sso Dig. It., V, 1960, p. 753.

Girard Manuel “Élémentaire de Droit Romain” (8) p. 611;

Girard, FP: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, réédition préparée par Jean Philippe Lévy, 2003 . p. 205.

Girard, en *Histoire de l'organisation judiciaire des romains* (Paris 1901) p.204 y ss,

Girard, *Textes* (6), p. 32 y ss. Cap. 67, de pecunia a praedibus exigenda.

Girard, *Textes*, p. 862 (ed.1937);

Girón Tena, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, pág. 378 y ss.

Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*; J.Jacob, Erlagen (1813), 5, p. 429. N°53.

Gmür, R.: *Die emder Handelscompagnien des 17. Und 18. Jahrhunderts*. Festschrift für Harry Westermann. Karlsruhe, 1974.p y ss.

Gofa, D. “ Quelques observations sur un papyrus contenant un contrat de société (PUG II appendice I) en *Studi in onore A. Biscardi II*, Milano 1982, pp. 499-520.

González Pacanowska, «Los principios Lando», pág. 161, Díaz Romero y otros (Coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Madrid, 2008, pág. 407.

Goode, R., «International Restatements of Contract and English Contract Law», en *Uniform Law Review*, 1997-2, págs. 231- 238.

Goterman van Oven: "Le papyr de Styrasbourg 248 et la locatio conductio rei suae" TI 26 (1958).

Goutal, J.L.: "Essai sur le principe de effet relatif du contrat". París, 1981.

Grassetti, «Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», RDCO, 1936, I, p. 364.

Gregori, G. L. Nomina transcripticia e praedia subsignata: debiti, ipoteche e finanze locali a Trebvlva Suffenativm, in Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in Occidente ed in Oriente. Actes de la Xe Rencontre franco-italienne sur l'epigraphie du monde romain, Rome, 27-29 mai 1996, Rome 1999, 36 nt. 36.

GUARINO, A., *Storia del diritto romano*, Editore Jovene, Napoli, 1981

Guarino, La societa in diritto romano (Napoli, 1988). Guarino: Studi sulla società consensuale in diritto romano (1973).

Guarino, Societas consensu contracta (1972), Bona in Studi Grosso I (1968) p. 383, en SDHI 1967 p. 383, en SDHI. 1967 p. 366

Guilarte Zapatero en los comentarios al código civil.

Guillén Ferre, M. J., El secreto bancario y sus límites legales (límites de derecho público), Valencia, 1996.

Häberle, P. «El Derecho comparado como cultura comparada» en Perez Luño, A.E., Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio, Madrid, 1996, pág. 159.

Halgan, Essai sur l'Administration des provinces senatoriales sous l'Empire Romain. París, 1988, p. 328 y ss.

Hamza, G., "Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano", Index 9 (1980), pp. 206 s.

Hamza, G., en su libro: "Iura antiqua ac iura moderna methodo comparativa investigata, I-II. Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2011, 337

Händen privater Unternehmer, Koln - Weimar - Wien 2002, 90.

Hansmann, H.-Kraakman, R., «The Essential Role of Organizational Law», Harvard Law School, J.M.Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper Num. 284.

Harrauer, H., Paläographie, Textband, pp 368-369, nº 178

Harris, E. M. Notes on the new grain-tax law 1999. *ZPE* 128: 269-72.

Harris, E.M.: "Le rôle de l'épikēia dans le tribunaux athéniens". *Revue historique de droit français et étranger*, 2004. 82: 1-13.

Hasmann, H., Kraakman, R., Squire, R.: "Legal entities, asset partitioning and the evolution of organizations" *Yale Law School*, 2002, p. 3 y ss.

Hausmaninger, H. "Diligentia quam in suis" en: *Festschrift für Max Kaser* (1976), pp. 271 y ss.

Heim, J./ Baudraz, H., «La révision du règlement SIA 102», in *JdT* 1984, I pág. 131.

Heimbach I, p. 751.

Heimbach: "Die Lehre von der Frucht Rechten (Leipzig, Köhler, 1843),

Henri, A. *Des argentarii en droit romain: du contrat de compt courant en droit français*, París 1887.

Hernando Lera, J.: "El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica" (Madrid, 1994), p. 107 y ss.

Hinard, F., Dumont, J.Ch. (edd.) *Libitina. Pompes funèbres et supplices en Campanie à l'époque d'Auguste. Édition, traduction et commentaire de la Lex Libitinae Puteolana* Paris 2003 non vidi)

Hinojosa: *La fraternidad artificial en España*, t. I de sus Obras, Madrid, 1948, p.257

Holdsworth, W.S.: *A History of English Law*, vol VIII, p. 203.

Honsell, Th., *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*. 95 (1978), 118 ss.

Horak: "Rationes decidendi. Entscheidungs-begründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo" (1969).

Huvelin, P.: "Études d'histoire du droit comercial romain", París, 1929.

Huvelin: "Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe. Droit maritime), ouvrage publié après la mort de l'auteur par H. Lévy-Brühl. » *Annales d'histoire économique et sociale*, 1932, vl IV, n° 32, p.94-95.

Ibbentson D. J, "A historical introduction to the law of obligations", Oxford University Press, Gran Bretaña, 2001, pág. 220 y nota 4.

Iglesias, *Derecho Romano* (1999).

Infante Ruiz, F. J., "la reforma del derecho de daños en Alemania". *RdP*, n° 11, p.145.

Infante Ruiz, F. J., «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución». RDP, 2002 p. 153 y ss.

Inhiring "Esprit du droit Roman", t.III.p.143, 195, 232 ; t. IV, p.143, 149.

J., Derecho Romano. Historia e Instituciones, Madrid, 1994

Jakab, E.: "Praedicere und cavere beim Marktlauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht Munchener Beiträge zur Papyrusforschung 87". 1997, Munich; Beck.

Jakab: "Praedicere und caver beim Marktkauf: Sachmängel in griechischen und römischen Recht (1997).

Jeanprêtre, C., "La responsabilité contractuelle du directeur des travaux de construction", Thèse, Université de Neuchâtel, Faculté de droit et des sciences économiques Staempfli & Cie SA, Entreprise d arts graphiques, Berne, 1996, pág. 182.

Jiménez Barriocanal, F.: "La actividad económica en el Derecho Romano. Madrid, 2008. p. 20 y ss.

Johnston, D.. Roman Law in Context 1999 Cambridge; Cambridge University Press.

Jordano Barea, "Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario". RDP, 1958, p.829-830.

Jordano: "La responsabilidad contractual". Pág 53-54.

Karlowa, Röm. Rechtsg.,54, p.326;

Kaser, Das alt römische Ius", Götingen, 1949, p. 153.

Kaser, Neue literatur zur "societas", en SDHI 1975; p. 278.

Keily, T., «Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)» en Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, nº 1 (1999), págs. 15-40.

Kholer, J und Peiser, F.E." Hammurabis' Gesetz", Leipiz, 1904, p.82-83.

Kirschenbaum, A., Sons, Slaves and Freedmen, cit., pp. 93 ss.

Kirschenbaum, A.: "Sons, slaves and freemen in Roman Commerce", 1987, Washington D.C., Catholic University Press of America.

Klüber, "Die Haftung für Verschulden bei kontraktähnlichen und deliktähnlichen Schuldverhältnissen, en Z.S.St, 30, p. 172

Klübler, Utilitätsprinzip, die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip, in Z.S.St. 38 p. 73; die Haftung für Verschulden bei Kontraktähnlichen und deliktähnlichen Schuldverhältnissen, in Z.S.St. 39, p. 172

- Knip, Societas Publicanorum. Jena, 1896
- Knip, Zum römische Konkurverfahren, Mélanges Girard, 1912
- Konstantinovitich, "Le periculum rei venditae en droit romain" (1923),
- Kruckmann, "Custodia, ZSS, 64 (1944) 1 ss;
- Kübler, Utilitätsprinzip: die Konträrllagen und das Utilitäts-prinzip, en Z.S.St. 38, p. 73;
- Kunkel e "Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen". Graz-Wien_Khöln, p. 55 y ss.
- KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1979.
- Kuntze: *Cursus der Institutionem* (1879), p. 474.
- La Rosa, F.: II formalismo del pretore: "constitu- ía" e "recepta", *Labeo* 43 (1997) 2, p. 224.
- La Rosa, *L'actio iudicati nel Diritto Romano Classico* (Milán 1963) p. 104 y ss.
- Labeo, I, *Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, 5 Bde C p.454 y ss. II.p. 318 ; in Z.S. St. 9 (1888), p. 222/4.
- Lacruz, J. L, y otros: "II Derecho de Obligaciones", vol. I, Dyckinson, Madrid 2003, pp. 325 y ss.
- Lacruz-Sanch, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1985, pág. 49.
- Lalaguna Domínguez, E: "Derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado" en *Tratado de garantías en la contratación mercantil* coord. por [Miguel Muñoz Cervera](#), [Ubaldo Nieto Carol](#), Vol. 2, Tomo 2, 1996 (Garantías inmobiliarias), págs.99-112.
- Lamarca i Marquès, Albert y Ramos González, Sonia, «Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del Derecho de daños», *InDret* 3/2002, Barcelona, abril 2003 (www.indret.com).
- Lamberti, F., *Tabulae Irinae. Municipalità e ius, Romanorum*, Napoli, 1993, pp. 155-156.
- Lando, O., Beale, H.: "Principies of European Contract Law, Part I and 11, *La Haya*", Kluwer, 2000.
- Larenz K.: *Derecho Civil. Parte General* (traducción de Miguel Izquierdo y Macías- Picavea) Madrid, 1978, pp. 294 y 295.
- Larenz, K.: "Derecho de obligaciones" t.1. Versión española de Jaime Santos Briz, Madrid-España, *Revista de Derecho Privado*, 1958, p. 192-193.

Lazo, P.: "Limitación de la responsabilidad. Bases romanas de un dogma iusprivatista". *Revista de Derecho (Valdivia)* 2012, XXV, 1.

Lécrivain, Ch., "Trapezitai", *DS 5 (1877-1919)*, pp. 408 ss.

Ledru, *Des publicains et des sociétés vectigalium*, París, 1876, p. 46 y ss.

Leible: «¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», Díaz Romero y otros (Coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Madrid, 2008, pág. 407.

Leible: "El del Derecho Privado europeo», *Diario La Ley*, núm. 7085, 30 de diciembre de 2008.

Lenel, *Culpa lata und culpa levis*, en *Z.S.St.* (1917) t.38, p. 289

Lenel, O.: *Palingenesia iuris civilis; il Cigno Galileo Galilei*; Roma 2000; vol. 2, col. 290.

León, "Gravedad del daño y extensión de Weyers, La reforma del derecho de la contratación en Alemania", ponencia presentada en Congreso internacional, sobre reforma del derecho contractual y la protección de los consumidores, Zaragoza, 15 – 18, pág. 21.

León, «De nuevo sobre el art. 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t.II, Madrid, La Ley 2006, p.143, nota 19.

Lévi-Strauss, 1983, p. 1224-1225, la define diciendo que la casa, concepto distinto del de familia, de modo alguno coincide con la línea agnaticia... y más bien consiste en la herencia material y espiritual que comprende la dignidad, los orígenes, el parentesco, los nombres y los símbolos, la posición, el poder y la riqueza.

Liebs, D., *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, pp. 232 y 263.

Ligios, M.: "Taberna", "negotiatio", "taberna cum instrumento" e "taberna instructa" nella riflessione giurisprudenziale classica, in «*Antecessori oblata*». Cinque studi dedicati ad Aldo.

Lingenthal, Z: "Die Geschichte des Griechisch-römischen Privatrechts, 1923. Litewski Wieslaw; le obbligazioni solidali in diritto romano (a. gonzalez, una vision unitaria de las obligaciones solidarias en derecho romano clasico), in *Labeo*, 35, 1989, pp.244-251;

Litte: "Zum Dolus-Begriff in der actio dolo, Festg. Für Güterbock (1910), p. 255 y ss.

Longo, G., "Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria, en Studi in onore di Gaetano Scherillo II, Milano, 1972, p. 610 ss.

Longo, S., Locare 'in perpetuum'. Le concessioni in godimento di ager municipalis, Torino 2012, 26 ss. e ntt. 38-41, 81 nt. 55.

Longo: "Contributi a la dottrina del dolo" (Padova, 1937).

López de Medrano, F., «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», ADC, 2007, núm. 10, pág. 37.

López Pedreira: "Quanta audaciae, quanta temeritatis sint publicanorum factiones". Reflexiones acerca del edictum de publicanis. (D. 39.4) en AFDUC 12 (2008), p. 590 y ss.

Lozano Corbí, E.: "Historia e Instituciones del Derecho Romano", Mira, 10ª ed. 1994

Lusignani: "La responsabilità per custodia secondo il diritto romano I. (Módena, 1902); Paris: "La responsabilité de la custodia en Droit Romain" (París, 1926).

Vazni: "Custodia, Annali Palermo", 13 (1926);

Lütz, Selected Summerian and Babilonian Texts (U.M.I. 2 Philadelphia 1919).

Luzzato: "las responsabilità per custodia" (Milano, 1938),

Mac Cormack, G., "Culpa", SDHI 38 (1972), p. 178, nt. 148.

Mac Cormack, G.: "The actio communi dividundo in Roman and Scots Law", en Lewis-Ibbetson (ed): "The Roman Law Tradition"; Cambridge University Press; 1995, p. 160

Macdelain, A.: Le consensualisme dans l'édit dui preteur, Publications de L'Institut de Droit Romain de L'Université de París, París, 1958, pp. 125 ss.

Mackeldey Ferdinand, Manuel de Droit Romain contenant la theorie des Institutions, Bruxelles (1837) p. 234

Magnus, U., Comparison with UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Editorial Remarks.

Magnus, U.: "La reforma del Derecho alemán de daños". In Dret. 2/2003 Barcelona abril 2003.

Malmendier, Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftaktivitäten in den Händen privater Unternehmer, Koln - Weimar - Wien 2002, 90.

Mamendier, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftaktivitäten in den*
Mamendier, U: *Societas publicanorum: staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen*
privater Unternehmer”. Köhl, Weimar, Wien, 2002

Manresa, *Comentarios al Código Civil*, tomo XI, (Edición revisada por Bloch),
Madrid, 1972, pág. 440.

Manzeaud. Henri, León y Tunc, André, *Tratado teórico práctico de la*
responsabilidad civil delictual y contractual, t. 2.º, vol. II y t. 3.º, vol. I; traducción de la
quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América,
Buenos Aires-Argentina, 1961, pág. 288 núm. 1677-2.

Marky, *Societate «ercto non cito»*, en *Romanitas* 1 (1958) p. 53 y 56;

Marrone, M. *Actio ad Exhibendum*, en A.U. Pal. 26, 1957, p. 177 y ss.

Martínez Sanchiz, J.A.: “Préstamos y créditos participativos y
subordinados” *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 28, 1988, p. 135-
172.

Martino, F.: *Wirtschaftsgeschichte des alten Rom*. München, 1985, pp. 160.

Marty: “La relation de cause a effet comme condition de la responsabilité civile»,
p. 696.

Maselli, G. ‘*Argentaria*’. *Banche e banchieri nella Roma repubblicana*.
Organizzazione, prosopografia, terminologia, 1986, pp. 105 ss.

Masi Doria Carla; *sul cosi' detto "beneficium competentiae" (j. gildemeister, das*
beneficium competentiae im klassischen roemischen recht), in *Labeo*, 34, 1988, pp.350-
360;

Maspero, Jean, 1908-1910: “*Études sur les Papyrus d’Aphrodité I*. *Bulletin de*
l’Institut français d’Archaeologie Orientale, 6. P. 97 y ss.

Maspétió, R.: “*Jean Domat: un doctrine de la loi et du droit public*, en *Estudios*
jurídico-sociales. Homenaje al prof. Luis Legas Lacambra (Santiago de Compostela
1960).

Mataix Ferrándiz, E.: “*El Edicto de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*
(D. 47,9, 1). Responsabilidad penal por cuestión de naufragio”. *Universidad de Alicante*.

Mateo y Via: “*De la fiducia a la gestión*”. *RCDI*, 2007, p. 2630-2631.

Matteuci, N: “*Domat, un magistrato giansenista (Bologna 1959)*”.

Mayer- Maly: “*Locatio conductio*” *Wien-Munchen*, 1956, p 39-40

Mazeaud, H. /Mazeaud, L / Mazeaud, J.: Lecciones de Derecho civil (traducción del francés por Luis Alcalá-Zamora Castillo), parte primera, volumen I, Buenos Aires, 1959, pp. 267, 415, 416, 420 y 421.

Mazeaud, H. y Tunc, A.: "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", trad. De Luis Alcalá Zamora, Ejea, Buenos Aires, 1977, tomo I, vol. p. 39.

Medicus, Dieter, "Id quod interest". Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes", Alemania, 1962, págs. 300 y ss.

Medicus, Tratado de las relaciones obligacionales, edición española Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona – España, 1995.

MELILLO GENEROSO; Economia e società in Roma Antica (Claude Nicolet, rendre a Cesar. Economie et société' dans la Rome Antique), in *Labeo*, 37, 1991, pp.256-268;

Mendez Chang, Elvira: "El ius Gentium como derecho común" en *Revista del Magister en Derecho Común*. Volumen 2-3. 1998-1999, PUCP, Fondo Editorial 2002, p. 95
Schulz, History of Legal Roman Science, Oxford, 1946 (ed. anastásica, 1953) p. 21 y ss.

Mentxaca, Algunas consideraciones en torno a las concesiones administrativas y sus garantías: capítulos 63-65 de la lex Malacitana, in *Mainake* 23 (2001), 82.

Mentxaka, Rosa "Sobre el Capitulo 73 de la 'Lex Irnitana'", in *Labeo*, 38.1, 1992, pp. 63-76

Merola: "Il Monumentum Ephesenum e la struttura delle societates publicanorum, in *Athenaeum* 94 » (2006), 129 nt. 39.

Meylan: "L'origine de l'effet extinctif de la Litis contestatio", en *Melanges Cornil*, II p. 81-110.

Mezquita del Cacho: "Negocio aparente y negocio fiduciario. Aplicaciones de éste como negocio modal y en función de garantía", *RDEA*, 1960-V, p. 41 A.

Miceli, M., Sulla struttura formale delle 'actiones adiecticiae qualitatis', pp. 192 ss.

Minervini, Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente dottrina straniera, en *Giustizia civile*, 1952, pág. 626 y ss.

MIQUEL, J., *Historia del derecho romano*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

Misera, K.: "Zur Gefahrtragung bei der römischen *societas*", en *Iuris Professio*, Festgabe für Max Kaser (1986), pp. 201 y ss.

Mitteis, L., "Trapezitika", cit., pp. 259 ss.; Jouanique, P., "Le codex accepti et expensi chez Cicéron", *Revue historique de Droit français et étranger* 46 (1968), pp. 5 ss.

Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1908, t. I, p.333-336, 693-694, 698.

Mohino Manrique, A., La nota intuitu personae en la *societas romana*. Derecho de sociedades. Congreso Unijés 2007 II, p. 261-268.

Mohino Manrique, A.: "A propósito de D. 19.2.20.2 en relación con D. 19.2.22.pr. (Universidad de Educación a Distancia, UNED), 1998,p.2 Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Jersey, 2004

Mollá Nebot, A. S.: "La *aequitas* y el caso", *RGDR*, nº 23, diciembre 2014

Mommsen, *Le droit public Romain*, 4, p. 126.Jav

Mommsen-Marquard: "Manuel des antiquités romaines" *S.V. argentarii*, París 1888, tomo 10, p. 79.

Monroy Antón, A., "La directiva 2003/48/CE, su ineficacia práctica y la posible vulneración del secreto bancario", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 25, Nº 101 (2006), p.233-239.

Morabito, Marcel "Sul '*servus vicarius*'", in *Labeo*, 39.3, 1993, pp. 424-425

Morales, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del por defectos de la cosa», cit., pág. 595;

Morán Bovio (Coord.): "Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional", Aranzadi, Pamplona, 1998.

Morilla Jarillas, MJ: "Las normas de conducta de los administradores" Madrid 2002, p. 354.

Motéis, L.: *Trapezitika*, *ZSS* 19 (1B9B) pp. 203 ss.

Muller, H.: "Untersuchung zur $\mu\acute{\iota}\sigma\theta\omega\sigma\iota\varsigma$ von von Gebäuden im Recht der gräko-ägyptischen Papyri. (Köhl, 1985) , especialmente p.345- 361

Murga, J.L.: *Derecho Romano Clásico II. El Proceso*. Zaragoza, 1989, p. 147, n,161.

Múrtula Lafuente, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Madrid, ed. Dykinson, 2005

- Navarro Martorell, «Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios», RDP, 1950, pp. 233-238.
- Navas Navarro, S., «El resarcimiento de daños en los principios europeos de derecho de los contratos (con especial referencia al Derecho español)», en Revista Actualidad Civil, tomo 2000-4, n.º 34, La Ley, Madrid, pág. 1244.
- Nicolet, “Le class dirigente romaine dirigente romane sotto la Republica: Ordine Senatorio e Ordine Equetre”, en Storia della Società Italiana, Parte prima vol. II. La tarda Republica e il Principato, Milán, 1983, p. 83.
- Nicolet, C.” Le Monumentum Ephesenum et les dîmes d’Asie” en Bulletin de correspondance héllenique. Anée 1991, vol 115, p. 465-480.
- Nocera, G., Insolvenza e responsabilità sussidiaria nell diritto romano, Roma 1942.
- Noodt, Comment. In Libros XXVII Digestorum, ad h.l. 3ª ed. opera omnia edit. Lyon, 1766, p. 386,
- Nörr, D., Die Fahrlässigkeit im bizantynischen Vertragsrecht, Munich, 1960 p. 191. Alonso, J.L.:”Fault, strict liability and risk in the law of the papyri”.
- Olivenza, M.:”Los motivos de la reforma de la Ley Concursal”, RDCP, 2012, pp 23-30.
- Oólay, E., Die Rolle der Stipulation in den Urkunden der siebenbürgischen
- Oppo, G., «L azione «sociale» di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quítate», Riv. Dir. Civ., 1998, II, Pág 408 y 411.
- Orestano, Ius singulare e privilegio en diritto romano, Annali Macerata, XI 1937. p.37 y ss.
- Orestano:” , *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano I*, Torino 1968, 176 s.
- ORTOLAN, M., *Instituciones de Justiniano*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1976.
- Osaba, E.:”Derecho. Cultura y sociedad en la Antigüedad Tardía”. Bilbao, 2013.
- Palao Moreno, Prats Albentosa y Reyes López (Coord.), Derecho Patrimonial Europeo, Navarra, 2003, pág. 301.
- Panero Oria, P.”La vida en sociedad. El consensus perseverans”, en Estudio de Derecho Romano en memoria de Don Benito Mª Reimundo Yanes. TomoII. Universidad de Burgos, 2000. P. 155 y ss.
- Pantaleón, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en Centenario del Código Civil (1889-1989), t. II, Madrid, 1990, p. 1590.

Pantaleón, Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», cit., pág. 1087.

Pantaleón, Fernando: Del concepto de daño. Hacia una teoría general del derecho de daños, tesis inédita, 1981, p.8 nota 1.

Paris, J. “La responsabilité de la custodia en droit romain”, p.144.

Partsch, I. Griechisches bürgerschaftsrecht. I: Das recht des altgriechischen gemeindestaats

Partsch, J., Der ediktale Garantievertrag durch receptum, en ZSS. Rom. Abt. 29 (1908), pp. 417 ss.

Pau Pedrón:” El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral” en Los patrimonios fiduciarios y el trust en el III Congreso de Derecho Civil catalán. Tarragona, 2005, p. 671-694.

Paulik, H.- Blaurock, U.: Handbuch der stillen Gesellschaft. Colonia, 1988, p. 32 y ss.

Paz-Ares, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», RdS, núm. 20, 2003-1.

PEÑALVER, M. A., La banca en Roma, cit., pp. 52 ss.

Peñalver, M.: La banca en Roma, en Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, 3, Art. Gráf. Berzal, Madrid 1988, p. 1531 a 1567.

Peñas Moyano, M. J., “La supresión (parcial) del secreto bancario en el ámbito de la Unión Europea”, Revista de derecho bancario y bursátil, Año nº 23, Nº 93 (2004), pp. 221-238.

Perales Viscasillas, «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», Díaz Romero y otros (Coord.), Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Madrid, 2008, págs. 468, 473, 472 a 500.

Pernice, Labeo I p. 296;

Pernice, Labeo I römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, p. 295; Eliachevitch, La personnalité juridique en droit privé romain, p.310

Pernice, Labeo II, p. 360: “Noch zu HadriansZeit ist es streitig, ob die Gesellschafter sich gegenseitig nicht bloss für Dolus einzustehen brauchen”.

Pernice, Parerga in Z.S. St, 3 p.62; Labeo, II, p.299/2, 360-361;

Pernice, Parerga, IV Zum romiische Gesellschaftvertrage, p. 230; Mitteis, Römische Privatsrecht, p. 404.

Pernice, Parerga, IX, 232-233

Pernice: "Précis de l'histoire des antiquités et des Institutes de droit romain". 2º ed. Halle, 1824. p 84 y ss.

Pessoa Jorge, A. Por una aplicación restringida, Almeida Costa, M. J. Antúnez Varela.

Petrucci, A., Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti, p. 28.

Petrucci, A., Mensam exercere, cit., pp. 168 ss.

Petrucci, A., Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza romana, en Atti del Convegno "L'usura ieri ed oggi", a cura di S. Tafaro, Bari, 1997, pp. 80 ss.

Petrucci, A., Profili giuridici, cit., pp. 161 s.; Neque enim decipi debent contrahentes', p. 94.

PETRUCCI, A., Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti, cit., p. 20.

Petrucci, A.: Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo – metà del III secolo d. C.), Jovene Editor, Napoli, 1991, pp. 197 ss.

Petrucci, A.: "In margine a Gai, 4, 126ª. "Osservazioni sulla exceptio mercis non traditae e la praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium soverit in un'auccio argentaria", en Iuris vincula. Studi in oner di M. Talamanca, 6; Nápoles, 2001; p. 316 y ss.

Petrucci: "Diritto commerciale romano. profilo storico" (2004), p 12.

Petrucci: Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane; Giappichelli; Turín, 2002. P.46.

Petrucci-Ceramio: Lezioni di Diritto commerciale romano; Giappichelli; Turín 2002; p. 80-82.

Plaza Penadés, «Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo»- Poggi, Il contratto di società in diritto romano classico, Fasc. II (Torino, 1934) p.82 y 83 nº 1, 2 y 3.

Poggi: Il contratto di società nel Diritto Romano Classico, Turín, 1930.

Pólay, E., Ein Gesellschaftsvertrag aus dem römischen Dakien, Acta Scient Hung, 1960, pp 417-436.

Polo Sánchez, «Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en AA. VV.,

Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, vol. 2, Ed. Mc.Graw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1436.

Pothier, “Du contrat de vente” (1762), “du contrat de bail”(1764), “du contrat de société” (1765).”des contrats de prêts de consommation (1766), “de contrat de dépôt e de mandat” (1766), “du contrat de nantissement” (1767).

Pothier, Pandectae, (Paris, 4.1825), p. 18, nº 3,

Poveda Velasco, Ignacio María, O Beneficium competentiae do sócio ("socius"), en Actas del IX Congreso internacional. XII Iberoamericano de Derecho romano. El Derecho comercial. De Roma al Derecho moderno (Las Palmas de Gran Canarias, 2007) II p 753 y ss.

Pringsheim, en Z.S.St. 42, p. 645.

Pugliese, Figure processuali ai confini tra “iudicia privata” en Studi Solazzi, Nápoles, 1948, p. 391 y ss.

Pugliese, G. Istituzioni di diritto romano 3, Torino 1991, 901.

Pugliese, Istituzioni di diritto romano, Turín, 1990

Puliese G., Processo civile romano II, Il processo formulare, Tomo I, Milano, Giuffré, 1963, p. 58.

Quijano González:”La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración” RdS 19 (2002) p 73 y ss.

Ramadier, Les effets de la missio in bona rei servandae causa (París 1911), p. 22 y ss. Carrelli, Per una ipotesi sulla origine della `bonorum venditio', en SDHI. 4(1938) p.432 y ss.

Rauch, K.: Die Aktienvereine in der geschichtlichen Entwicklung des Aktiensrechts. ZSS Germ. Abt. 69 (1952). p. 239.

Rehme: Geschichte des Handelsrechts. . p162.

Reinoso Barbero, F.:“ “Foro de conveniencia, derecho de conveniencia y nulidad”, Revista de

Remiro Brotons, “Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado», Symbolae García Arias, Estudios de derecho editados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1973-74, p.633.

Riccobono, BIDR, 43 (1935); y Beseler, en Scritti beat. Ferrini, III; p.278. Cfr. Torrent, en AHDE 34 (1964), 479ss.

RICCOBONO, S.: PIRA, pars prima, leges, S. A. G. Barbera, Florencia, 1 941, p, 347.

Roca-Sastre Muncunill, L.: El perjuicio del derecho de crédito por acto de terceros. Revista jurídica de Cataluña, 1962 pp 583 y 584.

Rodríguez Adrados, Antonio: "Documento público y documento auténtico" en Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación" nº 35, 2005, p. 889-936.

Rodríguez Adrados, Antonio: "La forma notarial de la declaración de voluntad" Revista jurídica del notariado, nº 30, 1999, p. 199-228.

Rodríguez Almeida, E.: Il Monte Testaccio. Ambiente, storia, materiali, Rome" 1984, p. 284.

Rodríguez Ennes, L.: "Estudio sobre el Edictum de Feries", Universidad Complutense de Madrid, 1992, p 16-21.

Rodríguez Neila, F.: "Tabulae Publicae". Archivos municipales y documentación financiera en las ciudades de la Bética, Madrid 2005, 108 nt. 53;

Rosenthal: "Custodia un Aktivlegitimation zur actio furti", ZSSS, 68 (1951), 217 y ss; Metro: "L'obbligazione di custodire nel diritto romano classico" Milano, 1966; "Custodiam praestare" Labeo 13 (1967), p. 60 y ss;

Rossello, Receptum argentariorum: Archivio Giuridico Filippo Serafini 45 (1890) p. 4.

Rostovzeff: "Historia social y económica del Imperio Romano", Madrid, 1962, p. 21 y ss, con abundante bibliografía sobre la banca y el comercio en el siglo I a. JC.

Konvaliov: "Historia de Roma", Madrid, 1979, p. 367-370

Rotondi, G, Scritti giuridici, II, Milano, 1922, p. 98.

Roubier, P.: Droits subjectifs et situation juridiques, París, 1963, p. 247. También destaca lo anterior Levis, M. : L'opposabilité du droit réel. (De la sanction judiciaire des droits), París, 1989, p. 19.

Royer, Le problème des dettes a la fin de la République Romain, en RHD. 45(1967), p. 410.

Rubio Garrido, «Interrogantes y sombras sobre el Código europeo de Derecho privado y los juristas "europeístas"», RDP, 2005, págs. 25 y ss. (en particular, p. 48).

Rubio Garrido, T., STS 5-12-2001, Cuadernos civitas nº 58, p. 407-420

Ruggiero, E. de., "Aedilis", in DE 1, (rist. anastatica) Roma 1961, p. 234.

Sacconi, G., Ricerche sulla delegazione in diritto romano, Milano, 1971, pp. 144 s.

Salazar Revuelta: "El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca".

Sánchez Calero, F: "Los Administradores en las Sociedades de Capital". 2005, p. 402-403.

Sánchez Lorenzo y Moya Escudero (Ed.), La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa, Madrid, 2003, pág. 321.

Sánchez Lorenzo, "Derecho privado europeo", Granada, 2002 págs. 279 a 292.

Sánchez Lorenzo, «¿Hacia un Código civil europeo?», La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa, Madrid, 2003, pág. 399.

Sánchez Lorenzo, «¿Hacia un Código civil europeo?», págs. 383 a 393, y «La unificación del derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea», Bosch Capdevila (Dir.), Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Barcelona, 2009, págs. 85 a 89, 91 a 93, 98 a 114.

Sánchez Lorenzo, «La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado», págs. 380 a 381.

Sánchez Lorenzo, «Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: "soft law versus hard law" o "Comisión contra Parlamento"», Díaz Romero y otros (Coord.), Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Madrid, 2008, pág. 404.

Sánchez Lorenzo, «Vías y límites...», pág. 392, y «La unificación del derecho contractual...», pág. 97, Díaz Romero y otros (Coord.), Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Madrid, 2008, pág. 407.

Sanfilippo: "Sulla irrelevanza del rapporto sociale nei confronti dei terzi", IURA 2, 1951, p.159 y ss,

Santoro, R., "Il contratto nel pensiero di Labeone", AUPA, 37 (1983), pp. 160 ss.

Santucci, G., Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità, Padova 1997, 15 nt. 27.

Santucci, Il socio d'opera conferimenti e responsabilità, 1997, pp. 193-230.
Santucci, "Diritto romano e Diritti europei: continuità e discontinuità nelle figure giuridiche", Il Mulino, 2010.

Santucci: "Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità", Milano, 1997, p. 61 ss

- Santucck, Il socio di opera (op. cit. P. 203-204).
- Sarzotti, C.: "Jean Domat. Fondamento e método della scienza giuridica" (Torino, 1995).
- Savatier, R.: *Traite de la responsabilité civile en droit français. Les sources de la responsabilité civile*, tomo I, París 12939, p. 1 90.
- Savigny, "System des heutigen *römischen Rechts*, Berlin (1840-1849)
- Savigny, "De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia", (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), Heidelberg, 1814.
- Schäfer, B., Claus, O., *Manual de análisis económico del Derecho*, traducción de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Madrid-España, Tecnos, 1991, págs. 151, 181 y 182.
- Scherillo, La 'bonorum venditio' come figura di successio, en *IVRA* 4(1953), p. 210s.
- Schmidt, JA.: "Sentencias famosas: Alemania: sobre el caso de los "rollos de linóleo", *RDP*, 2013.
- Schulz en "Classical Roman Law" Clarendon Press, Oxford, 1951 pag 136 y ss."
- Schulze, «Estado actual de los debates sobre el Marco Común de Referencia», Díaz Romero y otros (Coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Madrid, 2008, pág. 407.
- Schumacher, R.: «Die Haftung des Architekten aus Vertrag», in *Le droit de l'architecte*, 3e éd. Fribourg 1995, núm. 558; Hess, op. cit., núm. 25), en *ATF* 126 III 388.
- Serrano García: "Los patrimonios fiduciarios en el Derecho Civil aragonés". III Congreso de Derecho Civil catalán, Tarragona 2005, p. 243 y ss.
- Serrao, F. *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime*, in *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. Atti degli incontri capresi di storia dell'economia antica* (Capri 13-15 ottobre 1997), a cura di E. Lo Cascio, Bari 2000, p. 35 n. 12 ,
- Serrao, F., "Institor (storia)", *EdD* 21 (Milano, 1971), p. 829.
- SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1, Jovene editore, Napoli, 1987.
- Serrao, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2002.
- Serrao, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, 1989 (reed. 2002), pp. 20 ss.

- Serrao, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, pp. 3 y ss.
- Serrao, F., *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954.
- Serrao, F., *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra V*, Milano 1971, 746 s. nt. 5
- Serrao, F.: “Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano” en. *Studi en honor de Eduardo Volterra*, vol. V (1971), págs. 743 y ss.
- Serrao:” *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, en *Studi in o. di E. Volterra V* (Milano, 1971), p. 764 y ss.
- Shermaier, M. J., «Bona fides in Roman contract law», en *Good Faith in European Contrats*” Cambridge, 2000. pág. 63.
- SOLAZZI «*Societas*» e «*communio*» (A proposito di *Gai. 3,154a*), en *Scritti di diritto romano 3* (Napoli 1960) p. 437
- Solazzi, *Il concorso dei creditore nel diritto romano*, Nápoles 1937-1942.P. 186.
- Solazzi, *Il concorso dei creditori nel Diritto Romano I* (Nápoles 1937) p.9.
- Sotropa, V., *Le droit romain in Dacia*, Amsterdam 1989, pp. 220-223.
- Stein, P. “The Mutual Agency of Partners in the Civil Law” (1958-59).
- Stein:” *Julian and liability for loss suffered in the execution of a contract in Roman law*” en *Butterworths South African Law Review*, 3 (1956) p. 65.
- Steiner, A, *Die römischen Solidarobligationen, Eine Neubesichtigung unter aktionemrechtlichen Aspekten*. München 2009.
- Stroud, R. S. 1998. *The Athenian grain-tax law of 374/3 B.C. Hesperia* Suppl. 29). Princeton; American School of Classical Studies at Athens.
- Suarez Blazquez, G., *Dirección y administración de empresas en Roma*, 2001.
- Suárez Llanos, L., «Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas (disciplina de la acción social)», *ADC*, 1962, pág. 936-937.
- Summers, R. «The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law: a general account» en *Aa. Vv. (Zimmermann, R.; Whittaker, S., dir.) Good Faith in European Contract Law*. Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2000. Pág. 119.
- Suter, H.R./Abravanel, P./Joye, P.: «Les nouveaux Règlements SIA 102 et 103», in *Journées du droit de la construction*, vol. 2, Fribourg 1985, pág. 75.
- Szlechter, E.: “Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome. Étude comparé de l’Antiquité”. Paris, Recueil Sirey, 1947
- Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990.

TALAMANCA, M., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1989.

Talamanca, M.:” L’accessorietà delle garanzie personali e l’‘adpromissio’ romana”.RGDR n°6 junio 2006

TALAMANCA, v. Argentanii; NNDI p. 941.

Talamanca, Vendite all’asta 105; “la vendita all’incanto nei processo esecutivo romano”, Studi Francisci II, Milano, 1956, 248-249.

TALAMANCA,ED42 s.v. «Società» (*diritto romano*) p. 816,

Tapia Fernández, I.: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, coordinados por Cerdón Moreno, 2011 sub. art. 218, pág 1077-1078.

Taubenschlag, Die Societas die Rechte der Papyri, en Z.S.St., 52 p.69.

Taubenschlag, en Z.S.St. 40, p. 247.

Taubenschlag, R. 1944.:” The law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri”.New York, Herald Square Express.

Taubenschlag, R: Die Societas negotiationis im Rechte der Papyri. ZSSRom. Abt. 52 [1932]pp. 65 y ss.

Thilo, R. M., Der ‘Codex accepti et expensi’ im romischen Recht: ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation, Göttingen, 1980, pp. 109 ss.

Thomas, Y., Les juristes de l’empire et les cités, in *Idéologies et valeurs civiques dans le Monde Romain. Hommage à C. Lepelley*, París, 2002, p. 207 y ss.

Thomas, Y.” Droit domestique et droit politique à Rome. Remarques sur le pécule et sur les honores des fils de famille”. MEFRA 94, 1982. P. 544-545

Tondo, S.:”Constítutum debítí”, *Labeo* 4 (1958) p. 227.

Torrent, A.: *Municipium latinum Flavium Irnitatum. Reflexiones sobre la ocupación militar de Hispania y subsiguiente romanización hasta la Lex Irnitana*, Madrid 2010

Torrent, A.:”Cognitores en lex Irnitana” caps. 63-65, in *Iura* 59 (2011), 15 ss. Financiación externa de los «municipia». *Lex Irnitana* cap. 80, in *RDR*. 10 (2010),

Torrent,: “Los publicani en la lex rivi Hiberiensis”, en *RDR* 13 (2013).

TOZZI, G., *Economistas griegos y romanos*, cit., p. 397 s.

TRAN, N., *Les membres des associations romaines. Le rang social des collegiati en Italie et en Gaules sous le haut-Empire*, Rome 2006, 347 ss.

Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones (traducido y anotado por Pérez González B. y Alger, vol II, 2ª parte, 3a edición, Barcelona, 1966, p. 1049 y ss.

Triciuoglio:” *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, , Padova 2003, 317 nt. 11. .

Fleckner, A.M. (*Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Koln-Weimar-Wien 2010, 387 s.

Trimarchi, P., *Causalita e danno*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1967,p. 92, nota 67.

Trimarchi, P.: “Dei criteri di responsabilità contrattuale”, en *RT D P C*, 1970, pp. 512-531.

Trimarchi, P.: “Il contratto. Inadempimenti e rimedi”, Milano, Giuffrè, 2010.

Trisciuglio:” osservazioni in *Sulle sanzioni per l’inadempimento dell’appaltatore di utrotributa nella tarda repubblica e nel primo principato*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell’esperienza storico-giuridica*”. *Atti Congresso della Soc. It. St. Dir.*, Torino 17-19 ottobre 1994, Napoli 1997, 215 ss.

Trumpler en “*Die Geschichte der Römischen Gesellschafts Formen*”, Berlín 1906, así lo reconocía diciendo:” *Die Geschichte des Gesellschaftsvertrages ist die Geschichte der actio pro socio*”.

Trumpler en “*Die Gesichte der römischen Gesellschaft Formen*” Berlín 1906, p. 26,

Trumpler, H: *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen. Untersuchungen über*

Trumpler:”*Die Geschichte der Römischen Gesellschaftsformen*”(1906)

Tunc, «*Les recents developpements des droits anglais et americain sur la relation de causalite entre la faute et le dommage dont on doit reparation*», *revu du Droit Comparé*, 1953, p.15 y ss.

Tunc, A., «*Les recents developpements des droits anglais et americain sur la relation de causalite entre la faute et le dommage dont on doit reparation*», en *Revue Internationale de Droit comparé*, París, 1953, p. 10.

Tunc, André, “*La responsabilité civile*”, 2.^a edición, *Económica*, París, 1989,p.73.

Urbanik, Jakub, *Dioskoros and the law (on successions): Lex Falcidia*.

Vainberg, S., *la faillite d’après le droit romain. Monografía jurídica*. París, 1874.

Valentino, Mario “*Dal danno aquiliano al danneggiamento*”, in *Labeo*, 39.2, 1993, pp. 259-266

Valentino, Mario "Dal danno aquiliano al danneggiamento", in *Labeo*, 39.2, 1993, pp. 259-266

Valiño: "Instituciones de Derecho Privado Romano, Valencia 1976, p. 514-515.

Vallet de Goitisoló, J.: "Metodología de la determinación del derecho" Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 734.

Van Minnen, P. "Dioscorus and the law". Mac Donald, M.W. Twomey: *Learned Antiquity. Scholarship and Society in the Near-East, the Greco-Roman World, and the Early Medieval West*, Leuven – Paris – Dudley MA 2003, pp. 115-133.

Vaquero Aloy, «El Marco Común de Referencia», Bosch Capdevila (Dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, pág. 262.

Vattier-De La Cuesta-Caballero, *Código europeo de contratos*. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). *Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, I*, Madrid, 2003, pág. 17;

Véase, Brunschwig, J. 1996. "Rule and Exception: On the Aristotelian Theory of Equity" in M. Frede, M. and Striker (eds.). *Rationality in Greek Thought* Oxford; Oxford University Press, 115-56.

Velasco García, A.: "Algunas observaciones sobre la *societas argentarum*" en *Miscelánea romanística* / coord. por Federico Fernández de Buján Fernández, Fernando Reinoso Barbero, Vol. 2, 2006, p. 135.

Velasco García, C., *Algunas observaciones sobre la *societas argentarum**, cit., p. 135.

Velasco, "la posición del obligado en la "*societas*" consensual, una aproximación a la *actio pro socio*" (Sevilla, 1986).

VELASCO, *La sociedad*, en *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Prof J.L. Murga Gener* (Madrid, 1994), pp. 611 ss.

Ventura, Livia: "separazione patrimoniale endosoggettiva e attivita' d'impresa: un'analisi comparatistica" *Publicationi aperte digitali della Università della Sapienza* 2013.

Vigneron Roger; "*societates publicanorum*" (maria rosa cimma, ricerche sulle *societates* di publicani), in *Labeo*, 30, 1984, pp.80-89;

Vincent, H, *Le Droit des édiles, études historique et économique des prescriptions édiliciennes sur la vente et la garantie*, thèse pour le doctorat, sciences politiques et économiques (1922), p. 134 y ss.

Viney,G.: Traite de Droit civil. Introduction a la responsabilité, (sous la direction de Jacques Ghestin), 2^a ed. París, 1995, p. 367-386.

Voci, Istituzioni di Diritto Romano, Milán, 1954, p. 616 y ss,

Voci, P., “Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali”, SDHI, 56 (1990), p. 50.

Volterra, Istituzioni di diritto romano (1961) p. 312

Von Tuhr, A., Tratado de las obligaciones, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Reus, reimpresión de la 1.^a edición, 1999, España, págs. 61 y 62.

Von Tuhr,A, Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil Alemán, 1-1", Los derechos subjetivos y el patrimonio. (Traducción directa del alemán por Tilo Ravá), Madrid, 1998, pp. 212 y ss.

WACKE, A., “Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latin? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich”, ZSS 110 (1993), pp. 33 ss.

Wacke, A., Die adjektivischen Klagen, cit., pp. 323 ss.

Watso, A.:”Actio de dolo” and “actiones in factum”.

Watson.”The law of persons in the later Roman Republic”. Oxford 1974, p. 32-38.

Wenger, Istituzioni di procedura civile romana (Milán 1938) p.230 y ss.

Weyers, Hans-Leo: «La reforma del derecho de la contratación en Alemania», ponencia presentada en Congreso Internacional de reforma del derecho contractual y protección de los consumidores. Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1996, p. 20, Fischer, op. cit. p.141.

Wiackcker:”Der Praetor” Sonderabzug]. 1944

Wiacker, Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística, , Nº. 3, 1991, págs. 11-26

Wiacker, Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts, en Z.S.St. 1934 p. 35-36;

Wiacker,F: “A History of Private Law in Europe”, Oxford, 2000,p. 8.

Wiacker,Franz: Römische Rechtsgeschichte: Quellenrunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur, p. 67,

WIEACKER *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*

Wieacker, "Societas". *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* (Weimar, 1936)

Wieland, K: "Handelsrecht I-II. München, Leipzig, 1921 II Bd p.7.

Williams, HM., *Chartered Accountants:*"The pros and cons of forming a limited liability company", Lawpack, 18 de junio 2012.

Worp, A.: " Chronological Systems in Byzantine Egypt".Leiden 2004.

Yzquierdo Tolsada: " la zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana. Razones para una moderada unificación" En RCDDI, 1991, p. 443-489.

Yzquierdo Tolsada: op cit. Sistema de responsabilidad, ed. Dykinson, 2001, págs. 401 y ss.

Yzquierdo Tolsada:" "Comentario del artículo 1.107 del Código civil", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*", v. 1, Bosch, Barcelona, 1992.

YzquierdoTolsada, M: "Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual" Dykinson 2002, p. 39.

Zaldivar, E.; Manovil, R., Ragazzi, G.; Rovira, A.; San Millán, C., *Cuadernos de Derecho Societario*, tomo I, Ediciones Macchi, 1973, pág. 2.

Zimmermann, E:"Estudios de derecho privado europeo". Trad. De Antoni Vaquer Aloy, primera edición, Madrid, Civitas 2000.

