

LAS CONDICIONES DE LICITUD DE LA COMPAÑÍA MERCANTIL EN CASTILLA BAJO EL DERECHO COMUN

ALBERTO GARCÍA ULECIA

Departamento de Historia del Derecho.
Universidad de Sevilla.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Primera condición: licitud del objeto. A) Enunciado. B) Objetos ilícitos específicos: a) Objetivos criminales; la «vigornia». b) La herencia futura cierta y el hecho futuro. c) La «societas super officii». d) Los negocios usurarios. e) La «societas utrinque libera».—III. Segunda condición: asunción del riesgo del capital por el que lo aporta. A) Enunciado y problemática. B) El «pactum de salua sorte reddenda». a) Planteamiento. b) El aseguramiento total del capital. c) El aseguramiento parcial del capital. d) El aseguramiento del capital en algunas sociedades especiales y sus peculiaridades en la «societas negotiationis». C) El problema de la licitud de los pactos contra el principio de la restitución del capital no consumido.—IV. Tercera condición: proporcionalidad entre las aportaciones y las participaciones de los socios. A) Enunciado. B) ¿Valoración de las aportaciones o de su riesgo? C) Los pactos sociales contra la igualdad de los socios. a) Planteamiento. b) La exclusión de un socio de la aportación o de la participación en pérdidas o ganancias. Supuestos. c) La desproporción en la distribución de los beneficios y en la asunción del riesgo. Supuestos. D) Circunstancias que pueden volver ilícitos algunos pactos injustos. E) La sustitución del sistema de cuotas por una cantidad cierta en el reparto de las ganancias.—V. Cuarta condición: exclusión del fraude «inter socios».

I. INTRODUCCIÓN

La compañía mercantil, cuyos precedentes en la Península pueden rastrearse en algunas rudimentarias formas asociativas de nuestro derecho medieval, se va perfilando al compás del auge económico de la Baja Edad Media y Moderna, que trae consigo la difusión de prácticas e instituciones relacionadas con el tráfico mercantil: letra de cambio, actividades bancarias, Montes de Piedad, etc. Sin embargo, una regulación específica de la compañía mercantil no aparecerá hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737. Con anterioridad, la legislación aplicable a la compañía mercantil se basa en las Partidas, dentro de cuyo concepto romanista de la *societas* en general hay que incluir la *societas negotiationis*. De todas formas, en el mismo concepto de compañía que aparece en las Partidas —«ayuntamiento de dos omes, o de mas, que es fecho con entencion de ganar algo de so uno, ayuntandose los unos con los otros» (5, 10, 1)— se preludian las mercan-

tiles, e incluso se tienen más directamente en cuenta, al decir que la «fazen los mercaderes, e los otros omes entre si» (5, 10, pr.). En los siglos XVI y XVII la doctrina jurídica sobre sociedades también se fija preferentemente en las mercantiles. Una investigación de las mismas, llevada a cabo sobre fuentes normativas y doctrinales, ha permitido a Martínez Gijón estudiarlas en el derecho histórico de Castilla, partiendo de sus precedentes medievales, y fijar su concepto, su naturaleza y las reglas de su funcionamiento, desde su constitución hasta su disolución¹.

De las diversas cuestiones relativas a la compañía mercantil, la literatura jurídica de la Edad Moderna se plantea con insistencia la de su licitud, a la que los autores dedican abundantes páginas. Consideramos que esta cuestión posee una entidad lo suficientemente destacada para ser objeto de un estudio específico, aunque su problemática ha de insertarse en los restantes aspectos de la sociedad mercantil, en cuanto que las condiciones de licitud inspiran y limitan las cláusulas del pacto social y las reglas del funcionamiento de la compañía².

Cronológicamente, nuestro estudio arranca del siglo XVI y se centra en dicha centuria y en la siguiente, es decir en una época de gran desarrollo mercantil y, al mismo tiempo, de máximo esplendor de nuestra literatura jurídica. De una literatura en cuyos representantes late, a veces con fuertes tintes polémicos y casi siempre con gran agudeza y brillantez discursiva y crítica, el enfrentamiento entre una concepción rígida y medieval de la usura y otra más flexible y moderna. Con posterioridad al siglo XVII, la problemática objeto de nuestro estudio languidece, y sólo subsisten algunos aspectos polémicos de la tradición anterior, pero no una amplia exposición doctrinal de las condiciones de licitud como tales. Estas, no obstante, aparecen aludidas en algunos autores posteriores al siglo XVII, pero por lo general sin desarrollar su problemática, sino más bien reseñando las condiciones de licitud para perfilar la naturaleza y los caracteres del contrato de sociedad, o invocándolas como premisas previas para entrar de lleno en el análisis de formas contractuales consideradas usurarias.

Centrado nuestro estudio en el derecho histórico de Castilla, hemos utilizado la escasa normativa —tanto de derecho civil como canónico— que afecta, más o menos directamente, al objeto de nuestro trabajo, pero sobre todo hemos dirigido la investigación hacia las fuentes doctrinales castellanas. Sin embargo, en ocasiones nos hemos visto obligados a consultar obras no castellanas o extranjeras a las que los autores castellanos se remiten con frecuencia. Estas consultas han venido impuestas por diferentes razones: por tratarse de juristas, principalmente de los primeros tiempos de la época

1. J. MARTÍNEZ GIJÓN, *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao. Legislación y doctrina* (Sevilla, 1979). Para época posterior, y con especial valoración de fuentes documentales, C. PETIT, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829* (Sevilla, 1980).

2. *Ibid.*

que historiamos, cuyas opiniones se consideran puntos de partida en algunos de los aspectos que analizamos, como son Conrado Summenhart, Silvestre Prieras o el cardenal Tomás de Vio Cayetano; o de autores de tratados específicos sobre sociedades, como ocurre con Angel de Periglis, Pedro de Ubaldis o Héctor y Angel Felicio; o de tratadistas que, como Leonardo Lesio o el Padre José Gibalino, gozaron de una gran difusión en Europa y fueron leídos, discutidos y comentados ampliamente por los doctores castellanos.

El análisis de todos estos autores permite apreciar en los mismos unas características que pueden resumirse del siguiente modo:

1.^a La preocupación por la usura y la justicia, bajo la cual abordan y enfocan los problemas de la licitud de las compañías.

2.^a La doble intención, moral y jurídica, que los anima y que revela su frecuente condición de teólogos y juristas.

3.^a La aguda visión que suelen tener de la realidad mercantil de su época, adquirida muchas veces a través del confesionario.

4.^a La prolijidad de sus disquisiciones, a veces reiterativas y farragosas, y la sutileza de los planteamientos y argumentaciones.

5.^a La frecuente invocación de la autoridad de otros doctores, peninsulares o extranjeros, para apoyar sus opiniones o refutar las contrarias.

6.^a La existencia de dos posturas entre ellos, aunque con matizaciones intermedias en algunos casos: la que obedece a una rígida concepción de la usura, entre cuyos representantes destaca el dominico Domingo de Soto, y otra más liberal o aperturista que cuenta entre sus más genuinos preconizadores a Martín de Azpilcueta (el Doctor Navarro).

Algunas de estas características explican el interés de los autores por las compañías mercantiles y, en particular, por la problemática de su licitud, así como el hecho de que aborden su estudio, no sólo en obras específicas sobre sociedades o en instrucciones de mercaderes y en otros estudios sobre contratos —por lo general, los considerados más sospechosos de usura: cambio, juego, censos—, sino también en las Sumas y compendios morales y teológicos, en estudios sobre la usura, en los comentarios *in Secundam Secundae* de Santo Tomás, en tratados *de iustitia et iure* o en Manuales de Confesores y Sumas de casos de conciencia, concretamente al tratar del séptimo precepto del Decálogo.

Hemos querido realizar una exposición lo más sistemática posible, analizando por separado cada condición de licitud y, dentro de ellas, las cuestiones más sobresalientes, aunque tanto las condiciones como algunos de los problemas que comprenden se relacionen a veces íntimamente. No obstante, a la hora de exponer las distintas opiniones de los autores sobre las cuestiones polémicas, si bien en ocasiones trazamos, por vía de plantamiento o conclusión, según los casos, algunas clasificaciones de la doctrina, hemos optado otras veces por una exposición más empírica de ésta, ya que una excesiva simplificación llevaría consigo la omisión de no escasos matices

siugulares, cuyo casuismo refleja, en definitiva, la complejidad de la realidad histórica.

La literatura jurídica establece cuatro condiciones de licitud de las compañías:

- 1.^a Que el objeto sea lícito.
- 2.^a Que el riesgo del capital lo asuma el que lo aporta.
- 3.^a Que la participación de los socios en pérdidas y ganancias sea proporcionada a la justa valoración de sus aportaciones.
- 4.^a Que en el contrato de compañía no intervenga fraude de ningún socio.

La doctrina proclama las tres primeras condiciones, que atribuye a los doctores Silvestre, Cayetano y Martín de Azpilcueta y que enseñan tanto los teólogos como los juristas, aunque no todos los autores coincidan en exponerlas por este orden. La cuarta condición es un añadido de la legislación y doctrina castellanas.

Es evidente que la licitud de una compañía despende del equilibrio de dos principios generales: el de la libertad de pactos y el del respeto a los requisitos de licitud que se han relacionado. El segundo principio limita o condiciona al primero, el cual se sanciona en las Partidas (5, 10, 3), que establecen que «todos los pleytos que pusieren entre si, que sean guisados e derechos... valen, e deuen ser guardados en la guisa que los pusieren». Y Bartolomé de Albornoz advierte que lo primero que en la compañía «se deue mirar es, que las condiciones y pactos con que se haze, sean licitos»³.

II. PRIMERA CONDICIÓN: LICITUD DEL OBJETO

A) Enunciado. Objetos ilícitos.

Enseña Silvestre que la primera condición necesaria para la licitud de una compañía es que su *ars vel negotiatio sit licita*, lo que repiten Martín de Azpilcueta, Miguel de Palacio o el citado Bartolomé de Albornoz⁴. Ha de tratarse, como dice Juan Azor, de una negociación honesta⁵. A la licitud del objeto se refiere, también como primera condición de licitud, Bartolomé de Medina⁶. Igualmente, para Gregorio de Valencia, el primer requisito de

3. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos* (Valencia, 1593), 26.

4. *Summa Silvestrina* (Lugduni, 1549), II, v. *Societas* I, 1; M. DE AZPILCUETA, *Enchiridion sive Manuale Confessoriorum et poenitentium* (1575), 17, 251; M. DE PALACIO, *Praxis theologica de contractibus et restitutionibus* (Salamanca, 1585), 368; B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, 26.

5. J. AZOR, *Institutionum moralium*, III (Lugduni, 1613), 595.

6. B. DE MEDINA, *Instruction de Confessores* (Salamanca, 1580), 147-b.

licitud es *ut genus negotiationis seu opificii sit iustum*⁷. Francisco de Toledo insiste asimismo en que la negociación sea lícita *et non contra iustitiam*⁸, y Enrique de Villalobos, siguiendo al Doctor Navarro, exige también que «la negociacion, i trato en si sea licito»⁹.

Es ilícita la sociedad contraída sobre *negotto turpi et prohibito*, según señalan Héctor y Angel Felicio o Miguel Bartolomé Salón¹⁰, y, como éste y Luis de Molina advierten constituida una sociedad *de re turpi, haec ipso iure est nulla*¹¹. Tales prohibiciones y nulidad arrancan de la tradición romanista: en el Digesto se recoge la opinión de Ulpiano, según la cual *si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem* (17.2,57) y *rei turpis nullum mandatum est* (17,16,3).

Tanto la legislación como la doctrina recogen de forma generalizada ejemplos de objetos ilícitos de compañía. En Partidas 5,10,2 se considera ilícita toda negociación injusta y usuraria, así como las actividades delictivas penadas por la ley o que van contra las buenas costumbres. La compañía con tales objetivos es nula, al decirse en el referido texto de Partidas:

«Mas sobre (cosas) desaguissadas non la pueden fazer, nin deuen; assi como para furtar, o robar, o matar, o dar a logro: nin fazer otra cosa ninguna semejante destas, que fuesse mala, e desaguissada, e contra buenas costumbres. E la compañía que fuesse fecha sobre tales cosas como estas, non deue valer; nin puede demandar ninguna cosa uno a otro, por razon de tal compañía...»

Luis López y Francisco García consideran como típicas sociedades ilícitas aquellas cuya negociación es injusta y usuraria¹². Bartolomé de Albornoz pone como ejemplos de objetos ilícitos «hurtar, dar a logro y lo semejante»¹³. En el mismo sentido, Hevia Bolaños, tras advertir que la compañía se ha de hacer sobre cosas lícitas, «como negociacion de mercaderias, y otras cosas, en que se puede ganar justamente», considera ilícitas las que se dedican a «dar a usura, o delinquir, y otras que lo son (ilícitas)», y añade, al igual que Luis de Molina, que la sociedad que verse sobre tal cosa ilícita carece de valor¹⁴. Todos ellos, pues, reiteran la prohibición de Partidas, ejemplificando de forma general con algunos objetos ilícitos, sobre la base de actividades violentas y delictivas y de operaciones usurarias.

7. G. DE VALENCIA, *Libri quatuor commentariorum theologorum* (1595), t. 3, 1197-c.

8. F. DE TOLEDO, *De instructione sacerdotis* (1599), lib. 5, cap. 41, fol. 608.

9. E. DE VILLALOBOS, *Suma de la Teología moral y canónica* (Madrid, 1658), 2.ª P, trat. 26, dif. 2, n. 1.

10. H. y A. FELICIO, *Tractatus de societate* (Venetiis, 1610), IX, 4; M. B. SALÓN, *Commentariorum in disputationem de iustitia, quam habet D. Tho. Secunda Sectione Secundae Partis suae Summae theologiae* (Valencia, I 1591, II 1598), 1835.

11. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1836; L. DE MOLINA, *De iustitia et iure tomii sex* (Moguntiae, 1614), 729.

Pero los autores también contemplan más particularizadamente algunos objetos ilícitos, incluyendo en ellos algunos tipos de sociedad que se dieron en Italia y que son consideradas ilícitas por una parte de los autores de Derecho común, mientras que otros consideran que su ilicitud es relativa, ya que depende, más que del objeto sobre el que recaen y de su propia finalidad, de la forma de concertarse el pacto social y de la intervención de determinadas compensaciones. Así ocurre con la *societas super officii*, propia de la curia romana, o con la *utrinque libera*, considerada como sociedad usuraria. De ellas se ocupan también algunos autores castellanos.

B) *Objetos ilícitos específicos*

a) *Objetivos criminales; la «vigornia»*.—Pedro de Ubaldis recoge de Baldo algunos casos de sociedades ilícitas por constituir delito su objeto, pues se han formado para la rapiña, la apropiación indebida y violenta, la guerra. Tales *illicitae societates*, que por entonces asolaban la península italiana, incurren en crimen de lesa majestad. Por lo tanto, en estas sociedades, como su *finis est malus eius substantia mala est, et reprobata a iure...*¹⁵. Miguel de Palacio menciona una sociedad que, por inicua, es prohibida: la llamada *vigornia*, que ya en tiempos de este autor parecía estar en desuso y cuya licitud radicaba también en su objeto, pues en ella los consocios *iureiurando se constringerant ut facerent, quicquid libido suggerebat...*¹⁶.

b) *La herencia futura cierta y el hecho futuro*.—La herencia futura y cierta es destacada por los autores y la normativa como objeto ilícito de compañía. En Partidas 5,10,4 se dispone:

«Quales pleytos son valederos, o non, que los compañeros ponen entre sí por razon de los bienes que atiendan heredar.—Firmando, o faziendo alguna compañía so tal pleyto, que los bienes que entendieren heredar de algund ome, que nombrassen señaladamente, que fuessen comunales entre ellos, onde quier que los heredassen, por ser establecidos por herederos, o de otra guisa; dezimos, que tal pleyto non vale, pues que señalan la persona de aquel cuyos son los bienes. Fuera ende, si fuesse fecho con plazer, e que durasse en esta voluntad fasta su fin: porque podria acaescer, que

12. L. LÓPEZ, *Instructorium negotiantium* (Salamanca, 1589), 256; F. GARCÍA, *Parte prima del tratado utilísimo y muy general de todos los contratos, quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer* (Valencia, 1583), 499-500.

13. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, 25.

14. J. DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica*, 2.ª P., 1, 3, 4.

15. PEDRO DE UBALDIS, *De duobus fratribus*, en *Tractatus illustrium... juris consultorum*, t. 6, P. 1 (Venetii, 1584), 143.

16. M. DE PALACIO, *Praxis*, 362.

algunos dellos se trabajarian de muerte deste atal, por cobdicia de partir los bienes suyos entre si. E por ende, pleyto de que podria nacer tan grand mal como este, defendemos que non vala. Mas si quando firmassen el pleyto de la compañia, lo fiziessen desta guisa; diziendo que todas las ganancias que les viniessen de qualquier parte, por heredamiento que atendiessen heredar, non nombrando de quien, o de otra manera que fuessen comunales a todos, estonce valdria el pleyto, e auria cada uno su parte de tal ganancia.»

De esta ley, cuya argumentación reproduce la doctrina¹⁷, se deduce que la herencia futura puede ser objeto de compañía si es incierta o, tratándose de herencia cierta, si el causante de la misma consiente, ya que en otro caso podría inducir a un socio a matarle.

En alguna relación con el anterior supuesto, cabe preguntarse si se puede hacer depender de un hecho futuro la constitución o la existencia de una sociedad. El problema puede plantearse en teoría en base a la doctrina romana. Cuando el jurista Paulo afirma que *societas coiri potest... vel subconditione* (Dig., 17,2,1, pr.), parece evidente que admite la posibilidad de constituir válidamente una sociedad bajo condición. La antigua jurisprudencia romana tuvo, no obstante, dudas al respecto, y a finales del siglo XVII bastantes romanistas estimaron que las palabras *vel sub conditione* del texto paulino no eran más que una interpretación justiniana que, en opinión de Arangio-Ruiz, representa, como el resto del pasaje de Paulo, residuos de un amplio tratado de este jurisconsulto sobre la posibilidad de incluir elementos accidentales en el negocio constitutivo de la sociedad¹⁸.

c) *La «societas super officiis»*.—Una compañía especial, la llamada *societas officiorum, super officiis* o *super officiis Romanae Curiae*, es considerada ilícita por bastantes autores. De ella tratan algunos extranjeros, además de Domingo de Soto, el Doctor Navarro, Felicio, Juan Azor, Luis López o Juan de Lugo. De ella se ocupa también Francisco de Toledo, el cual, aunque admite la licitud de estas sociedades cuando se cumplen determinados requisitos, algunos de ellos impuestos por Paulo IV, denuncia los pactos que suelen añadirse a estas compañías¹⁹. No las estudian autores más antiguos porque, al parecer, no se usaban en su tiempo²⁰. Se utilizaron en la curia romana y también fuera de la misma, en otros lugares de Italia. Juan Azor menciona la legislación básica sobre esta materia, consistente en algunas Bulas de los pontífices León X, Paulo IV y Pío V, así como una fórmula notarial

17. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, 2 v.º; J. DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia*, 2.º P., 5, 3, 10; J. M. DOMÍNGUEZ VICENTE, en su *Ilustración y continuación* de la obra de Hevia, 2.º t., 5, 3, 12.

18. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in Diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Ristampa anastatica* (Napoli, 1956), 122.

19. F. DE TOLEDO, *De instructione*, lib. 5, cap. 40.

20. J. AZOR, *Institutionum*, 617-618.

de constitución de estas sociedades según la costumbre romana, tomada del libelo que a las mismas dedicara Virginius Bocatius²¹. Por otra parte, sobre la licitud de los pactos que acompañan a estas sociedades existe una jurisprudencia de la Rota de la que no se puede extraer un criterio uniforme.

En estas sociedades, una persona recibe de otra —por lo general un mercader— una suma de dinero, que es lo que vale o parte de lo que vale la adquisición de un oficio de la curia romana (Notario, Protonotario, etc.) que ha quedado vacante, y con ese dinero lo compra, pasa a ejercer el oficio y se compromete a entregar a la persona que le facilitó el dinero, al principio de cada semestre, un tanto por ciento determinado, que se estima como una participación de los beneficios o lucros ordinarios y extraordinarios del oficio en cuestión, con la particularidad de que el oficial tiene que devolver el capital que se le ha facilitado, salvo en el caso de que el que se lo entregó fallezca de muerte natural dentro de los primeros seis meses del desempeño del oficio. Transcurrido ese plazo, ambas partes pueden disolver el contrato, siempre que se avisen con la debida antelación.

Más tardíamente, Juan de Lugo, que tiene a la vista y resume las opiniones de los autores anteriores sobre la problemática de las sociedades *super officiis*, dedica a las mismas un estudio²², que constituye un compendio de la doctrina más destacada sobre estas sociedades y una exposición de su opinión, favorable, en líneas generales, a dichas sociedades, cuyo objeto considera lícito objeto de compañía. Juan de Lugo, que representa una actitud liberal en relación con las condenas que hacen otros juristas y teólogos de muchos contratos y fórmulas mercantiles, en las que ven injusticia o usura, cuando se encuentra ante pactos que pueden ser usurarios, suele admitirlos muchas veces mediante la adición de una serie de compensaciones en las cláusulas del contrato de sociedad o en los pactos que al mismo pueden y suelen añadirse. Para explicar y apoyar su postura estudia la problemática que estas sociedades plantean al exponer los requisitos que las caracterizan, dentro de los cuales analiza las dificultades y los interrogantes que pueden surgir. Condición fundamental de esta sociedad, según Juan de Lugo y los autores que cita, es que se haga sobre un oficio verdaderamente detentado. Esto le lleva a plantearse si puede constituirse sobre un oficio perpetuo, contestando afirmativamente, siempre que se haga con las debidas compensaciones y el lucro se tase en atención a las consecuencias que se derivan para la sociedad y para las partes contratantes del carácter perpetuo del oficio. También admite, basándose en algunos autores italianos, la posibilidad de que la sociedad se haga con el oficial que percibe realmente los frutos del oficio, en vez de con el titular del mismo, como sería el caso en que un padre, detentador del oficio, tiene cedido el producto de éste a su hijo. Asimismo es válida una sociedad de esta naturaleza sobre varios oficios detentados por la misma persona. Considera

21. Ibid.

22. J. DE LUGO, *Disputationum de iustitia et iure*, t. 2, disp. 30, sectio 5.

también que la obligación nacida de tal sociedad puede subsistir incluso cuando el oficio se haya extinguido, por transformarse en un contrato innominado, *do ut des*, como sostienen algunos autores, entre ellos Domingo de Soto y el Doctor Navarro, a cuya opinión se opone Azor, que ve usura en un pacto así. Juan de Lugo reconoce que un contrato de ese tipo puede ser usurario, pero añade que dejará de serlo si se pacta un lucro moderado, pudiendo considerarse como un *contractum fortunae* o una especie de *sponsio* o compromiso recíproco de dar algo si se produce un evento²³. Al plantearse cómo se fijaría ese lucro moderado, estima que no puede establecerse en la misma proporción que en un censo vitalicio que comprara una persona de la misma edad y estado de salud que el socio en la sociedad *super officiis*, dando una serie de razones para ello.

Sostiene además Juan de Lugo que es condición esencial de estas sociedades que sea precisamente dinero lo que se entregue al oficial y que éste lo haga suyo si su socio fallece dentro de los seis meses; que dentro de los quince días inmediatos posteriores a la constitución de la sociedad pueda el socio nombrar a otra persona para que reciba el dinero si el socio muriera dentro de los seis meses, aunque cometería fraude quien procediera al nombramiento habiendo enfermado de gravedad; que para que el dinero no se devuelva es preciso que el socio no muera de muerte violenta, deteniéndose en algunos supuestos dudosos; que el oficial entregue al socio su participación en los frutos del oficio en la proporción convenida (solía ser el doce por ciento anual) por semestres anticipados; que, terminada la sociedad, mientras el oficial no restituya a su socio la suma que le facilitó, le siga abonando el doce por ciento debido, lo que justifica por razón del lucro cesante; y que el oficial ofrezca fiadores idóneos al formalizar la escritura de esta sociedad, y sustituya al que no lo sea o deje de serlo, bajo pena de no poder hacer suyo el capital en el caso de muerte de su socio dentro del plazo antes indicado. Termina Juan de Lugo su estudio sobre estas sociedades reseñando brevemente sus causas de disolución.

En definitiva, la licitud o ilicitud de la *societas super officiis*, según la doctrina, depende casi siempre de la forma en que se celebren sus pactos. Los autores que tratan de ella con más detenimiento suelen considerarla lícita si se establecen justas compensaciones entre las partes y se garantiza en cada caso la justicia en sus cláusulas constitutivas. Con ello la problemática de estas sociedades se relaciona, en este punto, con las condiciones de licitud que examinaremos.

c) *Los negocios usurarios*.—Al tratar de la licitud del objeto de una compañía, lo más frecuente es que los autores se refieran a la negociación

23. En LEONARDO LESIO se halla una definición del contrato de *sponsio* como aquel contrato *in quo de veritate vel euentu alicuius rei contententes, sibi vicissim aliquod spondent, ut id eius sit, qui veritatem fuerit assecutus*. De él trata, juntamente con el de *ludo*, en su *De iustitia et iure* (1608), lib. 2, cap. 26.

usuraria. La prohibición de la usura es común a los teólogos medievales, debido a las ideas económicas de la época²⁴. *Usura est ubi amplius requeritur quam datur*, pues no se concibe que el dinero de por sí tenga que producir beneficios. Sin embargo, lentamente, la Iglesia irá suavizando su postura. Ya a fines del siglo XII y en la centuria siguiente, teólogos y romanistas parecen olvidar sus inventivas contra la riqueza y atenúan el rigorismo de la tradicional doctrina sobre la usura²⁵. En el siglo XIV se considera que si bien el dinero, es improductivo *per se*, puede serlo *per accidens*²⁶. El florecimiento de las actividades bancarias en el siglo XV y las nuevas perspectivas que abre el siguiente traerán consigo una larga época de controversias entre los autores tradicionales y los que representan las nuevas tendencias, y se modificarán las leyes civiles y eclesiásticas sobre la justicia de ciertos actos y negocios jurídicos de la práctica económica y mercantil²⁷. Los autores, en especial los

24. Las condenas de la usura por las Sagradas Escrituras (*Éxodo, Levítico, Deuteronomio, Salmos*, Profeta Ezequiel, Evangelio de S. Lucas), por los escritos de los Santos Padres (S. Agustín, S. Jerónimo, S. Gregorio Nacianceno o S. Ambrosio), por las normas conciliares y pontificias y la doctrina canónica (desde los concilios de Elvira y Nicea, o Braga o los visigóticos, o las doctrinas de S. León o de Graciano) las invocan los teólogos para proscribir toda operación de interés dinerario. Es la preocupación moral de los teólogos de la Edad Media y aún después cuando abordan cuestiones económicas, como señala BERNARDO ALONSO RODRÍGUEZ (V. *Monografías de moralistas españoles sobre temas económicos, siglo XVI*, en «Repertorio de la Historia de las Ciencias Eclesiásticas en España», 2 (siglos IV-XVI), Salamanca, 1971, 147-148), lo que significa que esta preocupación preside el campo de las doctrinas y estudios económicos, ya que la mayoría de los tratados de economía política, y principalmente los primeros que aparecen en España, se deben a las plumas de teólogos y moralistas (V. M. COLMEIRO, *Biblioteca de los economistas españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII*, en «Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», 3 (1951), 173).

25. Así ocurre con Alejandro de Hales, S. Buenaventura, Inocencio IV o S. Raimundo de Penyafort (V. J. SALVIOLI, *La doctrina económica de los escolásticos en el siglo XIII*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 1926, 31-68), aunque Santo Tomás piensa que el uso del dinero consiste en consumirlo y que constituye usura *vendere usum pecuniae*. La doctrina tomista es respetada y a ella acuden autores posteriores, destacadamente S. ANTONINO DE FLORENCIA.

26. «Con estas palabras —dice SALVIOLI— queda indicada la función del dinero prestado para su empleo en la producción, y, como consecuencia, se declaran lícitas todas las participaciones en las formas de sociedad comercial» (V. J. SALVIOLI, *La doctrina económica*, 34 y ss.).

27. En realidad, cuando un autor como VITORIA condena por usurario el interés del préstamo, está pensando, como se ha puesto de relieve (V. GERHARD OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, 1964, cap. 8) en el préstamo de consumo, concedido a labradores y artesanos, y no en los préstamos productivos, otorgados a comerciantes y negociantes que, a través del préstamo, obtienen ganancias. GREGORIO DE VALENCIA, tras afirmar, siguiendo la postura tradicionalista, que el dinero es estéril de por sí, considera que, puesto en una negociación, es decir, *ad lucrandum*, se convierte en *res fructifera* y vale más que considerado en sí mismo (*Libro quatuor*, t. 3, 1198-b). En el mismo sentido, otros muchos, por ejemplo PEDRO DE NAVARRA, quien afirma que, si bien *pecunia ex se non fructificet, in negotiatione tamen fructificat* (*De restitutione in foro conscientiae*, Toledo, 1591, t. 2, lib. 3, cap. 2, n. 364).

teólogos y canonistas, insisten en matizaciones y condicionamientos al estudiar las circunstancias que pueden concurrir en los préstamos. En este sentido, se tiene en cuenta, de una parte, la intención de los intervinientes en el contrato de mutuo, y, de otra, las compensaciones o indemnizaciones a que, en justicia, puedan dar lugar los conceptos de daño emergente y lucro cesante²⁸. Por otro lado, mientras hay autores que, como Pedro de Aucona, consideran que la usura no va contra el Derecho Natural, sino sólo contra el Derecho divino positivo, otros, como Conrado, Juan Mayor o Francisco de Vitoria, siguiendo a Santo Tomás, estiman que no sólo está prohibida por el Derecho canónico y civil, sino que es contraria al Derecho natural²⁹. La evolución de estas doctrinas tendrá su reflejo en la problemática compleja que plantean las condiciones de licitud de las sociedades³⁰.

La especial atención que merecen a los autores las actividades usurarias como objeto ilícito de compañía se debe a que la usura era muchas veces menos evidente y más solapada que otra cualquier *res illicita*, más polémica, como hemos indicado, y, sobre todo, especialmente vinculada a las actividades mercantiles. Se dice muchas veces que el contrato de compañía suele estar viciado por la usura. Esto explica la inclusión de algunos de los problemas de la licitud en tratados dedicados genéricamente a la usura, y que Miguel de Palacio estudie el contrato de sociedad después de haber tratado de la usura. El mismo resalta la afinidad al razonar el orden de su exposición: *Quoniam de usuris, disseritur, et contractus hic societatis saepe vitatur ex usura, ideo praehabitis de usurae capitibus, attexui de societatis contractu caput hoc*³¹.

Luis López se refiere a los intereses del capital que los usos de los mercaderes habían extendido en sus contrataciones por Europa, al decir que *consuetudo quae est in aliquibus partibus Galliarum et Hispaniarum... sed respondendi eisdem mercatoribus sex, vel septem pro centum in anno...*³².

28. Así, por ejemplo, LUIS DE ALCALÁ, quien, apoyándose en la tradición medieval, pero también en las doctrinas posteriores, y partiendo de una concepción de la usura como «qualquier demasia que el que presta o fia principalmente entiende llevar por razon de tal prestamo o cosa fiada», analiza detenidamente tal definición en sus diferentes partes, y plantea diversos casos de posible compensación económica que no deben tacharse de usurarios (*Tractado de los prestamos que pasan entre mercaderes y tractantes*, 2.ª ed., 1546, 1 v.º y ss.).

29. Defiende la última opinión y refuta la contraria JUAN DE MEDINA, en su *De Poenitentia, restitutione, et contractibus*, 1606, t. 2, 2.ª P: *Codex de rebus per usuram acquisitis*, q. 2, fol. 302-312.

30. Un estudio más actualizado de la problemática de la usura en el derecho histórico puede hallarse en B. CLAVERO SALVADOR, *Prohibición de la usura y constitución de rentas*, en «Moneda y Crédito», 143 (1977); e *Interesse: traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 49 (1979), 39-97.

31. M. DE PALACIO, *Praxis*, 360.

32. L. LÓPEZ, *Instructorium*, 17.

Y Cristóbal de Villalón delata el carácter ilícito de las compañías de mercaderes, a los que entregan su dinero algunas personas para obtener un beneficio. Nos dice: «deues mucho mirar que quando pones tus dineros en casa de algun mercader en compañía de alguna contratacion que deues mirar que la tal contratacion sea licita y buena...», ya que si no lo es, «todo quanto interesse lleuares de alli deues restituyr de obligacion»³³.

El aspecto usurario del contrato de compañía no sólo se debe a las negociaciones que a veces son objeto del mismo, sino, en ocasiones, a las propias estipulaciones sociales, singularmente cuando éstas desvirtúan la naturaleza del contrato de sociedad para convertirlo, total o parcialmente, en un mutuo lucrativo, y, como tal, usurario, ya que la usura nace esencialmente del mutuo que deja de ser gratuito. Así lo expresa Juan de Medina: *Usura est lucrum ex mutuo, principaliter intentum. Unde ubi non est mutuum, usura locum habere non potest*³⁴. Manuel Rodríguez considera ilícita la compañía formada para entregar algo a usura, aunque no tanto por suponer una infracción del primer requisito de licitud, sino porque estima que iría contra una condición intrínseca del contrato de compañía que habría que considerar incluida en los tres requisitos de licitud que contempla la generalidad de la doctrina³⁵.

d) *La «societas utrinque libera»*.—Por último, parte de la doctrina considera como compañía con objeto ilícito, concretamente usurario, la llamada *societas utrinque libera*, cuyo uso era frecuente en Italia. Juan Azor se ocupa de ella en su *Institutionum moralium*, III (columnas 632-633). Esta sociedad se constituía entre dos personas, una de las cuales, dueña de una cosa, por lo general una casa, la entregaba a otra, de la que recibía a cambio una suma de dinero, con el pacto de que cualquiera de ellas podía reclamar cuando quisiera lo que había entregado, casa o dinero, devolviendo lo que a cambio había recibido. Juan Azor analiza este tipo de sociedad y expone la opinión de la doctrina sobre su licitud o ilicitud.

Mientras algunos autores, como Silvestre, Domingo de Soto o el Doctor Navarro, reprueban tal contrato como usurario, otros, entre los que figuran Conrado, Juan Mayor o Diego de Covarrubias, estiman que puede constituirse válidamente. Los que lo condenan se basan, fundamentalmente, en el hecho de que la persona que entrega el dinero comete usura, puesto que, al reservarse el derecho de reclamarlo en cualquier momento, resulta que lo entrega en mutuo, y, al mismo tiempo, se lucra con el uso y habitación de la casa y *nihil computat in sortem*. Los que sostienen la licitud de este contrato no lo consideran en realidad como auténtico contrato de sociedad, sino como una compraventa con pacto de retroventa a favor del comprador o del

33. C. DE VILLALÓN, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de usuras* (ed. 1546, reproducida en fotograbado en *Una obra de Derecho Mercantil del siglo XVI, de Cristóbal de Villalón*, Valladolid, 1945), 36 y v.º

34. J. DE MEDINA, *De Poenitentia*, q. 1, fol. 295.

35. M. RODRÍGUEZ, *Suma de casos de consciencia* (Salamanca, 1594), 122-123.

vendedor. A juicio de Juan Azor, es obvio que hay usura en un pacto por el que quien da su dinero lo da en concepto de mutuo. Por otra parte, una atenta lectura de los autores que defienden la licitud del contrato permite a Azor descubrir, según él mismo nos revela, que casi todos reconocen que tal sociedad no está permitida como tal por tener un claro aspecto usurario. Y añade que, como el que entrega el dinero compra con él la casa *pretio soluto*, si la casa se destruyera por un hecho fortuito, comoquiera que la cosa vendida parece para el comprador, habría que deducir que ninguna de las dos partes podría reclamar lo entregado, es decir, ni el dinero ni la casa o su valor; lo que no ocurre en este contrato.

Estima también Juan Azor que en estas sociedades vienen a resultar desiguales las ganancias, pues el que entrega la casa queda en una situación inferior, ya que es más difícil devolver el dinero que no se tiene que la casa que se tiene, y, en todo caso, el que entrega el dinero peca de usura, al lucrarse ilícitamente por medio de un contrato de mutuo que es a todas luces usurario.

Conrado, Medina y Covarrubias se esfuerzan en razonar la licitud de este tipo de sociedad, descomponiéndolo en dos figuras contractuales: un censo y un arrendamiento. Pero Azor considera que, si se tratara de estos dos contratos, tendrían que darse las condiciones requeridas en los censos y en el arrendamiento, y un pacto de retroventa, vigente incluso en el supuesto de destrucción de la casa por caso fortuito, es improbable por usurario.

II. SEGUNDA CONDICIÓN DE LICITUD: ASUNCIÓN DEL RIESGO DEL CAPITAL POR EL QUE LO APORTA.

A) *Enunciado y problemática.*

Según Francisco de Vitoria, es condición necesaria para la licitud de la compañía *quod ille qui ponit pecuniam subeat etiam periculum*³⁶. Con parecidas palabras, *quod pecunia stet periculo ponentis*, resume Silvestre esta segunda condición de licitud³⁷. Para Tomás de Vio Cayetano, una forma ilícita de sociedad es la que se forma con el pacto de que *capitale unius subset lucro et non damno*³⁸. Y el Doctor Navarro, coincidiendo con Silvestre y Cayetano en la exposición de las tres condiciones de licitud, establece que la segunda es que *pecunia subiaceat periculo eam conferentis, hoc est, ut si pereat, tota illi pereat*³⁹. En el mismo sentido, Bartolomé de Medina o Manuel Rodríguez, remitiéndose al Doctor Navarro⁴⁰.

36. F. DE VITORIA, *De justitia* (ed. V. Beltrán de Heredia, 2 t., Madrid, 1936, en «Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria»), t. 2, q. 78, n. 25, p. 191.

37. *Summa Silvestrina*, v. *Societas* I, 1.

38. CAYETANO, *Summa moralis*, 202 v.º

39. M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 251.

40. B. DE MEDINA, *Instruction*; 148-a; M. RODRÍGUEZ, *Suma*, 122 y 124-125.

Los autores repiten y glosan, con las restantes condiciones de licitud, la relativa al riesgo del capital aportado o *sors principalis*. Así, Francisco García indica «que los dineros que cada uno pone esten sujetos ygualmente a perdida y a ganancia del que los puso»⁴¹, y Mercado, «que el principal se exponga a perdida y ganancia»⁴². Igualmente, insistiendo que *pecunia stet periculo* o *sit periculo exposita*, Alonso Rodríguez, Luis López o Juan Azor⁴³, con la particularidad de que éste altera el orden general de exposición de las condiciones de licitud, y coloca a la que ahora nos ocupa en tercer lugar. Pedro de Ledesma dice que hay dos maneras de constituir una sociedad de capital/trabajo: «La primera manera es, que el que pone el dinero lo ponga tambien a peligro. La segunda es, que el otro compañero se obligue a tener en pie el dinero, que el otro puso». Y sólo considera lícito el contrato de compañía celebrado de la primera forma, porque con tal pacto «no se haze injuria ninguna, ni desigualdad»⁴⁴. Para Francisco de Toledo sería *iniusta societas* aquella en la que no se cumpliera lo que también él considera como segunda condición de licitud: *ut singuli exponantur periculo perdendi de capitali suo, sicut exponunt de lucro*; pero también enuncia la misma regla al proclamar el principio general de que cada uno debe asumir el riesgo de lo que aportó, de tal modo que, si el capital perece, lo pierda el que lo puso, y si no hay ganancias, el que sólo aportó su trabajo *laborem perdit, salua pecunia alterius*⁴⁵.

Pedro de Aragón proclama este requisito del segundo modo que aparece en Francisco de Toledo, pues, resaltando la igualdad de las partes en el contrato de sociedad, estima necesario que cada socio se comprometa a asumir el riesgo de lo que aporta, sea capital o trabajo⁴⁶. Enrique de Villalobos, siguiendo más estrictamente al Doctor Navarro, traduce el enunciado de la segunda condición de licitud por este autor: «que el peligro del dinero corra por cuenta del que lo pone, de manera que, si perece, perezca para él», con independencia de que la pérdida tenga lugar «al principio, o al medio, o al fin de la negociación»⁴⁷. Miguel de Palacio y Bartolomé Salón indican con claridad la asunción del riesgo del dinero por el que lo puso en compañía⁴⁸,

41. F. GARCÍA, *Parte Prima*, 499-500.

42. T. DE MERCADO, *Summa de tractos y contractos* (Sevilla, 1571), 49.

43. A. RODRÍGUEZ, *De usura, de Monte Pietatis, de emptione et venditione anticipata solutione, de censibus, de contractu societatis, de contractu assecurationis et cambiis*, ms. 84 de la Catedral de Pamplona, 350 v.º; L. LÓPEZ, *Instructorium*, 256; J. AZOR, *Institutionum*, 595.

44. P. DE LEDESMA, *Segunda Parte de la Summa, en la qual se summa y cifra todo lo moral, y caso de conciencia que no pertenecen a los sacramentos, con todas las dudas, con sus razones brevemente expuestas* (Salamanca, 1605), 992-a.

45. F. DE TOLEDO, *De instructione*, lib. 5, cap. 41, fol. 608-609.

46. P. DE ARAGÓN, *In Secundam Secundae Diui Thomae Doctoris Angelici Commentaria: De iustitia et iure* (1590), 695-b hasta 696-a.

47. E. DE VILLALOBOS, *Suma*, 2.ª P., trat. 26, dif. 2, n. 1, y dif. 1, n. 4.

48. M. DE PALACIO, *Praxis*, 362; M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1836.

siguiendo al Doctor Navarro, aunque, en el caso de Palacio se aprecia más directamente la influencia de Vitoria, cuyas explicaciones sobre la *Secunda Secundae* debió conocer en Salamanca, donde residió en el curso 1540-1541, tras sus estudios de Teología en Granada. Sarabia de la Calle, que no reproduce tan ceñidamente las teorías de Silvestre, Cayetano o el Doctor Navarro, hace constar que «lo primero que se debe mirar es que lo principal (es decir, el capital o *sors principalis*) que se trata que este igualmente a pérdidas y ganancias de los compañeros», considerando como segundo requisito de licitud lo que la generalidad de la doctrina enuncia en tercer lugar: la igualdad entre los socios a la hora de participar en pérdidas y ganancias⁴⁹.

La mayor parte de la doctrina basa la condición que estudiamos en un argumento de Santo Tomás, según el cual, como el que aporta el dinero no pierde el dominio de éste, es lógico que la pérdida recaiga sobre él, ya que ese capital principal no se comparte. Y esta es precisamente la diferencia entre el contrato de mutuo y el de sociedad, pues, como dice el Doctor Navarro, *dominium rei mutuatae cum periculo in mutuatarium transfertur, non autem rei in societatem collatae, en la cual manet periculo conferentis*, del mismo modo que *industria et labor periculo ea conferentium*⁵⁰. Lo que se dividirá serán las ganancias que produzcan el principal y la industria. La lógica del argumento tomista trasciende a otros autores⁵¹. Así, para Felicio *capitale positum in societate non dicitur communicatum, ideo si perdat, damnum est ponentis, et non commune*⁵².

No obstante lo anterior, cuando los autores se plantean concretamente el supuesto de pérdida del capital, no todos piensan que en cualquier caso ha de sufrirla el que lo puso. Algunos se preguntan si cabe la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, el que aporta el capital no asuma el riesgo de su pérdida o no la asuma totalmente, aunque, como hemos visto, esto vaya en contra del principio que examinamos. Hay autores que opinan que el daño del capital debe ser común en cualquier caso; otros, que sólo debe serlo cuando lo es el lucro. Pero la mayoría, según decimos, cree que es necesario que el capital perezca para el que lo pone. Así lo exige S. Bernardino, el cual, juntamente con otros muchos que le siguen, distingue, no obstante, el momento en que se pierde el capital en relación con la prestación de sus trabajos en la compañía por el otro socio, y expone las siguientes reglas: si el capital se pierde antes de que el otro socio haya

49. L. SARABIA DE LA CALLE, *Instrucción de mercaderes*, reimp. por «Joyas bibliográficas» (Madrid, 1949), 117.

50. M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 251.

51. Aunque es evidente que Santo Tomás, por la época en que escribe, no pudo tener en cuenta la complejidad mercantil de tiempos posteriores, que motivaría una heterogeneidad de pactos y unas situaciones económicas más complicadas, los doctores siguen citando al Doctor Angélico, muchas veces tratando de trasladar o adaptar su doctrina a las nuevas realidades.

52. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVI, 13.

realizado algún trabajo, el daño será común; si se ha realizado algún trabajo, el socio deberá sufrir *aliquod damnum*; si la pérdida tiene lugar después de haber ejercido toda su industria en la actividad de la compañía el otro socio, éste queda exonerado de asumir el daño del capital⁵³. Silvestre, que recoge también las precedentes reglas, se adhiere a la postura que considera más verdadera, según la cual el que aporta el capital asume su riesgo en todo caso, con independencia o no de la realización de los trabajos por el otro socio, y afirma que esta opinión, sostenida por Baldo y Bartolo, entre otros, puede deducirse del pensamiento de Santo Tomás⁵⁴.

¿Y si se pacta que el socio que aporta el trabajo participe en el riesgo del capital, mediante las justas compensaciones económicas que procedan a favor del socio gerente? Pedro de Navarra estima que en las sociedades constituidas sin un pacto así es evidente que el peligro del capital lo asume íntegramente su dueño, incluso aunque el capital se pierda antes de que el otro socio haya tenido tiempo de realizar su trabajo en la negociación de la compañía. Advierte, sin embargo, que el socio gestor ha de responder del daño del capital perdido por su culpa, y no por caso fortuito⁵⁵.

La cuestión estriba, pues, en si pueden establecerse acuerdos entre los socios que excepcionen o atenúen el principio de que la pérdida del capital la soporta siempre el que lo pone. La doctrina estudia si son o no lícitos algunos pactos en tal sentido. La opinión más común los considera ilícitos, aunque los permite cuando se ha convenido que el capital aportado se comunique entre los socios lo mismo que las ganancias, como señala Silvestre⁵⁶. Pero es necesario que el capital, por pacto expreso o por aplicación de la costumbre del lugar, sea común desde el primer momento. En este caso, es lógico que el que aporta trabajo participe en la pérdida del capital, ya que al entrar, desde el primer momento, en la propiedad del que aportó el otro socio, es como si él mismo hubiera contribuido con la mitad del capital, y, en consecuencia, ha de estar a la pérdida de éste, precisamente por imposición de la propia condición de licitud que examinamos. En tal situación, Periglis admite que *pactum fieri potest, quod periculum capitalis sit commune*⁵⁷. Del mismo modo opina Pedro de Navarra, considerando que el pacto de formar una masa común con todas las aportaciones de los socios, en capital y trabajo, es lícito, e incluso puede presumirse si esa es la costumbre del lugar⁵⁸.

53. Estas reglas se hallan en PEDRO BELLAPERTICA, al que sigue CINO DE PISTOIA, y las recoge GREGORIO LÓPEZ en su glosa « por la muerte » a Partidas 5.10.10.

54. *Summa Silvestrina*, v. *Societas* I, 6.

55. P. DE NAVARRA, *De restitutione*, t. 2, lib. 3, cap. 2, 3.ª P., n. 370-371.

56. *Summa Silvestrina*, v. *Societas* I, 6.

57. A. DE PERIGLIS, *De Societatibus*, en *Tractatus illustrium... jurisconsultorum*, t. 6, P. 1, fol. 131 v.º.

58. P. DE NAVARRA, *De restitutione*, t. 2, lib. 3, cap. 2, 3.ª P., n. 372.

B) El «*pactum de salua sorte reddenda*».

a) *Planteamiento*.—La cuestión anterior determina y desemboca en otra: la posibilidad de asegurar, mediante pacto, la restitución del capital. En principio, hay que considerar tal pacto como ilícito, en cuanto que va contra la naturaleza del contrato de compañía. Felicio tacha de usurario tal acuerdo, al afirmar que si el capital *integrum esse restituendum... nemo est, que neget, contractum esse usurarium...*⁵⁹; y Salón considera inicua y usuraria a tal sociedad⁶⁰. Sin embargo, el problema se complica desde el momento en que el pacto de asegurar el capital puede hacerse con tercera persona y con independencia del contrato de compañía. Estas y otras circunstancias las tiene en cuenta la doctrina, y en ella se observan tesis contradictorias. Ya Ángel de Periglis, que en principio sostiene que no puede pactarse que *capitalis sit saluum*, ni por Derecho canónico ni en fuero de conciencia, citando la autoridad de Baldo para tachar de inválido el acuerdo que lo establezca, recoge la opinión del Hostiense, según la cual el pacto de mantener a salvo el capital es válido por derecho civil, *magis ex vi pacti, quam ex natura contractus*⁶¹. Plantea así la duda de la licitud de ese pacto, que civilmente tiene valor, aunque no como pacto social.

Las opiniones sobre si es o no lícito el *pactum de salua sorte reddenda* pueden reducirse a dos posturas enfrentadas, si bien los razonamientos de los doctores pormenorizan la cuestión y condicionan su resolución a la concurrencia de determinadas circunstancias en esos pactos y en las compañías. Los que defienden la legitimidad del pacto suelen basar sus argumentaciones en la licitud del contrato de seguro, el cual, si puede realizarlo un tercero como asegurador, en relación con el capital aportado por un socio, también podrá llevarlo a cabo cualquiera de los socios o la propia compañía, por medio de un contrato separado del de sociedad, como enseña Silvestre. A éste sigue el Doctor Navarro, para quien es lícito que un socio asegure al otro su capital, recibiendo por ello el precio por el que lo aseguraría un tercero o deduciendo ese precio de las ganancias⁶². Por el contrario, otros autores consideran ilícito el pacto de *salua sorte reddenda*, porque se opone a la naturaleza del contrato de sociedad y resulta usurario e injusto.

Para estudiar este problema hay que separar, en la medida de lo posible, el aseguramiento estricto del capital de otra cuestión más amplia que la comprende: la del contrato trino, que los autores estudian y comentan. De otro lado, hay que distinguir, y así se observa en las fuentes doctrinales, que el asegurador sea un tercero, la propia compañía o un socio, y que se asegure el total del capital o una parte.

59. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVII, 9.

60. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1841-1842.

61. A. DE PERIGLIS, *De Societatibus*, t. 6, P. 1, fol. 131.

62. M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17. 254.

La doctrina no niega la posibilidad de que el capital sea asegurado por alguien ajeno a la sociedad, pues ni siquiera suele plantearse esta cuestión como dudosa. A ella aluden algunos autores cuando, al defender la licitud del aseguramiento del capital por un socio, arguyen que si un tercero puede asegurar el capital de un socio, también lo podrá asegurar un socio, como ya señalamos. Tampoco se ocupa expresamente la doctrina del caso en que el asegurador sea la propia compañía, quizá por identificar este supuesto con el del socio asegurador, al que dedica especial estudio. Pero las opiniones discrepan en este punto, y algunos autores distinguen diversas circunstancias, partiendo casi siempre de un supuesto simple de sociedad en la que un socio pone capital y el otro trabajo, para preguntarse si es lícito que el que aporta su trabajo asegure al otro su capital total o parcialmente. ¿Es posible unir o implicar este contrato de seguro en el de sociedad, garantizando el que pone su industria a su consocio la integridad del capital? El supuesto abarcaría dos casos: el pacto simple, sin compensación alguna a favor del que soporta el peligro, y el pacto en el que se prevé una posible compensación.

Los autores que tachan de ilícito el pacto al que nos referimos suelen arrancar de Azzo, Accursio, Angel de Perusia y otros que estiman que el aseguramiento del capital por el otro socio va contra la naturaleza del contrato de sociedad, que es una *fraternitas*, y en ocasiones recuerdan la condena del mismo por el Concilio de Milán, donde se estableció: *neque fiat pactio ut sors salua sit, fructus vero communiter dividantur*. Los autores que defienden el pacto de aseguramiento parten de Juan Andrés, el Panormitano y el Hostiense, por estimar que para éstos es legítimo añadir al contrato de sociedad el de aseguramiento del capital, al que consideran un pacto *praeter* y no *contra* la naturaleza de la compañía.

Tomás de Mercado afirma que asegurar «el puesto por todo el tiempo de la compañía es lícito, como no sea el otro compañero asegurador», y en el mismo sentido se pronuncia Bartolomé de Albornoz⁶³. Miguel de Palacio pone algunos ejemplos de compañías impuras y de pactos ilícitos, entre ellos el del aseguramiento del capital de un compañero por el otro, pacto que considera usurario⁶⁴, como también hace constar Pedro de Ubaldis, para quien, siguiendo las palabras de S. Lucas, *mutuum dantes nihil inde sperantes, et quicquid accedit sorti usura est, et ubi capitales est firmum, quicquid ei accedit sorti usura est*⁶⁵. Pero la doctrina se hace más incisiva y se detiene en casos y condicionamientos que pueden volver lícito el aseguramiento del capital por parte del otro compañero, como sostienen Cayetano o el doctor Navarro, o que al menos plantean la duda de su licitud, o bien la rechazan abiertamente con argumentos más sólidos en algunos casos. La ma-

63. T. DE MERCADO, *Summa*, 52 v.º; B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, 27.

64. M. DE PALACIO, *Praxis*, 363-364.

65. P. DE UBALDIS, *De duobus fratribus*, 147 v.º.

yoría de los autores se limita a exponer y razonar los argumentos, a veces reelaborándolos, a favor o en contra de las distintas posturas.

b) *El aseguramiento total del capital.*—Sobre el aseguramiento por un socio de la totalidad del capital aportado por el otro, el doctor Navarro y Domingo de Soto representan las posiciones más extremas. Si el primero considera lícito tal aseguramiento, como hemos visto, el dominico lo califica de ilícito.

Recoge Soto las argumentaciones principales de la doctrina a favor del pacto mencionado. Así, en primer lugar, la que se basa en un texto de Inocencio III, el capítulo *Per vestras de donationibus inter virum et uxorem*, en el que se dice:

Mandamus quatenus dotem assignare faciatis eidem viro sub ea quam potest cautionem praestare, vel saltem alicui mercatori mitti, ut de parte honesti lucri dictus vir onera possit matrimonii sustinere...

En tal supuesto, en que el marido entrega a un mercader, con el que viene a constituir compañía, el dinero de la dote, como ésta debe permanecer incólume, su importe, considerado como capital aportado por un socio (el marido), queda automáticamente asegurado por el otro socio, legitimándose incluso la percepción de una parte de los beneficios obtenidos por el mercader que recibe el dinero de la dote, para atender con esos beneficios a los gastos del matrimonio. Reproduce asimismo el argumento según el cual, al considerarse que el que aporta mucho dinero puede lícitamente no responder de la pérdida del total aportado, hay que estimar lícito el pacto por el que los restantes consocios asumen el riesgo parcial e incluso total del capital. Finalmente, expone la opinión de que si es válido que un tercero asegure a un socio el capital aportado, no hay razón para que no pueda asegurar lo mismo uno de los socios. Domingo de Soto refuta estas argumentaciones partiendo de dos principios básicos que considera inviolables: la necesidad de que el riesgo recaiga sobre el capital, sea cual sea el origen y la naturaleza de éste, incluso tratándose de bienes dotales, y la exigencia de que la participación en las ganancias no sea en proporción a lo que se aporta, sino en proporción a lo que se arriesga. (Este segundo principio posee especial relevancia desde el punto de vista de la tercera condición de licitud de las compañías, como veremos.) En consecuencia, el aseguramiento del capital por un socio significa que soporta el riesgo quien no es dueño de la cosa, con lo que se desvirtúa la naturaleza de la sociedad, que se convierte de hecho en un mutuo, el cual, además, es usurario, en cuanto que media un lucro, representado por el beneficio que obtiene el socio que aporta el capital⁶⁶.

66. D. DE SOTO, *De iustitia et iure libri decem* (Salamanca, 1562), 561-562.

Alonso Rodríguez sostiene también la ilicitud del aseguramiento por un socio de la totalidad del capital aportado por el otro, partiendo de que es contrario a la sociedad recibir la ganancia y rehuir el daño. Asegurado el capital, no habría verdadera sociedad, sino mutuo usurario, ya que el socio asegurador se convierte en mutuario y como tal adquiere la propiedad del dinero aportado por el otro, con lo que resulta que éste no aporta nada a la sociedad. Estima que el que entrega dinero a un mercader con el pacto de que se le mantenga a salvo comete usura y debe devolver la ganancia que reciba. El pacto, por tanto, es inadmisibles incluso a favor de viudas, eclesiásticos o menores, o para redimir cautivos. De igual modo, tampoco tiene validez cuando el marido aporta como capital el dinero de la dote, ya que incluso ésta, cuando constituye la aportación de un socio, tiene que estar a pérdidas y ganancias, como señala Diego de Soto⁶⁷.

Lo que hacen estos autores, básicamente, es refutar los argumentos del Doctor Navarro favorables al pacto que nos ocupa. Curiosamente, y no obstante la opinión del Doctor Navarro en pro del pacto, en un *Compendio y Sumario de Confesores y Penitentes* publicado en Valencia en 1579, en el que se afirma que está «sacado de toda la sustancia del Manual de Navarro» y que es una traducción del portugués hecha por el agustino Fray Antonio Bernat, al aludirse brevemente al aseguramiento del capital puesto en compañía, se condena. «Distes dinero para tratar en compañía, con pacto que no perdiessedes nada de vuestro caudal, y huuiessedes parte de la ganancia, o que ninguna perdida del caudal quedasse por vos, y la perdida de todo el trabajo, e industria quedasse con el tratante?», se dice en el Manual, añadiéndose que en ese caso se peca mortalmente⁶⁸.

En cambio, otros autores defienden la licitud del aseguramiento del capital por un socio si se hace con ciertos condicionamientos. Domingo de Báñez estima que el contrato de seguro puede ser lícito siempre que se haga por un justo precio, y que no anula al de sociedad convirtiéndolo en mutuo, ya que, como sostiene el doctor Navarro, el socio asegurador no adquiere la propiedad del capital asegurado, sino que, en virtud del contrato de sociedad, queda obligado a negociar e invertir ese dinero en la compañía, y no puede darle el uso que quiera, como podría hacer si, por ser mutuario, adquiriera la propiedad de lo recibido con la obligación de devolver otro tanto⁶⁹.

Sarabia de la Calle, que en principio califica de empréstito usurario el acuerdo de que el capital no soporte el riesgo, añadiendo que así como en el contrato de compañía la injusticia radica «en no llevar ni repartir la perdida y ganancia por iguales partes», la usura está «en la seguridad del caudal de un compañero», considera, no obstante, la posibilidad de que

67. A. RODRÍGUEZ, *De usura*, 347 y v.º.

68. Ob. cit., 18,223.

69. D. DE BÁÑEZ, *De iure et iustitia decisiones* (Salamanca, 1594), 636-637.

un socio asegure lícitamente al otro su capital mediante un contrato de seguro independiente del de compañía. Pero es necesario que esto no se haga en fraude del socio y que el contrato de seguro no sea un pacto forzosamente anexo al de sociedad que el otro socio se vea obligado a aceptar, salvo en aquellos lugares donde los usos imponen que ambos contratos vayan juntos, pues afirma que «si hubiese costumbre de hacerse estos pactos de aseguración en los tratos de compañía se podrían tolerar», como dice Cayetano ⁷⁰.

Miguel Bartolomé Salón sostiene la licitud del contrato de seguro y su compatibilidad con el de sociedad en este caso, tanto si los dos contratos se realizaron de forma sucesiva e independiente, como si se celebraron de forma simultánea, pero siempre que lo permita la costumbre del lugar, se fije un precio justo por el seguro y se haga de buena fe, sin que intervenga fraude, dolo ni escándalo. A continuación se plantea el problema de si, constituida una sociedad sin pacto de mantener a salvo el capital, puede otorgarse aparte una escritura de seguro, mutuo o depósito en cuya virtud un socio se compromete a restituir íntegro el capital aportado por el otro, pero sin que ésta sea la intención verdadera del que aporta el capital, el cual acudiría a este negocio simulado para que el otro socio actuara con más diligencia. Y resuelve la cuestión, siguiendo a Silvestre y al doctor Navarro, de forma negativa, pues considera ilícita tal simulación y que peca mortalmente el que así actúa, ya que, entre otras cosas, puede cambiar de opinión, o puede suceder que, muerto el socio que aportó el capital sin haber revelado su intención oculta, sus herederos reclamen la restitución íntegra del capital, en base a la escritura de seguro, mutuo o depósito. Lo que sí puede exigir lícitamente el que pone el capital es que el otro socio ofrezca fianza o fiadores que garanticen la devolución del capital o de la parte del mismo que no se pierda ⁷¹. Lo mismo afirma Alonso Rodríguez, también siguiendo a Silvestre y al doctor Navarro, o Manuel Rodríguez ⁷². Asimismo, en el *Compendio y Sumario de Confesores y Penitentes* que antes citamos, se alude a ese contrato simulado de mutuo o depósito, que no tiene otro objeto que garantizar la diligencia del mercader en la gestión de la compañía, y se sanciona la misma prohibición por análogas razones. Se dice que el que así entregó su dinero «ha de romper la tal escritura y contrato si quisiere participar de la ganancia», y, además, tiene que «restituir lo que hasta entonces recibió» o bien compensar o indemnizar al otro socio por los daños causados ⁷³.

Diego de Covarrubias, siguiendo a Juan Mayor, defiende la licitud del pacto de aseguramiento del capital de un socio por el otro a cambio de una

70. L. SARABIA DE LA CALLE, *Instrucción*, 118.

71. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1871-1878.

72. A. RODRÍGUEZ, *De usura*, 348; M. RODRÍGUEZ, *Suma*, 126.

73. Ob. cit., 18, 224.

compensación. Atiende al supuesto en que el valor del trabajo aportado por el socio asegurador es menor que el del capital del otro, en cuyo caso el socio industrial podrá asegurar el capital del otro a cambio de una participación de ambos en las ganancias por partes iguales. La diferencia entre lo que el socio asegurador percibirá y lo que tendría derecho a percibir si no hubiera asegurado el capital aportado por su compañero, podría considerarse como el precio del seguro⁷⁴. Pedro de Navarra y Gaspar Hurtado también admiten la licitud del pacto. El primero, tras exponer la opinión de Cayetano, que sólo considera ilícito el pacto si se celebra simultáneamente con el de sociedad, y la de Soto, que, como hemos visto, lo tacha de ilícito en cualquier circunstancia, se adhiere a la opinión favorable más amplia, representada principalmente por Silvestre, el doctor Navarro o Covarrubias. Termina exponiendo los argumentos que más se invocan a favor del pacto de aseguramiento, para remitirse finalmente a la interpretación favorable al pacto del *cap. Per Vestras* al que ya aludimos⁷⁵. En cuanto a Gaspar Hurtado, da por supuesta la licitud del pacto en el caso en que se establece una compensación a favor del socio asegurador, pues afirma que *superaddito contractu assecurationis, periculum damni potest iuste in aliquem ex sociis transferri, oblata compensatione pro eo onere periculi*⁷⁶.

Felicio tacha de inicuo, ilícito, nulo y usurario el pacto de aseguramiento del capital por un socio, porque no es lícito recibir el lucro y no sufrir el daño y porque se opone a la igualdad que debe inspirar las relaciones *inter socios*, es decir a la segunda condición de licitud de la compañía, la cual debe estar presidida por el derecho de fraternidad, como ya advirtieron romanistas como Accursio o Azzo, canonistas como el Panormitano o teólogos como Antonino de Florencia... Además, Felicio insiste en que el pacto de aseguramiento del capital convierte al contrato de compañía en uno de mutuo, que, además, en cuanto suele pactarse que el que pone el capital reciba una parte de los beneficios, implica usura. Por eso el pacto lo condenan teólogos y doctores en ambos Derechos, además de la normativa canónica, aludiendo a la Bula *Detestabilis* de Sixto V, a la que más adelante nos referiremos⁷⁷.

A continuación, Felicio refuta las opiniones y argumentos de los que defienden la licitud del pacto de aseguramiento del capital por un socio, afirmando, ante todo, que, aunque los contratantes declaren que desean celebrar contrato de compañía con la adición de ese pacto, no sólo hay que estar a las palabras, sino a los hechos, y de éstos se deduce que no se ha constituido una verdadera sociedad. Contra los que sostienen la compatibilidad del pacto de aseguramiento con la propia naturaleza de la compañía,

74. D. DE COVARRUBIAS, *Opera omnia* (ed. 1724), t. 2, 278.

75. P. DE NAVARRA, *De restitutione*, t. 2, lib. 3, cap. 2, 3.º P., n. 356-357.

76. G. HURTADO, *Tractatus de iustitia et iure* (1637), 249 v.º.

77. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVII, 3-9.

Felicio afirma, por el contrario, que tal pacto repugna al concepto de sociedad. Según Azzo, *societas est duorum pluriumve conuentio honeste contracta ob commodiorem usum, et uberiorem quaestum*; para otros, *societas est contractus, in quo aliquis res suas communicat alteri, faciendo eum coparticipem domini et ususfructus earundem pro aliquo alio temporali sibi simili modo communicando*. El pacto de mantener a salvo el capital se opone a ambas definiciones, pues, en relación con la primera, no es razonable que el que pone el capital soslaye su riesgo, ya que la sociedad resultaría nula, muy inicua y leonina, y en relación con la segunda, la asunción del peligro por el que recibe la cosa y la obligación consiguiente de devolver otra del mismo género constituye un mutuo. Por otra parte, si se comunican las ganancias, también deben comunicarse los daños⁷⁸. El pacto de aseguramiento del capital por el otro socio afecta, pues, a la propia sustancia de la compañía, en contra de lo que sostienen otros autores⁷⁹.

Según Felicio, tampoco son válidas otras argumentaciones de la doctrina a favor del pacto de *salua sorte reddenda* concertado entre los socios, como son las que resaltan la existencia en algunos lugares de una costumbre favorable y las que estiman que no hay ninguna ley divina ni eclesiástica que lo prohíba, insistiendo en que la duda sobre su validez sólo la plantea una parte de la doctrina, pero queda invalidada por la existencia de la costumbre favorable, la cual, si puede derogar una ley positiva, con más razón invalidará la opinión adversa de los doctores. Contra todo ello Felicio subraya que no consta una costumbre favorable al pacto, que la usura está prohibida por derecho natural y divino y que a favor de un pacto usurario no puede esgrimirse nunca el valor de la costumbre, la cual no puede convertir en lícita una relación usuraria, ni siquiera con dispensa del Sumo Pontífice⁸⁰. En la obra de Felicio se interpretan algunos textos romanos y canónicos invocados a favor de la validez del pacto que nos ocupa en sentido contrario a como los interpretan los que sostienen la legitimidad del aseguramiento del capital⁸¹.

Finalmente, Felicio se opone a los que afirman que el pacto de aseguramiento del capital, aunque sea injusto, no es usurario, ya que falta en él la causa del mutuo. Para ello la doctrina argumenta del modo siguiente. La falta de la causa del mutuo se prueba porque en éste se transfiere libremente el dominio, y en una sociedad, aún concertada con el pacto de *salua sorte reddenda*, el dinero se entrega para que se invierta precisamente en la negociación de la compañía, por lo que no puede usarse el dinero libremente. Por otra parte, el hecho de que asuma el peligro del dinero el que lo recibe no indica que se le haya transferido su dominio, porque también

78. Ibid., XVIII, 10-18.

79. Ibid., XVIII, 19-23.

80. Ibid., XVIII, 31-51.

81. Ibid., XVIII, 24-30.

en el comodato ocurre lo mismo, es decir el comodatario no adquiere el dominio de lo que se le entrega y, sin embargo, responde de ello. Se dice también que, aunque de lo actuado pudiera presumirse un mutuo, constituida la sociedad con intención de no incurrir en usura, hay que estimar antes celebrado un contrato de compañía que uno de mutuo. Contra todo ello, Felicio considera que un contrato con ese pacto de aseguramiento no es una sociedad *neque ex forma, neque ex natura*, sino un verdadero mutuo, aunque se encubra y se diga que el dinero recibido ha de invertirse en la negociación, pues en todo caso se ha producido una transferencia del dominio del capital. El pacto no guarda relación en este sentido con el comodato, porque en éste se devuelven las mismas cosas recibidas, y en el mutuo se entregan otras del mismo género. Por último, si el contrato es verdaderamente generatio, lo es aunque falte el ánimo, y la relación resulta usuraria cuando se ha producido una transferencia del dominio del capital y éste ha de devolverse íntegro, además de un lucro⁸².

Bartolomé de Espejo, obispo de Málaga, se apoya en Felicio y en otros muy diversos autores (Pomponio, Paulo, Baldo, Antonio Gómez, Juan Azor, etc.) para tachar de injusto el pacto de aseguramiento del capital, y reproduce las palabras condenatorias de Sixto V en su Bula *Detestabilis* de 1586:

Damnamus et reprobamus omnes, et quoscumque contractus, conuentiones, et pactiones post hac ineundes, seu ineundas, per quos, seu quas, cauebitur personis, pecunias, animalia, aut quaslibet alias res societatis nomine tradentibus, ut etiam si fortuito caso, quamlibet iacturam, aut damnum, aut amissionem sequi contingeat, sors ipsa, seu capitale semper saluum sit, et integrum a socio recipiente restituatur...

El obispo afirma, además, que se trata de un pacto contra la naturaleza de la sociedad, ya que la anula o la convierte en un contrato de depósito o de mutuo (*si detur facultas depositario, ut pecunia utatur*)⁸³. Fiel a una concepción rigorista de la usura, Espejo representa una enérgica y, en cierto modo, tardía oposición a otros pactos que pudieran ser motivo de usura o sospechosos de ella, en contraste con la línea aperturista de la mayor parte de los juristas y teólogos de su época⁸⁴.

c) *El aseguramiento parcial del capital*.—Respecto al problema del aseguramiento por un socio, no ya del total, como se ha visto, sino de una parte del capital aportado por el otro, los autores recogen y a veces amalgaman variadas opiniones, partiendo de dos posturas discrepantes que se

82. Ibid., XVIII, 67 74.

83. B. DE ESPEJO, *Tractatus de usura* (Málaga, 1698), cap. 2, q. 1, n. 1-12.

84. V. A. GARCÍA ULECIA, *El contrato trino en Castilla bajo el derecho común*, en «Historia. Instituciones. Documentos», 6 (1979), 158.

radicalizan en el Panormitano, de cuya lectura algunos deducen una actitud del Abad favorable a la posibilidad de estos pactos, y en S. Bernardo, que los condena por ser contrarios a la naturaleza de la compañía. Esta última posición es la más común, si bien muchos autores admiten que pueda ser el pacto lícito cuando se acuerda que el capital aportado por un socio sea común desde el primer momento entre los socios, o cuando se establecen justas compensaciones a favor del socio que asegura parcialmente el capital que del otro recibe. Veamos algunas de las opiniones más representativas, teniendo en cuenta que este problema en particular va casi siempre unido al derivado de la adición de otro pacto al contrato de compañía: la percepción por el socio capitalista de una parte prefijada del lucro, en relación con lo que arriesga realmente. Todo ello implica el planteamiento de los tres pactos del contrato trino⁸⁵.

Domingo de Báñez, apoyándose en Soto, sostiene que no es lícito que A entregue a B 100 con la condición de que el primero no pueda perder ni ganar más de 5, pues, aunque aparentemente se expone por igual a pérdida y ganancia, en realidad sólo expone 5, ya que los 95 restantes quedan en mutuo o asegurados por B, y moralmente los 5 realmente expuestos en el negocio no son suficientes para obtener un lucro de otros 5, es decir del doble, ya que el contrato sería inicuo. En consecuencia, el que aporta mucho dinero y no asume el riesgo más que de una parte, no puede lucrarse más que en proporción a la parte que arriesga; y así, si Pedro asume el riesgo de 5 y Pablo de 35, al ser la ganancia 16, Pedro percibirá 2 y Pablo lo restante. La razón —dice Báñez— es clara: si en un total de 40 Pablo expuso, es decir arriesgó, 5, al ser la ganancia 16, 2 serán para Pedro, ya que la proporción justa en este caso es óctuple⁸⁶. La cuestión se relaciona, pues, con la tercera condición de licitud de la compañía, la justa proporción entre ganancias y pérdidas, y la actitud de Báñez arranca de la tesis de Soto, para quien, como veremos, a la hora de participar en ganancias y pérdidas, se ha de estar, no a lo que se pone, sino a lo que se arriesga.

Bartolomé Salón coincide con Domingo de Báñez y condena por ilícito un supuesto análogo, en base a la autoridad de Silvestre, quien, a su vez, invoca a Alejandro de Hales, para el cual tal aseguramiento parcial del capital vicia de usura a la compañía; y añade Silvestre que, aunque no se apreciara usura, la sociedad sería deshonesta y lesionaría el principio de la igualdad entre los socios, ya que, si la negociación es desafortunada, el que pone el dinero únicamente pierde una parte de éste, mientras que el consocio pierde su trabajo y la mayor parte del dinero aportado por el otro, puesto que se lo tiene que restituir⁸⁷. Miguel Bartolomé Salón también se plantea si es lícito que A entregue 300 a B para que éste negocie con

85. *Ibid.*, 129.

86. D. DE BÁÑEZ, *De iure et iustitia*, 638.

87. *Summa Silvestrina*, V. *Societas* I, 5.

ellos y con el pacto de que B asuma el riesgo y la ganancia de 200, y A el riesgo y la ganancia de los 100 restantes. Reproduciendo argumentos de Silvestre, niega la licitud de tal contrato, al que considera inicuo y usurario, puesto que, de un lado, es lo mismo que si A entregara 200 a B en concepto de mutuo, y exigiera, en razón del mutuo, no sólo el trabajo y la industria de B, sino los 100 cuyo riesgo y ganancia son para A, y, de otro lado, si se pierde todo el dinero y la industria, A sólo sufre la pérdida de 100, mientras que B soporta la de 200, que recibió como mutuario o que aseguró a A, más todo su esfuerzo y trabajo. Sin embargo, el contrato puede celebrarse de un segundo modo que puede resultar justo, y es cuando B, no sólo obtiene ganancia por los 200 que asegura, sino también por alguna parte de los otros 100, a los que aporta su trabajo⁸⁸.

Los mismos argumentos hallamos, prácticamente, en Alonso Rodríguez, al plantearse la licitud del contrato de sociedad en el que el que aporta el dinero sólo está a las pérdidas y ganancias de una quinta parte de lo aportado, pues, siguiendo a Domingo de Soto, juzga ilícito el pacto de mantener el capital a salvo, y, en relación a esas cuatro partes del capital que no se arriesgan, piensa que nos hallamos ante un contrato de mutuo. Además, un socio se expone a perder su trabajo, el cual ha podido valorarse como equivalente, no al capital realmente arriesgado, sino incluso al total puesto por el otro, con lo que se lesionaría la igualdad que debe haber entre los socios y resultaría una sociedad leonina. Finalmente, si a la hora de repartir las ganancias, el socio industrial las recibe en proporción a las cuatro partes del capital que aseguró al otro, no percibiría nada por su trabajo. Alonso Rodríguez infiere que el contrato es ilícito e injusto, y obliga a la restitución. Afirma este autor que tal sociedad solía hacerse con pescadores, entregando a éstos dinero para que pudieran preparar lo necesario para hacerse a la mar. Los pescadores asumían la pérdida del capital recibido por los riesgos de la navegación, y la ganancia que se obtuviera se aplicaba primeramente a la restitución del capital, con lo cual, si no había beneficios o eran tan exigüos que no bastaban para reponer el capital, los pescadores perdían su parte en la ganancia e incluso quedaban deudores del que aportó el dinero. En estas sociedades, el Doctor Navarro cree que debe pactarse que, en el caso de pérdida total o parcial del capital, los pescadores sólo devuelvan aquella parte que emplearon en su mantenimiento y en el de sus familias, es decir, los gastos domésticos, pero no los ultradomésticos, que son realmente por cuenta de la compañía. Y a esta opinión también se adhiere Alonso Rodríguez, así como Manuel Rodríguez, que cita igualmente al Doctor Navarro al exponer el mismo supuesto⁸⁹.

Angel de Periglis y Luis López se preguntan también sobre la licitud de

88. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1871-1878.

89. M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 282-283; A. RODRÍGUEZ, *De usura*, 348; M. RODRÍGUEZ, *Suma*, 124.

ese aseguramiento parcial del capital, y, después de exponer las opiniones discrepantes de la doctrina, se inclinan por la ilicitud del pacto, al que consideran contrario a la naturaleza de la sociedad, precisamente porque ésta se convertiría en un mutuo en relación con la parte del capital que se asegura. En el mismo sentido, Tomás de Mercado, que en análogo supuesto ve «usura paliada», pues «si uno mete diez mil ducados y no corre el riesgo de los quatro, no es el puesto deste, sino solos los seys, los otros quatro fue como prestarlos a la compañía»⁹⁰. De modo parecido razona Sarabia de la Calle, y estima que en estos casos se lesiona el principio de igualdad entre los socios. No obstante, pone de relieve que este pacto solía realizarse, al decir lo siguiente:

«Tampoco es tracto de compañía licito el que comunmente se hace: doy a un mercader mil ducados y capitulo que de la ganancia no quiero mas de quatro por ciento, y si ganare mas que lo gane el mercader para si; ni quiero tampoco perder mas de quatro por ciento, y si se perdiere mas que lo pierda el mercader para si como en la ganancia lo gana. Aquesto no es licito, porque no es igual la compañía, porque para ganar aquellos quatro se emplean los mil, y empleando se aventura todos; y asi aventura el mercader su industria y la perdida de todo el principal, y el compañero que pone el dinero no aventura mas de perder quatro; y asi no hay igualdad y por consiguiente no es justa compañía, como dice Silvestro»⁹¹.

En realidad, con estas palabras Sarabia está denunciando una variante del contrato trino, al que ya hemos aludido.

Felicio considera ilícito el pacto de aseguramiento parcial del capital, al decir que *pactum, quod capitale sit saluum, ut iniustum, et usurarium, etiam si non fuit conuentum de toto capitale, sed solum de parte*; y añade la razón de ello: *quia idem ius, quod est in toto, quoad totum, est in parte, quod partem*⁹². Un pacto de tal naturaleza añadido al de sociedad no permite que el contrato valga en el resto y anula todo el contrato de sociedad⁹³. Para Felicio, el pacto de aseguramiento parcial, y también el del total, se podría justificar, en principio, o bien partiendo de la propia naturaleza del contrato de sociedad, o bien mediante la adición de otro contrato. En el primer caso se podría pensar que es lícito que uno soporte un riesgo que no le corresponde si, en compensación, recibe una parte mayor de la que le correspondería en los beneficios; pero no le parece que esta opinión sea verdadera, puesto que, según la naturaleza del contrato de sociedad, el que más pone

90. T. DE MERCADO, *Summa*, 49 v.º.

91. L. SARABIA DE LA CALLE, *Instruccion*, 120.

92. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVIII, 86.

93. *Ibid.*, XVIII, 90.

debe recibir más, y cada uno debe soportar el peligro de su capital sin mezcla de compensación. Un pacto que permita una desigualdad de participación en el lucro sólo puede admitirse cuando los capitales no son iguales⁹⁴. En el segundo caso, podría pensarse en una justificación del aseguramiento parcial del capital en virtud de la celebración de un contrato de donación o de compraventa. Si interviene donación, siempre antes de celebrarse el contrato de sociedad, el pacto será válido. Se haría una donación de dinero, y después, sobre ese dinero donado se pactaría una sociedad, que valdría, como sería el caso en que uno aporta sus obras y otro una cantidad, con el pacto de que la propiedad *pro parte* del dinero se transfiera al otro socio, el cual, por esa parte, soporta el riesgo y se beneficia en los lucros⁹⁵. En cambio, si interviene una compraventa, la opinión de Felicio es distinta. Es el supuesto en que el que pone el dinero no quiere sufrir su riesgo y pacta recibir por ese dinero una cierta cantidad, dejando al otro el resto que verosímelmente se obtenga por el precio que le da el otro socio, que es quien soporta el riesgo. Para Felicio, aunque no repugna a la compraventa que su objeto sea algo incierto pero esperado, sí repugna a la sociedad, *quia pretium et res empti in lucro considerantur, et ex lucro provenire debent, et lucrum licet sit verisimile, nihilominus est incertum. Et sic licet respectu rei emptae tolerari possit, dicendum non est, quia debet esse in pecunia numerata, et debet esse certum*⁹⁶.

En resumen, Felicio admite la licitud del aseguramiento por un socio de una porción del capital aportado por el otro siempre que la propiedad de esa parte del capital se haya transferido al otro socio, el cual, por lo mismo, asume su riesgo. Sin embargo, hay que hacer notar que, en realidad, no lo asegura a su consocio, puesto que no ha de devolverlo si perece, ya que es de su propiedad. Para que tal pacto valga es necesario que no se haga en el mismo contrato de sociedad, pues entonces sería usurario, sino por medio de una donación previa. Con ello Felicio, y otros autores, parecen apartarse de la doctrina romanista, pues para Ulpiano *donationis causa societas recte non contrahitur*. En todo caso, hay que insistir en que, al celebrarse el contrato de sociedad, el socio que antes fue donatario asume el riesgo de su propio capital, puesto que lo que aporta, en virtud de la donación previa, es ya dinero de su propio peculio⁹⁷.

El citado Luis López nos muestra un caso, sacado de la realidad del tráfico indiano, que supone un aseguramiento parcial del capital. Se da en el contrato societario en cuya virtud una persona entrega en las Indias a un mercader una cantidad de dinero, 100, por ejemplo, con el pacto de que el mercader le devuelva en España sólo 50 *si perierint in mari*, o 120 *si non*

94. Ibid., XIX, 1-4.

95. Ibid., XIX, 5-8.

96. Ibid., XIX, 9-12.

97. Ibid., XIX, 5-6.

perierint. Considera Luis López que este contrato significa asegurar 50, por lo que el convenio es mutuo usurario por tal cantidad⁹⁸. En cambio, Juan de Lugo tiene por lícito un caso muy parecido: que en una compañía en la que uno aporta el capital y el otro el trabajo, éste se obligue a restituir a aquél la mitad del capital en el caso de que el mismo perezca, a cambio de que, si no perece, o bien le devuelva sólo la cuarta o quinta parte, o bien se pacte una división de los beneficios, para si los hay, que compense al que pone el trabajo por el riesgo que asume. Juan de Lugo advierte que Azor y Felicio condenan injustamente un supuesto así, y lo ejemplifica del siguiente modo: A pone 100 y B pone su trabajo y asume el riesgo de la mitad del puesto de A, es decir, de 50. Si se obtienen 100 de beneficio y el capital se salva, B devolverá a A los 100 que puso, y las ganancias se repartirán por igual: 50 para cada uno⁹⁹.

d) *El pacto de aseguramiento del capital en algunas sociedades especiales y sus peculiaridades en la «societas negotiationis».*—Asimismo aparece la cuestión del aseguramiento del capital en las sociedades *super officii* que describimos al estudiar la primera condición de licitud de la compañía. Al exponer los requisitos de estas sociedades, Juan Azor se plantea el problema de la licitud de aquellos de sus pactos que suponen un aseguramiento del capital. Resalta que en tal sociedad el oficial que recibe el dinero asume el riesgo de su pérdida sin adquirir su propiedad y que ha de entregar una cantidad periódicamente en concepto de beneficios, aunque éstos no se hayan producido o no se hayan obtenido en la proporción calculada inicialmente. Piensa, no obstante, que el pacto es justo porque el que recibe el dinero lo retiene para sí si el dador fallece dentro del primer semestre, con lo que puede lucrarse con el total recibido. Para Azor, ninguno de estos pactos son *contra societatem*, aunque considera que no nacen de la relación estrictamente societaria, sino de un contrato innominado, *do ut des*, o de un pacto peculiar añadido al de sociedad. La sociedad así constituida es, en todo caso, una sociedad especial en la que los beneficios no se reparten, como en las otras sociedades, al hacerse la liquidación de las ganancias que ha producido en verdad la negociación¹⁰⁰. Luis López resalta también el aseguramiento del dinero que se da en la sociedad de oficios, y estima, como Azor, que su licitud viene determinada por el hecho de que el detenedor del oficio pierde la posibilidad de hacer suyo el total recibido si el que lo entregó fallece en determinado plazo y circunstancias. Estima, no obstante, que la licitud del contrato no nace de su naturaleza societaria, sino de su tipificación como censo, basándose en la opinión análoga de Domingo de Soto¹⁰¹, con lo que realmente se desvirtúa el carácter de sociedad de estos contratos. Por su

98. L. LÓPEZ, *Instructorium*, 622-626.

99. J. DE LUGO, *Disputationum*, t. 2, disp. 30, sectio. 4, n. 50.

100. J. AZOR, *Institutionum*, 622-626.

101. L. LÓPEZ, *Instructorium*, 271.

parte, Felicio sintetiza el juicio que le merecen al decir de ellos taxativamente que *mibi nunquam placuerunt*¹⁰², mientras que Juan de Lugo, teniendo a la vista las opiniones anteriores y las de otros autores, defiende en general la licitud de estas sociedades, como vimos al tratar de la primera condición de licitud de la compañía, y, en concreto, el aseguramiento del capital que implican sus pactos constitutivos.

Algunos autores, como Domingo de Soto, Francisco García, Luis López, Juan Azor o Héctor y Angel Felicio, trasladan el problema del aseguramiento del capital a las sociedades formadas por el dueño del ganado y el pastor encargado de su custodia, que pactan una división de los frutos obtenidos. Se trata de la sociedad pecuaria llamada vulgarmente *soccida*. Los autores estiman que no puede asegurarse lícitamente el capital en estas sociedades, conviniendo que la pérdida del ganado, cuando tenga lugar por caso fortuito, recaiga sobre el pastor, ya que en tal caso el socio dueño del ganado incurriría en mutuo usurario. El socio pastor sólo responderá de la pérdida o daños causados en los animales cuando sean achacables a su mala voluntad o negligencia¹⁰³.

Volviendo a la *societas negotiationis*, es de observar que, según nos muestra la literatura jurídica, junto a la proclamación de la ilicitud del pacto de aseguramiento, total o parcial, del capital, hubo una tendencia a defender su licitud acudiendo a otras formas contractuales *extra societatem* y acompañándolas de ciertos condicionamientos. En realidad, estas formas tendían a implicarse en el propio pacto social, ya que no sólo se acordaba la restitución de parte del capital, sino que existía una proclividad a asegurar una determinada ganancia, proporcionada a una cierta parte del capital aportado. Así, era usual que el contrato de compañía comprendiera en muchos lugares el de seguro e incluso otra figura contractual. Todo ello se hacía mediante una serie de convenios, aparentemente lícitos, o lícitos considerados *in se*, que solían encubrir, según algunos autores, un empréstito usurario. En este sentido, el contrato de compañía estuvo vinculado al de seguro y hasta a una *emptio spei*, todo ello mediante una serie de pactos que, unidos al de sociedad, venían a constituir el llamado *contractus trinus* o *contractus triplex*.

C) *El problema de la licitud de los pactos contra el principio de la restitución del capital no consumido.*

Contemplemos la posibilidad de un pacto que, de algún modo, entraña una infracción de la segunda condición de licitud que examinamos, no en el sentido de que suponga un aseguramiento del capital, sino una anulación

102. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XXXI, 72.

103. D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, 561; F. GARCÍA, *Parte Prima*, 539; L. LÓPEZ, *Instructorium*, 276-282; J. AZOR, *Institutionum*, 616; H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XIX, 13 y ss.

parcial del principio según el cual el capital, si no perece, se le ha de restituir íntegro al que lo puso. Se trata de que, en vez de ello, ese capital se reparta entre los socios igual que las ganancias de la compañía. Para Cayetano esto no sería lícito, según se desprende de su argumentación en favor de la devolución del capital, en cualquier caso, al que lo aporta, pues éste no deja de ser su dueño y, como tal, asume su riesgo. Afirma el Cardenal Cayetano que en una sociedad de capital/trabajo, el que pone el capital afronta un doble riesgo: perder su dinero y perder el *negotiationis usum*, teniendo en cuenta el tiempo que tuvo su dinero empleado en una negociación que no resultó lucrativa; mientras que el que únicamente aporta su industria se expone a un solo riesgo: perder su propio trabajo, *in vanum laborando*. En consecuencia, estima justo devolver el capital salvado al que lo puso, pero considera que no puede hacerse lo mismo con la aportación del otro socio, la cual, por su propia naturaleza, perece *non ex negotiatione sed ex necessitate materiae*¹⁰⁴. Felicio es de la misma opinión en un supuesto análogo, considerando ilícito el pacto de que, si no hay ganancias, el socio industrial comparta con el otro socio el capital aportado por éste, ya que, como el que puso su trabajo pretendía obtener por él un lucro, es conveniente que soporte el riesgo a que su trabajo se expone, del mismo modo que el que aportó el capital asume el riesgo de éste y la posibilidad de no obtener ganancia. Así se cumple también el principio de la igualdad entre los socios, que constituye la segunda condición de licitud de toda compañía¹⁰⁵.

Otros autores mantienen una postura diferente. Luis de Molina admite la posibilidad del pacto de participación de un socio en el capital aportado por el otro cuando las aportaciones de ambos socios son del mismo valor¹⁰⁶. Pedro de Navarra considera lícita tal participación en varios supuestos. En primer lugar, cuando el trabajo del socio es de más valor, no ya que el capital del otro, sino que la suma del interés de ese capital más la valoración del riesgo del mismo. En tal caso, si no se obtienen ganancias y el capital se salva, parte de éste se le ha de entregar al otro socio como compensación. En cambio, cuando el trabajo vale tanto como el interés del capital más su riesgo, no procede esta participación del socio gestor. También considera lícita esa participación en el capital cuando la compañía se ha constituido con el pacto de que desde el primer momento se comuniquen las aportaciones en trabajo y capital y el dominio de esa masa sea común, con lo que coincide con Covarrubias y la generalidad de los autores. Tal convenio de comunión y reparto de todo —capital, ganancias y riesgo— ha de hacerse por medio de pacto expreso; no puede presumirse, a no ser que sea esa la costumbre del lugar¹⁰⁷. Un planteamiento parecido hallamos en Manuel Rodríguez, quien

104. CAYETANO, *Summa moralis*, 203.

105. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVIII, 1-2.

106. L. DE MOLINA, *De justitia et jure*, disp. 416, conc. 1-2.

107. P. DE NAVARRA, *De restitutione*, T. 2, lib. 3, cap. 2, 3.ª P., n. 366-367 y 372.

considera que, así como puede pactarse que, cuando el capital sea mayor que el trabajo, el que puso éste compense parcialmente al otro por la pérdida del capital, del mismo modo cuando el trabajo sea mayor que el capital, el que puso el trabajo debe ser compensado, si no hay beneficios, con cargo al capital aportado por el otro ¹⁰⁸.

Leonardo Lesio, muy leído y citado por los autores españoles de los siglos XVII y XVIII, admite que el socio que sólo puso su trabajo pueda participar en algunos casos en el capital que aportó el otro. Distingue diferentes modos de celebrarse el contrato de compañía. Si se celebra con el pacto de que la participación en el lucro se haga en proporción a lo aportado por cada uno, el capital no se comunica, sino que se le restituye al que lo puso, y éste no tiene que compensar al que puso el trabajo, aunque el trabajo fuera incluso de más valor que el capital. La razón de ello es que, de acuerdo con este modo de concertar la sociedad, la cosa perece para su dueño y a su dueño se le restituye, y lo único que se reparte es el lucro obtenido. Del mismo modo, cuando el capital se pierde, aunque fuera mucho mayor que el trabajo del otro socio, éste no ha de compensar de ningún modo al que puso el capital ¹⁰⁹. En cambio, si el contrato de compañía se celebra con el pacto de que sean comunes tanto el lucro como el daño, cabe esa compensación que supone la participación del socio gerente en el capital del otro, pues se ha hecho común el dominio de todo lo aportado ¹¹⁰. En estas condiciones, pues, defiende Lesio el pacto de que el que aporta el trabajo participe, no sólo en el lucro, sino en el capital aportado por su consocio, formándose un todo con el capital y las ganancias y distribuyéndose entre los socios en proporción al valor de sus aportaciones en capital o en trabajo.

Para mejor comprender la justicia de tal pacto, dice Lesio que conviene imaginar que el socio que aporta su trabajo ha aportado en dinero el valor que a ese trabajo se le ha calculado, pues de no ser así, como el trabajo, a diferencia del capital, siempre perece, saldría perdiendo el socio gerente. Si un socio aporta 1.000 y el otro 100, y se ganan 500, se forma un montante de 1.600, que es lo que debe repartirse en proporción a la aportación de cada uno. Del mismo modo, si uno pone 1.000 y el otro su trabajo valorado en 100, y se ganan 500, al estimarse que el que puso el trabajo es como si hubiera aportado el valor del mismo en dinero, es decir, 100, el reparto deberá hacerse en la misma proporción del caso anterior. Señala Lesio que esta postura subyace en Covarrubias y en el Doctor Navarro, aunque éstos no sean lo suficientemente explícitos a la hora de decir si en tales casos el que aporta el trabajo debe participar no sólo en las ganancias, sino también en el capital puesto por el otro ¹¹¹. De todo lo anterior, Lesio deduce que, del mismo modo

108. M. RODRÍGUEZ, *Suma*, 123.

109. L. LESIO, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus* (1608), fol. 310, n. 17-18.

110. *Ibid.*, 310, 19.

111. *Ibid.*, 309, 9-10.

que, a salvo el capital y realizados los trabajos por el otro socio, éste puede participar en el capital que puso el otro, si el capital se pierde sin que el otro socio haya realizado todo el trabajo que debía realizar en la compañía, este socio deberá abonar al que puso el capital el importe en que se hubiera valorado ese trabajo que debió realizar si el capital del otro no se hubiera perdido¹¹², con lo que viene a basarse en las reglas de S. Bernardino, que vimos al plantear el *pactum de salua sorte reddenda*.

También Gaspar Hurtado considera lícito el convenio de repartir el capital aportado por un socio, al admitir que la compañía no sólo puede celebrarse acordando la restitución del capital aportado por un socio, que es la forma usual, sino también pactando que se divida entre los compañeros, incluso con el que sólo aportó su trabajo¹¹³. Más adelante, tras advertir que el dinero y el trabajo puestos en compañía no deben valorarse en sí, sino *ad lucrandum*, y subrayar la posibilidad de que, de acuerdo con lo anterior, el trabajo de un socio valga tanto como el capital del otro e incluso más, considera que es justo pactar que el que pone su industria participe en el capital aportado por el otro, siempre que el valor de su trabajo, en orden a su eficacia para la obtención de un lucro, supere al del capital, y sin que esto implique aumentar la participación del otro socio en las ganancias en más de lo que le corresponda de acuerdo con el valor dado a su capital en orden a la negociación. Termina diciendo que, en cualquier caso, un pacto así podría formalizarse por pura liberalidad del socio capitalista¹¹⁴.

Enrique de Villalobos llega a la conclusión de que es lícito que el que pone sólo su trabajo participe en el capital aportado por el otro socio, lo que, según él, puede tener lugar en dos casos: cuando el trabajo vale tanto como el dinero, en cuya circunstancia «no solo se ha de diuidir la ganancia, sino también el capital» (con lo que sigue la opinión de Luis de Molina), y cuando se ha convenido *ab initio* comunicar las aportaciones, de modo que «del dinero de uno, i la industria del otro, se hiziese monton común para entrambos» (con lo que coincide con Leonardo Lesio y otros autores). No obstante, Villalobos advierte que esos pactos eran rarísimos, pues de ordinario el capital en esas compañías *ad lucrandum* era mucho mayor que el valor del trabajo¹¹⁵.

La posibilidad de participar el socio gestor en el capital del otro se la plantea Juan de Lugo en un supuesto concreto: cuando un socio aporta todo el capital y el otro su industria y un instrumento destacado para la negociación, por ejemplo un barco para el transporte de mercancías. Se fija en que, mientras algunos insisten que en tal caso también se ha de respetar la regla general de restitución del capital, otros consideran que ello es injusto

112. Ibid., 309, 11.

113. G. HURTADO, *Tractatus*, 248 v.º.

114. Ibid., 250 v.º a 251 v.º.

115. E. DE VILLALOBOS, *Suma*, dif. 2, n. 3, y dif. 7, n. 2.

cuando el trabajo y el barco igualan al capital. No está de acuerdo con Luis de Molina, que sostiene la necesidad de restituir el capital íntegro al que lo puso cuando el valor de ese capital supera al de la aportación (trabajo y barco) del otro socio. Y no está de acuerdo porque piensa que si se considera injusto que el socio industrial no participe en el capital sobrante, habiendo realizado, con su trabajo y su nave, una aportación análoga a la del otro, también hay que estimar que existe injusticia cuando las aportaciones, desiguales entre sí, son del mismo valor en orden a su relevancia en la obtención de los beneficios, esto es, *ad lucrandum*, con lo que coincide con la opinión de Gaspar Hurtado¹¹⁶.

Toda esta problemática entra también en la tercera condición de licitud de la compañía, en cuanto que afecta directamente a la cuestión de la proporcionalidad entre las aportaciones y participaciones de los socios.

IV. TERCERA CONDICIÓN: PROPORCIONALIDAD ENTRE LAS APORTACIONES Y LAS PARTICIPACIONES DE LOS SOCIOS.

A) *Enunciado.*

Partiendo también de Silvestre y Cayetano, los autores señalan, como otra condición de licitud del contrato de compañía, que en ella se mantenga la igualdad entre los socios. En efecto, para Silvestre es necesario que *aequitas seruetur in omnibus*, es decir, que *damna et lucra sint communia*¹¹⁷, y el Cardenal Cayetano afirma que una forma de compañía ilícita es la que se establece con la condición de que *lucrum aut damnum non respondeat proportionaliter sociis unicuique*, pues ello produce *manifesta iniquitas*, al no percibir cada socio *quod ei debetur secundum aequalitatem iustitiae*¹¹⁸. *Pro quantitate partium collateralum lucrum diuidatur*, dice el Doctor Navarro, y más adelante añade que peca mortalmente no sólo el que *accipit notabile*

116. J. DE LUGO, *Disputationum*, t. 2, disp. 30, sectio 2, n. 15. Mucho más tardíamente, J. MARCOS GUTIÉRREZ considera que, en el supuesto en que, en una compañía de capital/trabajo, no se obtengan beneficios y subsista el capital, este capital o «fondo» se puede repartir entre los socios si así se pactó o si tal es la costumbre del lugar. En otros casos no sería justo el reparto, ya que el dinero no se pone para ser repartido, sino para negociar con él y conseguir un lucro, y, si se repartiera, el socio industrial resultaría de mejor condición que el capitalista, sobre todo si se tiene en cuenta que si el trabajo del socio industrial se perdió, también pudo perderse el dinero puesto por el otro, y en el caso de que el que aportó su trabajo hubiera aportado también capital, habría recuperado éste. Finalmente, subraya que acaso en la compañía no se obtienen ganancias por la falta de pericia del gestor o por otras circunstancias achacables al mismo (*Librería de Escribanos, Abogados y Jueces reformada por D. José Marcos Gutiérrez*, 1819, t. 2, cap. 23: *De las Compañías y del contrato trino*, 164).

117. *Summa Silvestrina*, v. *Societas* I, 1.

118. CAYETANO, *Summa moralis*, 202 v.º.

lucrum ex pecunia societatem iniustam collata, sino el que recibe un beneficio *maius quam debet, ex collata in iustam*¹¹⁹.

La *aequalitas* significa que ha de guardarse la justa proporción entre los derechos y las obligaciones de los compañeros, y que su participación en los beneficios y pérdidas ha de ser asimismo en proporción a la cuantía y naturaleza de sus aportaciones, según la justa valoración de las mismas. Así lo indican Silvestre, Bartolomé de Medina o Manuel Rodríguez¹²⁰.

Este requisito de licitud lo enuncian y desarrollan los autores como uno de los límites que se imponen al principio general de la libertad de pactos, o como una norma que ha de presidir las estipulaciones del contrato de sociedad y que, por tanto, las condiciona. Para Pedro de Aragón o Francisco de Toledo es condición indispensable que la participación de los socios en beneficios y pérdidas sea proporcionada a lo que cada uno pone en la compañía¹²¹. Por consiguiente, igualdad entre los socios a la hora de percibir los beneficios y de asumir los daños que sobrevengan. Así lo expresa Gregorio de Valencia: *facere commune aliquod lucrum inter se diuidendum, parati similiter ad diuidendum inter se damnum commune, si quod forte incurranti*¹²². Para Gaspar Hurtado se requiere que *quantum est ex ipso lucrum, et damnum fiat sociis commune secundum proportionem ad partes sortis appositae a sociis, aut ad sortem ab uno appositam, et ad operam, et ad instrumenta, et ad alia ad lucrum conducentia, quae ab altero apponuntur*¹²³.

Como afirma Juan Azor, es preciso *ut in omnibus inter socios servetur aequalitas*¹²⁴, esto es, que, según dice Miguel de Palacio, *unusquisque sociorum pro ratione vel laboris, vel industriae, vel pecuniae, capiat de lucro, vel de iactura*¹²⁵. En sentido análogo se expresa Bartolomé Salón y resalta que esta es la opinión común de teólogos y juristas¹²⁶, y Alonso Rodríguez concreta el requisito de la igualdad en la exigencia de que *fiat iusta distributio*¹²⁷. Según Juan de Lugo, la primera y más importante regla para salvaguardar la igualdad entre los socios es que haya proporcionalidad entre lo que se aporta y lo que se gana, de tal modo que el que más pone o más arriesga debe lucrarse más, pues de no ser así, o estaríamos ante una sociedad injusta, que obligaría a restituir, o ante un contrato mixto de sociedad y donación, pudiendo aceptarse esta última siempre que no sea un pacto nacido ex

119. M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 251.

120. *Summa Silvestrina*, v. *Societas* I, 1; B. DE MEDINA, *Instruction*, 148-b; M. RODRÍGUEZ, *Suma*, 123.

121. P. DE ARAGÓN, *In Secundam Secundae*, 696-a; F. DE TOLEDO, *De instructione*, lib. 5, cap. 41, fol. 608.

122. G. DE VALENCIA, *Libri quatuor*, t. 3, 1197-a.

123. G. HURTADO, *Tractatus*, 249 v.º.

124. J. AZOR, *Institutionum*, 595.

125. M. DE PALACIO, *Praxis*, 362.

126. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1837.

127. A. RODRÍGUEZ, *De usura*, 350 v.º.

*necessitate, vel ignorantia, sed propter amicitiam, aut liberalitatem unius socii erga alios*¹²⁸. Debe guardarse, pues, la igualdad, como dice Enrique de Villalobos, «a juicio de buena prudencia», y hay que dividir la ganancia «conforme a la cantidad que cada una de las partes puso», de modo que tal igualdad supone proporcionalidad entre lo que se aporta y lo que se gana, pues «la proporción que tiene lo que este pone, con lo que otro pone, ha de tener lo que este gana, con lo que el otro gana»¹²⁹.

La razón de todo lo anterior es que la compañía es una especie de *fraternitas*, como señala la legislación y repite incansablemente la doctrina. La confianza mutua entre los socios es el fundamento del *consensus* y de la *affectio societatis*, y esa confianza es lealtad y fraternidad, como proclaman las Partidas (5.10,1) al decir que la compañía puede ser de gran provecho «quando se faze entre algunos omes buenos e leales ca se acorren los unos a los otros, bien assi como si fuessen hermanos». Y Francisco García afirma que la igualdad ha de guardarse en el contrato de compañía «porque este contrato es un género de hermandad, la qual quiere esta ygualdad dicha»¹³⁰, con lo que sigue el mismo razonamiento de tantos doctores, especialmente de Silvestre¹³¹. Si este requisito no se cumple, el contrato es ilícito y, como afirma Silvestre y sigue la generalidad de la doctrina, según recalca Luis López, *societas iniqua est*¹³².

Por todo ello, es imprescindible valorar las «posturas» de los socios y ajustar a las mismas sus participaciones. Lo primero que se ha de hacer en cualquier compañía, dice Pedro de Aragón, es valorar las aportaciones, sea cual sea la naturaleza de las mismas¹³³. Sarabia de la Calle aconseja que «al principio de la compañía estimense y apreciense las partes, hagase una suma comun y de ella se parta la ganancia por rata parte...», es decir, teniendo en cuenta que «de tal manera este proporcionada y medida la ganancia con el principal, que se guarde la proporción entre la ganancia y compañeros, teniendo respeto a lo que cada uno pone asi de dinero como de diligencia e industria»¹³⁴.

Estos acuerdos los establecen los socios, pero también puede acudir a terceros, generalmente a «hombres buenos» o a mercaderes experimentados en la negociación sobre la que verse la compañía, e incluso se admite que sea uno de los socios el que redacte los pactos, si los demás están conformes. En cuanto a la intervención de un tercero a estos efectos, en Partidas 5,10,5 se sanciona tal posibilidad, al disponerse que «si algunos fiziessen pleyto en su compañía, desta guisa; que cada uno dellos ouiesse tanta parte en la

128. J. DE LUGO, *Disputationum*, t. 2, disp. 30, sectio 2, n. 10.

129. E. DE VILLALOBOS, *Suma*, 2.ª P., trat. 26, dif. 2, n. 1-2.

130. F. GARCÍA, *Parte Prima*, 499-500.

131. *Summa Silvestrina*, v. *Societas* I, 1.

132. *Ibid.*, 1, y L. LÓPEZ, *Instructorium*, 256.

133. P. DE ARAGÓN, *In Secundam Secundae*, 695-b.

134. L. SARABIA DE LA CALLE, *Instruccion*, 117.

ganancia, o en la pérdida, quanta dixesse algún otro que nombrassen; e aquel que señalassen para esto, fiziesse las partes, e derechas, deuen estar por su aluedrio». La licitud del pacto se hace depender, pues, de que ese tercero fije las participaciones equitativamente.

La doctrina se refiere asimismo a la posibilidad de intervención de tercero. Vitoria alude a la de hombres buenos, para que se respete la justicia en la distribución de las futuras ganancias, diciendo que es necesario *quod lucrum ad quod habet respectus sit iustum ad arbitrium boni viri*¹³⁵. Según Alonso Rodríguez, para valorar las aportaciones ha de acudirse a la opinión experimentada de aquellos mercaderes que conocen la negociación objeto de la compañía¹³⁶. Felicio considera también válido que sea uno de los socios el que haga la distribución de los beneficios, aunque advierte que la doctrina no es unánime en considerar lícita tal posibilidad¹³⁷. Así valorados los puestos de cada compañero, se tienen ya los índices para practicar en su día el reparto de los beneficios¹³⁸.

B) *¿Valoración de las aportaciones o de su riesgo?*

La mayoría de los autores, como hemos visto, considera que lo que hay que valorar es la aportación de los socios en trabajo o capital, para así deter-

135. V. ed. cit. *De iustitia*, t. 2, q. 8, art. 2, n. 25, en p. 191.

136. A. RODRÍGUEZ, *De usura*, 350 v.º.

137. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVII, 26-32. Más tardíamente, en la normativa de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, se establece que en las cláusulas de constitución de las compañías se designen persona o personas a cuyo arbitraje se sometan los socios para cualquier disputa o duda que el contrato social y la actuación de la compañía plantee, y se insiste en el carácter vinculante, sumario y sin forma de juicio de la resolución arbitral. Se dice en las Ordenanzas: «Y porque al fin de las Compañías, estándose ajustando sus cuentas, se suelen suscitar entre los interesados de ellas muchas dudas, y diferencias de que proceden pleytos largos, y costosos, capaces de arruinar a todos, y para que las tales dudas, diferencias y pleytos sean decididos sumariamente, se ordena: que todos los que formaren compañías, hayan de capitular y poner cláusula en la Escritura que de ellas otorgaran, en que digan, y declaren, que por lo tocante a las dudas, y diferencias, que durante ella, y a su fin se les puedan ofrecer, se obligan, y someten al juicio de dos, o más personas prácticas, que ellos, o los Jueces de oficio nombrasen, sin otra apelación, ni pleyto alguno, cuya cláusula se les hará guardar, y observar, baxo de la pena convencional, que también deberá imponerse, o la arbitraria que los Jueces les señalaren» (cap. 10, n. 16). Y. J. MARCOS GUTIÉRREZ, en sus estudios del *Febrero*, insiste en lo dispuesto en Partidas sobre estas cuestiones, advirtiendo que la regulación que haga un tercero «valdrá siendo arreglada y no de otra suerte» (t. 2, cap. 23, p. 161).

138. En algunos libros de Aritmética, de Caja y Contabilidad de los siglos XVI y XVII aparecen ejemplos de estas peticiones entre socios, en proporción al caudal aportado por cada uno y al tiempo de su permanencia en la compañía, practicándose para ello las oportunas reglas aritméticas (V., entre otros, JUAN ANDRÉS, *Sumario breve de la práctica de la Aritmética de todo el curso del arte mercantil*, Valencia, 1515; JUAN DE ORTEGA, *Tratado subtilissimo de Aritmetica y Geometria*, Sevilla, 1542; MIGUEL DE ELEYZALDE, *Guía de Contadores*, Madrid, 1579; BARTOLOMÉ SALVADOR DE SOLÓRZANO, *Libro de Caxa y Manual de Cuentas de mercaderes*, Madrid, 1590).

minar el grado de participación en los beneficios. Domingo de Soto, sin embargo, afirma que la participación en el lucro no ha de ser proporcional a lo que se pone, sino a lo que se arriesga¹³⁹. En consecuencia, lo que hay que valorar comparativamente es el trabajo e industria de un socio y la proporción del riesgo que asume el capital del otro, ya que, como el que aporta el dinero no pierde su dominio ni se ve privado de él necesariamente —pues si no se pierde, se le ha de restituir—, y, por tanto, asume el riesgo de la pérdida, su participación en las ganancias ha de ser en proporción al riesgo al que expone su capital. Por otra parte, Soto se fija también en que si, desde el punto de vista del que aporta el dinero, se atendiera estrictamente a la cuantía del mismo, raramente podría estimarse que el trabajo de un socio superara al capital del otro, y por tanto el que pone el trabajo percibirá siempre menos ganancias que el que aporta el capital. De la misma opinión participa Francisco de Toledo, a la hora de plantearse la valoración del trabajo y el riesgo de su pérdida, aunque no cita la opinión de Soto ni la de ningún otro en este punto. Piensa Toledo que no sólo ha de valorarse *quantum valeat labor et industria*, sino *quantum etiam periculum valeat*, porque, mientras que el trabajo siempre se pierde cuando no hay ganancias, no ocurre así necesariamente con el capital¹⁴⁰. De un modo parecido, Pedro de Ledesma estima que la participación en ganancias ha de conformarse a lo que se puso y «a la potencia que tenia para granjear» el socio gerente, y subraya que la industria de un diligente mercader puede «communmente apreciarse y estimarse en mas, que el dinero»¹⁴¹.

Esta valoración del riesgo la contradice Gregorio de Valencia, que advierte que cuando la postura de un socio consiste en dinero, lo que aporta realmente y lo que produce el lucro es el dinero, y no su riesgo, y su participación en las ganancias no es porque su dinero se gaste o se pierda, sino porque se emplea en un negocio del que se espera un beneficio. Por otra parte, respondiendo al segundo argumento de Domingo de Soto, insiste en que es posible que el trabajo de un socio, que, considerado en sí, podría valorarse en mucho menos que la aportación pecuniaria del otro, llegue a valorarse del mismo modo que el dinero desde el punto de vista de la negociación, es decir, por su relevancia decisiva en la obtención del lucro, aunque esto no ocurrirá cuando el trabajo sea muy escaso y el dinero mucho, como, en su polémica con Soto, dice el Doctor Navarro, al que Gregorio de Valencia se remite en este punto¹⁴².

Pedro de Navarra, por su parte, recoge sobre este problema las posturas enfrentadas de Soto y del Doctor Navarro, y considera que la del primero puede ser justa en el caso de que el riesgo del capital, por ser mucho, pueda

139. D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 6, q. 5, n. 1.

140. F. DE TOLEDO, *De instructione*, lib. 5, cap. 41, fol. 609.

141. P. DE LEDESMA, *Segunda Parte de la Suma*, 995-a.

142. G. DE VALENCIA, *Libri quatuor*, t. 3, 1198-c hasta 1199-c; M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 251.

valorarse igual que el capital mismo, como Fray Tomás de Mercado dice que solía ocurrir en algunas compañías que negociaban con Indias, aunque Pedro de Navarra piensa que, en realidad, esta situación se da pocas veces. Tiene por más correcta la postura del Doctor Navarro, si bien estima que éste no la formula suficientemente. Para Pedro de Navarra hay tres puntos a analizar. El primero es que hay que tener en cuenta que igualdad significa proporción, por lo que, si son iguales las aportaciones, iguales deben ser las ganancias; pero si las aportaciones son desiguales, las ganancias también deben ser desiguales, aunque siempre proporcionadas a lo que cada uno puso. El segundo es que es preciso destacar la falsedad del principio según el cual el peligro del capital hay que valorarlo como al capital mismo, incluso en esas compañías de Indias a las que alude Mercado. Sería ridículo que una persona pague 1.000 por asegurar otro tanto; por lo que, en este sentido, reconoce que tiene razón Soto al decir que el valor del riesgo del capital es siempre inferior al mismo capital. El tercer punto es que es más verosímil la opinión del Doctor Navarro y los que sostienen la necesidad de la valoración del dinero. No obstante, hace ver que no se puede atender exclusivamente al valor del dinero, pues entonces, si no hay ganancias ni se pierde el capital, el que lo puso lo recupera, mientras que el que aportó el trabajo lo pierde en cualquier caso, de lo que resulta notoria desigualdad. Pero tampoco se puede atender únicamente a la valoración del riesgo del capital, porque esto resultaría inicuo. Para Pedro de Navarra hay que tener en cuenta el valor del dinero en sí, el valor del dinero expuesto en la negociación —que vale más, pues fructifica en virtud de la negociación— y el peligro al que el dinero se expone. En consecuencia, procede que, según el juicio de hombres buenos, se tasen el valor del dinero y el riesgo de su pérdida, por un lado, y, por otro, el trabajo y la industria del otro socio; y que la proporción de ambas aportaciones se respete a la hora de distribuir las ganancias. En suma: que hay que valorar, desde el lado del que aporta el dinero, el peligro del dinero y el riesgo del lucro y del interés (interés que no nace de un mutuo, ya que el dinero no se presta, sino que se pone para negociar), y, del lado del socio que pone su trabajo, el valor de éste y el peligro del lucro futuro que se puede obtener¹⁴³.

Leonardo Lesio refuta en esta cuestión a Domingo de Soto diciendo que, si la participación en las ganancias del que aporta dinero no se hiciera en proporción a éste, sino al riesgo de su pérdida, podría ocurrir que, habiendo puesto un socio 10.000 y el otro 100, al estimarse el riesgo de los 10.000 en 100, el que puso tanto capital no ganara más que el otro¹⁴⁴. Sin embargo, Lesio no sostiene exactamente que el que pone el capital participe en el lucro en proporción a ese capital, sino, coincidiendo con Soto, en proporción a la valoración del riesgo de su pérdida, aunque, a diferencia de Soto, añade a esta valoración, como Pedro de Navarra, la de la esperanza del lucro que se

143. P. DE NAVARRA, *De restitutione*, t. 2, lib. 3, cap. 2. 3.ª P., n. 360-366.

144. L. LESIO, *De iustitia et iure*, fol. 309, n. 14.

puede obtener con el capital aportado. Si un socio aporta 1.000 y el otro su trabajo valorado en 100, no hay que deducir que las ganancias serían en la proporción de 9/10 para el primero y 1/10 para el segundo. Según Lesio, si el riesgo de los 1.000 se estima en 100 y la esperanza de lucro de ese capital en 200, hay que estimar que el que aportó 1.000 puso la suma de la valoración del riesgo más la esperanza del lucro, es decir, 300, mientras que el otro puso los 100 mencionados, es decir, la valoración de su trabajo y del riesgo que asume. En consecuencia, si el lucro fuera de 800, el que puso el trabajo percibiría una cuarta parte, es decir, 200, puesto que puso una cuarta parte en relación con el otro, y el que aportó el dinero obtendría 600, esto es, las 3/4 partes restantes de las ganancias, pues esa fue su aportación real en relación con la del otro. Si las ganancias fueran 400, ninguno se lucraría, pues cada uno retiraría lo que puso y cuyo riesgo asumió. Si no hubiera beneficios, ambos perderían en la misma proporción, pues el que puso el dinero perdería 300, es decir, el precio del peligro del capital y del lucro esperado, y el que aportó el trabajo perdería 100, o sea, el precio de su trabajo¹⁴⁵. Estos ejemplos de Lesio, como se ve, implican el pacto de aseguramiento del capital, que ya hemos analizado, en cuanto que, en el último caso comentado, el que aportó el capital se considera que sólo puso 300, que son los que perecían para él, y los 700 restantes quedaron asegurados por su socio.

C) *Los pactos sociales contra la igualdad de los socios.*

a) *Planteamiento.*—La *aequalitas* debe cumplirse en todos los contratos. Si los autores, como vemos, insisten en ella al tratar del contrato de compañía es porque es frecuente que en la realidad el pacto social signifique una desigualdad entre los socios; y además, según parece, porque el contrato de sociedad, más complejo por lo general que otros, suele presentar una apariencia ilícita, motivada por la desigualdad de las partes en la participación en beneficios y riesgos, aunque esa desigualdad, precisamente por ser proporcionada a las diferentes aportaciones de cada compañero, sea justa. A la ilicitud del contrato de compañía, bien sea real o aparental, parece aludir Luis López cuando dice que *contractus hic non sit omnino licito, non enim in eo servetur aequalitas, quae in contractibus semper intercedere habet*¹⁴⁶.

La compañía tiene un carácter aleatorio y los beneficios no pueden determinarse hasta no deducir las pérdidas. Es ilícito cualquier pacto que excluya a un socio de las pérdidas o de las ganancias. Si tal pacto se admite, no nos hallamos ante un contrato de sociedad. Miguel de Palacio afirma que *contractus societatis est reciprocus, et vicissitudinarius, et non est in laesionem alicuius contrahentium, sed in fauorem utriusque; quippe si quae laesio accidat*

145. Ibid., 309, 15.

146. L. LÓPEZ, *Instructorium*, 243.

*utrique sociorum nocebit; et siquis prouentus utrique prouenit*¹⁴⁷. Y Cristóbal de Villalón opina que para que el contrato sea lícito «y de buena compañía» es necesario que «entre los compañeros aya ygualdad de justicia; y ha de guardarse esta justicia e ygualdad en el dinero, industria y trabajo, y despues en la ganancia y perdida la qual tambien deue ser partida por ygal entre ambos a dos»¹⁴⁸.

Si en el pacto social se han determinado justa y equitativamente las participaciones en beneficios y pérdidas, se tienen que respetar tales estipulaciones; y si se vuelven injustas en algún momento de la vida de la compañía; deben modificarse. Los autores se suelen fijar en el supuesto en que el trabajo de un socio llega a ser superior al que en principio se había calculado y excede notoriamente de la aportación de capital; y en este caso indican que se acuda al juicio de hombres buenos, quienes resolverán lo pertinente, adecuando las participaciones al valor de las aportaciones.

Si en la carta de compañía no se han fijado las participaciones en pérdidas y ganancias, se presumen que han de ser iguales. De este modo se sanciona como principio general una norma igualitaria entre los compañeros; y así lo expresa Luis de Molina al decir que *quando nihil est constitutum, intelligitur, ut in partes aequales diuidantur*¹⁴⁹. Lo mismo había sostenido Bartolomé de Albornoz, refiriéndose al caso en que los socios hubiesen acordado la cuantía de las participaciones en las pérdidas pero no en las ganancias, pues en tal caso dice que participarán en los beneficios en la misma proporción que en las pérdidas, ya que «si hizieron mencion de la perdida, lo mismo se ha de guardar de la ganancia. Y si ninguna cosa expressaron, han de hauer los compañeros iguales partes, assi en la perdida, como en la ganancia»¹⁵⁰. Para Juan de Lugo, lo primero que se ha de guardar en la compañía, para que la igualdad de los socios quede garantizada; es que, cuando nada se ha pactado expresamente acerca de la asunción del daño, se entienda que lo asumen los socios en la misma proporción en que han de dividirse el lucro; y, del mismo modo, si se ha explicitado la participación en los daños pero no en los beneficios, ambas serán iguales¹⁵¹.

Lesio, sin embargo, introduce la posibilidad de acudir a la costumbre para determinar la división de daños y gastos. Dice que, en primer lugar, hay que estar a lo pactado, si es justo. Si nada se acordó en este punto, hay que acudir a la costumbre del lugar. Por último, si nada se ha convenido ni existe costumbre en este orden, la participación de los socios ha de ser por igual en beneficios y pérdidas. Las mismas reglas hallamos en Juan de Hevia Bolaños¹⁵².

147. M. DE PALACIO, *Praxis*, 368.

148. C. DE VILLALÓN, *Provechoso tratado*, 35.

149. L. DE MOLINA, *De iustitia et iure*, 729.

150. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, 25.

151. J. DE LUGO, *Disputationum*, t. 2, disp. 30, sectio 2, n. 12.

152. L. LESIO, *De iustitia et iure*, fol. 312, n. 34; J. DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica* (ed. Madrid, 1747), t. 2, lib. 1, cap. 3, n. 14-15.

Si en la escritura social se han fijado las participaciones en pérdidas y ganancias, pero sin respetar el principio de igualdad, el pacto es ilícito, y la sociedad injusta e inicua. La ilicitud de los pactos contra la igualdad de los socios puede ser el resultado de la injusticia cometida por la persona o personas que valoraron las aportaciones y fijaron la distribución de beneficios. En las Partidas (5,10,5) se establece que si el tercero que interviene en esas operaciones hace las partes «desaguisadas, como si mandasse tomar mayor parte al uno, que al otro, en las ganancias, o en las perdidas, non mostrando alguna derecha razon por que lo mandaua, estonce non valdria el aluedrio; ante dezimos, que deue ser endereçado por aluedrio de omes buenos, que caten, si alguno de ellos meresce mayor parte, por ser mas sabidor, o por lleuar mayor trabajo. E si fallaren que es assi, deuengela dar segund entendieren que es guisado; e si non, mandan que lo partan igualmente». También cabe recurrir al juez, tanto si la injusta distribución la realizó un tercero como si la fijó uno de los socios, como dice Felicio¹⁵³.

La doctrina recoge algunos supuestos de pactos usurarios e inicuos por ir contra la *aequalitas*. Normalmente, para mejor ejemplificar estos acuerdos, los autores contemplan casos de compañías constituidas por dos socios, de los que uno pone el capital y el otro el trabajo. En líneas generales, los pactos ilícitos suelen ser de dos clases: pactos en los que la ilicitud, más manifiesta, se produce por la exclusión de un socio en la aportación o en la participación, bien sea esta última en las pérdidas o en los beneficios; y pactos en los que la ilicitud radica en la desproporción entre las aportaciones y las participaciones.

b) *La exclusión de un socio de la aportación o de la participación en pérdidas o ganancias. Supuestos.*—Es ilícito el pacto por el que un socio no realiza ninguna aportación a la compañía y, sin embargo, participa en las ganancias. Tal ilicitud se deriva del propio contrato de sociedad, pero este pacto puede ser válido como donación. Así, Felicio considera que si *unus nihil ponat, et lucri partem suscipiat, dicitur contracta donatio*. Si este pacto se añade a otro de sociedad propiamente dicho, hay que entender que el contrato de compañía se ha convertido, en lo que se refiere a ese socio, en un contrato de donación. A ello alude Felicio cuando sigue diciendo: *Ita enim apparet, ex pacto fuisse transformatam societatem, ex causa et pacto adiuncto fuisse contractam donationem; et sic ex pacto verum erit, primum contractum cessare, et nouum contractum inductum sustineri...*¹⁵⁴.

Es asimismo ilícito el pacto por el que algún socio participa en los beneficios y se le excluye de las pérdidas, o asume éstas él solo y las ganancias son comunes. En tales supuestos, el pacto es ilícito e injusto, ya que, como advierte Francisco de Vitoria, no es justo convenir que los socios *in lucro essent aequales et in periculo inaequales*¹⁵⁵. En estos casos, si el que no

153. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVIII, 26-32.

154. *Ibid.*, II, 23.

155. Ed. *De iustitia*, cit., t. 2, q. 78, art. 2, n. 13, en p. 177.

soporta las pérdidas aportó sólo capital, no sólo se lesiona el principio de la igualdad, sino la segunda de las condiciones de licitud que hemos visto. O sería un pacto ilícito por usurario o no estaríamos ante un contrato de sociedad, sino de empréstito, ya que el dinero aportado, en contra de la naturaleza del contrato de compañía, se excluye del riesgo. Si el que se exime de las pérdidas sólo aporta su trabajo o industria, el pacto es ilícito por la misma razón.

Se relaciona con la cuestión anterior el problema que plantea la existencia de un pacto en cuya virtud se le garantiza al socio que pone su trabajo una compensación por éste, a veces incluso cuando no hay ganancias y hasta cuando el capital se pierde. Tal pacto supondría eximirse el que aportó el trabajo del riesgo de las pérdidas, además de quedarle garantizada una ganancia. Silvestre considera que fijar una merced por el trabajo del socio significa convertir el contrato de sociedad en una *locatio operarum*, como también afirma Pedro de Ubaldis. Lo mismo opina el Doctor Navarro, a quien sigue, entre otros, Pedro de Navarra¹⁵⁶. Gaspar Hurtado insiste en lo mismo, aun en el supuesto en que el estipendio que se le asigne al socio se fije en una parte alicuota del lucro, pues para que haya sociedad es preciso que lo que perciba el socio industrial sea una parte de los beneficios proporcionada al valor de su trabajo en relación con el valor del capital aportado por el otro¹⁵⁷. Un pacto así convertiría al socio industrial en un factor de la compañía, como observa Bartolomé Salón¹⁵⁸. En efecto: Lesio nos dice que dicho pacto solía establecerse entre los mercaderes y sus factores, aunque sin llegar a considerar los primeros a los segundos como socios suyos, sino como empleados, a los que interesaban en el negocio mediante el ofrecimiento de una parte de las ganancias, con el fin de asegurar su honradez y su diligencia en el negocio de la compañía¹⁵⁹.

No obstante, a veces cabe la posibilidad de que sea lícito el pacto por el que un socio sufra él solo las pérdidas y, en cambio, las ganancias se repartan. En este sentido, Pedro de Ubaldis se refiere al caso en que uno aporta dinero y otro trabajo, o trabajo y dinero, y el que pone su trabajo supera con su aportación al que sólo puso dinero, es decir, *tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecuniam, si solus nauiget, solus perigrenetur, solus peridula subeat*; y entonces *tale pactum valet, et seruandum est*. Y anota el mismo autor que *nec tale pactum sapit usuram: nam tanta erat opera illius, qui posuit solam operam, uel mixtimum pecuniam, et operam propter suam industriam, quod correspondebat positioni quantitatis pecuniae ex altera parte positae*, concluyendo que *tanta sit opera, quantum et damnum est*¹⁶⁰.

156. *Summa Silvestrina*, v. *Societas* I, 3; P. DE UBALDIS, *De duobus fratribus*, 138 v.º; M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 257; P. DE NAVARRA, *De restitutione*, t. 2. lib. 3, cap. 2, 3.ª P., n. 356.

157. G. HURTADO, *Tractatus*, 248.

158. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1842-1843.

159. L. LESIO, *De iustitia et iure*, fol. 309, n. 17.

160. P. DE UBALDIS, *De duobus fratribus*, 138.

En el mismo sentido, Juan de Lugo afirma que *potest enim industria, ex opera alicuius socii tanti estimari, ut compenset abunde has alias omnes inaequalitates*, refiriéndose a diversos supuestos entre los que incluye la participación de un socio en los beneficios sin asumir los daños ¹⁶¹.

La posible licitud del pacto anterior arranca, pues, de una tendencia a valorar el trabajo por encima del capital. Esta valoración puede tener su origen en la tradición medieval y en las doctrinas económicas imperantes, pero también se basa en la realidad de las compañías, en las que muchas veces un socio se limitaba a aportar una cierta cantidad de dinero, sin asumir el riesgo de la negociación de la sociedad, que lo soportaba otro socio. Son elocuentes en este sentido las siguientes palabras de Fray Tomás de Mercado: «Y no se ha de tener por puesto tan solo el dinero, sino el trabajo y ocupacion que se suelen apreciar y estimar. Y si oro es, segun dizen lo que oro vale, oro pone quien su solicitud, sudor e industria mete, pues oro vale. Y aun pueden ser tantos y tales, que como dizen claramente las leyes deua interesar, mas que el que puso el caudal todo» ¹⁶².

Estas circunstancias se dieron en las compañías dedicadas a negociar con Indias. Miguel de Palacio se refiere al socio industrial que *multum subit labores, atque periculi, ut sit in magna nauigatione v. g. ad Indos* ¹⁶³. Y el citado Mercado escribe que «los que van a Indias comunmente no ponen dinero, o muy poco, y ganan mucho. Porque se mira, lo que es justo, se considera que haze mucho en tomar un viaje largo, y tan peligroso de mar, y desterrarse de su tierra y natural, habitar y morar a las veces en tierra de trabaxosa viuienda, como es Nombre de Dios, Sancto Domingo, Honduras, Vera Cruz, y son mejorados justamente en otras condiciones...» ¹⁶⁴.

En relación con lo anterior, Pedro de Aragón se fija en la posibilidad de que la industria de un socio se valore en justicia en más que el capital aportado por el otro, en cuyo caso sería justo y lícito que el primero participara en las ganancias en más cuantía que el segundo ¹⁶⁵. Gregorio de Valencia, después de afirmar que el trabajo vale más que el capital, considera que ambos valen todavía más cuando se aportan y exponen *ad lucrandum*, y que muy bien puede ocurrir que una gran suma de dinero puesta en compañía se considere del mismo valor que la industria del otro socio, aunque ésta, considerada en sí misma o como trabajo mercenario, tuviera un valor sensiblemente inferior al dinero del otro socio ¹⁶⁶. Miguel Bartolomé Salón admite la exoneración del daño con referencia al supuesto concreto en que un socio

161. J. DE LUGO, *Disputationum*, t. 2, disp. 30, sectio 2, n. 13.

162. T. DE MERCADO, *Summa*, 49 v.º.

163. M. DE PALACIO, *Praxis*, 363.

164. T. DE MERCADO, *Summa*, 50.

165. P. DE ARAGÓN, *In Secundam Secundae*, 696-a.

166. G. DE VALENCIA, *Libri quatuor*, t. 3, c. 1198-b.

aporte capital y el otro solamente su trabajo, pero siempre que la industria del socio gerente se equipare al dinero aportado por el otro ¹⁶⁷.

Otro pacto ilícito es aquel en virtud del cual uno de los socios se lleva todos los beneficios y, sin embargo, no soporta las pérdidas. Tal convenio lo contempla tanto la legislación y la jurisprudencia como la literatura jurídica, considerándolo como el típico pacto leonino. En las Partidas (5,10,4), al establecerse la validez de los pactos sociales, se excluyen los leoninos:

«Mas si fazen pleyto, que el uno que ouiesse toda la ganancia e que non ouiesse la parte en la perdida; o toda la perdida fuesse suya, e non ouiesse parte en la ganancia; non valdria el pleyto que desta guisa pusiessen. E tal compañía como esta llaman las leyes leonina».

Otro tanto sanciona la jurisprudencia canónica ¹⁶⁸.

En realidad, la condena y la calificación de leoninas para estas sociedades se encuentra ya en el Derecho romano, como señala Arangio-Ruiz ¹⁶⁹. Asimismo, Poggi, que recoge el siguiente pasaje del Digesto:

Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri 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. (D. 17,2,29,2).

La hipótesis de la sociedad leonina hecha por Casio y referido por Aristón y Ulpiano consiste, desde luego, en que uno de los socios *lucrum tantum, alter damnum sentiret*, pero se extiende también al supuesto en que ambos soportan los daños y sólo uno recibe el lucro ¹⁷⁰.

Angel de Periglis considera tal acuerdo inicuo, pues *mullo iure ciuile, canonico, uel diuino contrahi potest societas, ut unus tantum lucrum, tantum damnum sentiat, vel ferat*, siendo *iniquissimum genus societatis, quae leonina appellant* ¹⁷¹. Todos los autores califican de leoninas a estas sociedades, como manifiesta Juan de Solórzano Pereyra en su *Política Indiana*, al referirse

167. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1881.

168. BUSSI recoge una sentencia de la Rota de Génova, recopilada en 1606, sobre la prohibición de la sociedad leonina, a la que define como aquella *in qua ex sociis nullum succum sentit et damnum sentit* (V. *La formazione dei dogmi di diritto private comune. Contratti, successioni, diritti di famiglia. Ristampa anastatica*, Padua, 1971, 86).

169. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in Diritto romano*, 110.

170. A. POGGI, *Il contratto de società in Diritto romano clasico*, I, edición anastatica (Roma, 1972), 165-166.

171. A. DE PERIGLIS, *De societibus*, 131.

a «este modo de compañía, en que uno quiere llevarse todo el provecho, y que sobre el otro quede toda la ocupación, y trabajo», y añade que a ese tipo de sociedad «llamaron leonina nuestros jurisconsultos, aludiendo a la fábula del león con los demás animales en la casa del toro, de donde se formó el adagio, que Erasmo trae, y exorna cumplidamente¹⁷². Bartolomé de Albornoz escribe que si los que forman compañía «contractasen que toda la ganancia houiesse el uno, y no parte en la pérdida, tal compañía como esta llaman las leyes leoninas, y no valdría, porque es contra la naturaleza de la compañía»¹⁷³. A la misma conclusión llega Miguel de Palacio, al considerar que para que *societas sit vera, et non ficta*, o para que no sea usuraria, es necesario que, así como el beneficio debe ser común, *iactura non sit particularis*. Es preciso que se respete la *aequalitas*, lo que no ocurriría si uno de los socios no participase en las ganancias y, no obstante, soportarse las pérdidas¹⁷⁴. A continuación, Miguel de Palacio explica, de igual modo que haría después Solórzano Pereyra, la causa de que a las compañías así constituidas se les denomine leoninas, mencionando la fábula de Esopo, cuyo inicuo convenio reproduce, como también Bartolomé Salón¹⁷⁵. Para Juan de Lugo también será siempre injustificable, leonina y reprobada la sociedad *in qua ad unum socium damnum solum pertinere debeat, et nihil lucri*¹⁷⁶.

c) *La desproporción en la distribución de los beneficios y en la asunción del riesgo. Supuestos.*—Junto a los pactos anteriores, los autores se refieren a otros cuya ilicitud radica en la distribución desigual de beneficios y riesgos. Entre estos pactos, la doctrina contempla principalmente los que siguen.

Es convenio ilícito aquel por el que uno participa en las ganancias en más cuantía que el otro, y soporta los riesgos por igual, como cuando se acuerda que sea el peligro común y, sin embargo, un socio participe en las

172. J. DE SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana* (Madrid-Buenos Aires, s. d.), t. 2, 5, 12.

173. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, 25 y v.º.

174. M. DE PALACIO, *Praxis*, 361.

175. *Ut ratione (sit) pars fortunae munera sumant, Sumunt foedus, ouis, capra, iuuenca, leo.*

Ceruus adest, ceruum rapiunt, leo sic ait, haeres.

Primae partis ero: nam mihi primus honor.

Et mihi defendit partem vi prima secundam.

Et mihi dat maior tertia, iure labor.

Et pars quarta meum, nisi sit mea, rumpet amorem (V. M. DE PALACIO, *Praxis*, 363; M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1839).

176. J. DE LUGO, *Disputationum*, t. 2, disp. 30, sectio 2, n. 13. La evidencia del razonamiento transcenderá a una literatura jurídica mucho más tardía. Así, J. MARCOS GUTIÉRREZ, en el siglo XIX, considera que un pacto como el comentado se entiende por no puesto, a no ser que se tenga por una donación, en cuyo caso desaparecerá la compañía como tal (*Librería de Escribanos*, t. 2, cap. 23, 161).

tres cuartas partes del lucro, y el otro en la cuarta restante. En tal supuesto, como observa Angel de Periglis, *lucrum sentiret pro maiori parte, quam periculum*, y así *pro ea contractus disceretur usurarius*, según la opinión de Papiniano¹⁷⁷. Es ilícito el pacto por el cual dos socios que han aportado capital en la misma cuantía acuerdan dividir la ganancia de forma desigual. Pero puede ser lícito el caso opuesto, es decir que, habiendo aportado capitales desiguales, convengan en repartirse las ganancias por igual. En este caso, Felicio distingue dos posibilidades. La primera es que se haya convenido que, si el capital subsiste al final de la compañía, se le restituya a cada socio la parte que aportó. Entonces el pacto de dividir desigualmente las ganancias no vale, *quia lucrum quisque percipere debet pro ea parte, quam in societate habet*. La otra posibilidad es que se haya estipulado que el capital que quede al final se divida por partes iguales. En este supuesto es válido que se repartan las ganancias por igual, ya que, no *iure societatis*, sino *titulo donationis*, vienen a igualarse los «puestos» de ambos socios, con lo que la igualdad de las ganancias responde a la igualdad de las aportaciones¹⁷⁸.

Es ilícito el pacto por el cual un socio recibe dos partes de las ganancias y sólo soporta una de las pérdidas, mientras que su consocio participa en beneficios y riesgos en proporción inversa. Afirma Angel de Periglis que *lucrum non intelligunt nisi deducto omni damno*, y no puede admitirse en Derecho civil, canónico ni divino que un socio *plus de lucro participare, quam de damno, vel econtra*. Silvestre también tacha de ilícito, por ir contra la *aequalitas*, el mismo pacto¹⁷⁹.

Naturalmente, se entiende que los pactos anteriores son ilícitos desde el momento en que las aportaciones de los socios son iguales. Pero puede ocurrir que no lo sean, en cuyo caso el principio de la igualdad obliga a que las participaciones sean desiguales, como es lógico. Diego de Covarrubias, tras afirmar que la compañía, por ser una especie de fraternidad, no admite una distribución desigual entre los socios, por lo que *contra naturam societatis est pactum iniquae et inaequalis distributionis*, añade que esa desigualdad hay que admitirla en los casos, muy frecuentes, en que las aportaciones no son iguales¹⁸⁰.

Igualdad, como ya hemos visto, es proporcionalidad, y hay que partir de la justa valoración de lo que cada uno pone en compañía. Pedro de Ubaldis se refiere a esa exigencia de proporcionalidad, y advierte que hay que tener en cuenta que las aportaciones en trabajo, por ejemplo, pueden ser superiores a las aportaciones en capital, como ya hemos visto que señalan otros autores, y recalca que *intellige aequalia aequalitate proportionis, idest quotitatis, non*

177. A. DE PERIGLIS, *De societibus*, 131.

178. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVII, 39-40.

179. A. DE PERIGLIS, *De societibus*, 131; *Summa Silvestrina*, V. *Societas*. I, 11.

180. D. DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, t. 2, fol. 277.

aequalitate quantitatis, con lo que, indirectamente, viene a poner de manifiesto las dificultades que pueden presentarse al valorar cuantitativamente la industria de un socio¹⁸¹. Para Juan de Lugo, esa igualdad o proporcionalidad entre lo aportado y lo percibido no puede ser una igualdad aritmética cuando las aportaciones sean de diferente valor. En el mismo sentido, Gregorio de Valencia, remitiéndose a las enseñanzas de Cayetano, Juan Mayor y el doctor Navarro¹⁸².

En consecuencia con lo anterior, pueden ser lícitos ciertos pactos en los que las participaciones de los socios en pérdidas y ganancias no sean cuantitativamente iguales. El doctor Navarro plantea la posibilidad de que el socio que sólo pone su trabajo gane más que el que aportó el capital, pues *tantum potest esse labor, et tanta industria, ut licitum sit pacisci, ut qui ea confert, duas partes ex lucro, et dominus pecuniae unam solam accipiat...*¹⁸³. En sentido análogo, Bartolomé de Albornoz considera lícito al acuerdo por el que uno de los socios, que ha aportado sólo su trabajo, o trabajo y capital, participa en mayor medida que el otro en los beneficios e incluso se le excluye de las pérdidas, precisamente «porque se mete a maior trabajo, y auenturaba mas peligro»¹⁸⁴. También puede ocurrir lo contrario, en cuyo caso será asimismo lícito el pacto de que el que pone el dinero perciba una parte mayor de la ganancia. Sarabia de la Calle pone algunos ejemplos de sociedad mercantil y de sociedad de ganado en los que, por ser la aportación en capital de uno de los socios muy superior a la aportación en trabajo del compañero, resulta injusto que participen por igual en los beneficios; por lo que habrá de permitirse el acuerdo de que gane más el que más expone, ya que ganancia y pérdida —dice Saravia— «ha de ser de los tratos justos, porque en los injustos pecarías y serías obligado a restitución, según que lo son los que participan en tomar lo ajeno»¹⁸⁵.

La proporcionalidad entre aportaciones y participaciones tiene lugar en las compañías llamadas «particulares», dentro de las cuales hay que considerar a las mercantiles, pues en ellas la justicia está, como dice Tomás de Mercado, en que «lleva cada uno de la ganancia o pérdida, según puso a rata». En cambio, en la compañía llamada «general», como los socios se comprometen a poner en común todos sus bienes presentes y futuros, se puede pactar que las ganancias sean iguales, aún siendo desiguales las aportaciones iniciales, ya que —sigue diciendo Mercado— «no es necesario se tenga respecto con lo que de presente se mete, pues se obliga a poner

181. P. DE UBALDIS, *De duobus fratribus*, 140.

182. J. DE LUGO, *Disputationum*, t. 2, disp. 30, sectio 2, n. 11; G. DE VALENCIA, *Libri quatuor*, t. 3, c. 1197-c hasta 1198-a.

183. M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 253.

184. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, 25 y v.º.

185. L. SARABIA DE LA CALLE, *Instrucción*, 121.

todo lo que ganare. A cuya causa, aunque ahora sean las partes desiguales, se puede desde el principio poner, que sea la ganancia yugal», puesto que la proporción en este caso ha de darse entre la ganancia y la obligación de los socios de aportarlo todo, y como la obligación es igual para todos, iguales han de ser los beneficios¹⁸⁶. Lo mismo hace valer Miguel Bartolomé Salón, quien, al defender la licitud de la *societas omnium bonorum* en los casos en que las aportaciones iniciales o de presente de los socios sean desiguales, expone varios argumentos para probar que esa desigualdad inicial no contradice el principio de la *aequalitas*, porque, entre otras razones, *obligatio tamen quam omnes succipiunt conferendi in illam societatem omnia bona in futurum sibi accesura, est aequalis*. En un sentido análogo, Diego de Covarrubias o Gaspar Hurtado, que se remite en este caso a Luis de Molina, Leonardo Lesio, Felicio y otros¹⁸⁷.

La realidad histórica ofrece abundantes ejemplos de compañías en las que las aportaciones de los socios son desiguales y de distinta naturaleza. Uno de los casos más frecuentes es el de la compañía mercantil en la que un socio aporta capital y otro trabajo, o trabajo y algo de capital, y el segundo participa en las ganancias en la misma o en más cuantía que el primero, aunque éste haya puesto mucho más. La razón no es sino la valoración del trabajo del mercader, igual o superior a la dada al «puesto» del compañero. A ello se refiere Diego de Covarrubias, cuando *unius ex sociis diligentia tantum praestat, quantum pecunia ab aliis collata*¹⁸⁸. Tal valoración se suele hacer constar en la carta de compañía otorgada ante el escribano público¹⁸⁹.

Pero también puede ocurrir lo contrario, con lo que nos hallamos ante compañías que, sin ser leoninas, se consideran lesivas desde el punto de vista de la equidad que debe presidir el pacto sobre pérdidas y ganancias. Tomás de Mercado recoge el siguiente supuesto, que debió ser muy frecuente en el comercio con América: A, capitalista, aporta 2.000 ducados, y B, gestor, comerciará con este dinero en Indias. Las ganancias se dividirán en la proporción de 3/4 para A y 1/4 para B. La compañía así constituida se aproxima a

186. T. DE MERCADO, *Summa*, 49 v.º.

187. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1828; D. DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, t. 2, fol. 277; G. HURTADO, *Tractatus*, 250.

188. D. DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, t. 2, fol. 276.

189. En el *Manual del Libro de Caja* de ANTONIO MENDOZA, cuyas cuentas se inician en septiembre de 1598, y que se incluye en el *Libro de Caja* de BARTOLOMÉ SALVADOR SOLÓRZANO (fol. 16), aparece asentada la expedición de unas mercancías a Francia, cuyas ganancias han de dividirse por mitad entre dos socios, uno de los cuales ha aportado las dos terceras partes del importe de la compra de dichas mercancías, mientras que el otro, que ha puesto el tercio restante, es el que ha de negociar la operación. En el asiento del libro de caja se justifica la igualdad de la participación en la ganancia, no obstante la diferencia entre las aportaciones en metálico, precisamente porque el socio que puso menos dinero es el que realiza las operaciones mercantiles pertinentes, remitiéndose a lo que ambos socios tenían convenido en la escritura de compañía.

un contrato leonino, ya que B gestionará gratis a A las encomiendas que B le enviará, «teniendo principal intento de cargarle, como cargo mas de cien mil, y no lleuo el pobre (B) interes de un peru que le gano». Al contrato así convenido lo califica Mercado como una «barbaridad o crueldad», y de B nos dice «que toda via viue, un hombre habil y diligente... y aun el pobrezillo recién casado»¹⁹⁰. El mismo ejemplo lo refiere Luis López, quien nos dice de A que era hispalense, y califica abiertamente a la relación contractual de leonina¹⁹¹.

Juan de Lugo recoge un supuesto en el que, aún siendo desiguales las aportaciones de los socios, resulta a su juicio injusto que, una vez restituido el capital al que lo aportó, se dividan las ganancias en proporción a lo que cada uno puso. Arranca de un caso que ya examinamos al tratar de la segunda condición de licitud —una sociedad de capital/trabajo en la que uno pone capital y el otro su industria y un barco para la negociación de la compañía—, pero deteniéndose ahora exclusivamente en el reparto de los beneficios. La división de éstos entre los socios en proporción al valor de las aportaciones le parece a Lugo una injusticia. Tras recoger la opinión de Luis de Molina, que reconoce dicha injusticia sólo en el caso de que el barco y el trabajo alcancen el mismo valor del capital puesto por el otro, se inclina por la de Leonardo Lesio, para quien la injusticia se da aunque el trabajo y el barco fueran de valor inferior al del capital, por considerar que el socio industrial no participa proporcionalmente en los beneficios y, además, asume un riesgo mayor que el de su consocio. Considera que tal injusticia puede paliarse añadiendo al contrato de sociedad unas cláusulas que permitan el incremento de la participación del socio industrial, elevándola, por ejemplo, a la mitad de lo que se obtenga¹⁹².

En realidad, lo que Juan de Lugo preconiza es que las ganancias se dividan en proporción a lo que se arriesga. Estima que una buena regla para que se cumpla la igualdad entre los socios es suponer que el capital no se tenga que restituir y que el lucro se divida en proporción a las aportaciones respectivas. Uno de los ejemplos que pone en tal sentido es el de una compañía en la que Pedro aporta un capital de 1.000 y Pablo un trabajo valorado también en 1.000. Si se ganan 1.000, cada uno percibirá dicha cantidad y ninguno se habrá lucrado, pues Pedro recuperará las 1.000 que puso y Pablo obtendrá 1.000, que es el valor de su trabajo. Pero si se ganan 2.000, como se le unen las 1.000 que puso Pedro, cada uno percibirá 1.500, obteniendo un lucro real de 500 cada socio, ya que a Pedro se le restituyen las 1.000 que puso y a Pablo otras 1.000, que era el valor de su trabajo. A través de este razonamiento, Lugo va desembocando, casi insensiblemente, en el contrato trino, que recoge a continuación a través de unos supuestos planteados por Lesio en los que se ve con claridad el *contractus triplex*¹⁹³.

190. T. DE MERCADO, *Summa*, 50.

191. L. LÓPEZ, *Instructorium*, 256.

192. J. DE LUGO, *Disputationum*, t. 2, disp. 30, sectio 2, n. 16-17.

193. *Ibid.*, t. 2, disp. 30, sectio 2, n. 18-19.

En la literatura jurídica aparecen unos ejemplos de pactos ilícitos que guardan estrecha relación con el incumplimiento de la segunda condición de licitud y que se conectan con el contrato trino. Tales pactos ilícitos se producen cuando el que aporta el dinero, no sólo no asume su riesgo, sino que participa en el lucro, pero, a diferencia de lo que suele establecerse en el contrato trino, sin que medien los correspondientes precios o compensaciones a favor del socio gestor. Para Diego de Covarrubias, un pacto así va contra las leyes de la sociedad, pues supone percibir el lucro y rehuir el daño, como señalan Accursio, Pedro de Perusia, Conrado y otros, por lo que es un pacto inicuo que obliga a restituir¹⁹⁴. Considera Felicio que el pacto que garantiza su dinero al socio carece, como hemos visto, de valor; pero si, además, participa ese socio en las ganancias, el pacto *non solum est iniustum, sed etiam usurarium*¹⁹⁵.

El Doctor Navarro estima que si el socio que sólo aporta su trabajo asume el riesgo de pérdida de una parte del capital puesto por el otro, por esa parte de dinero asegurado el contrato es de mutuo, y no de sociedad¹⁹⁶. Sin embargo, Diego de Covarrubias admite la licitud del pacto en cuya virtud el que aportó su trabajo, de menos valor que el capital aportado por su consocio, asume la mitad del riesgo de dicho capital, siempre que se haya convenido dividir las ganancias por igual, pues dichas cosas se compensarían¹⁹⁷.

Juan Azor, apoyándose en otros autores, considera lícito convenir que la pérdida y el riesgo sean comunes, siempre que también se comunique el capital. Por el contrario, tacha de ilícito el pacto que obliga a compartir la pérdida y, en cambio, establece la devolución del capital al que lo puso, con lo que hay que interpretar que éste no perdió su propiedad y no lo comunicó con el otro socio. *Si primo modo pactum sit, iustum est, dice este autor: si secundo modo pactum sit, est iniquum*¹⁹⁸.

D) *Circunstancias que pueden volver lícitos algunos pactos injustos.*

¿Puede acordarse cualquier cláusula injusta cuando las partes, singularmente la perjudicada por la misma, consiente en ella de forma libre y consciente? El principio de la igualdad entre los socios tiene por objeto evitar que un compañero se vea constreñido, por alguna circunstancia, a aceptar las condiciones impuestas por el otro, es decir, que bajo unas estipulaciones formales se encubran imposiciones unilaterales. Se trataría de supuestos en que la necesidad obliga a un socio a aceptar las condiciones dictadas por el otro. A estas compañías se refiere Tomás de Mercado cuando alude a los que las hacen «con algunos criados, parientes, personas necessitadas», diciendo que

194. D. DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, t. 2, fol. 276.

195. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVIII, 3.

196. M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 252.

197. D. DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, t. 2, fol. 216.

198. J. AZOR, *Institutionum*, 599.

en estos casos debe garantizarse con más rigor la *aequalitas*, «quando al parecer tienen mas lugar de quebrantarla, como algunos la quebrantan. Que con un colorsillo, que en toda aquella baixa y estrechura, los hazen buena obra, les ponen en su carta de compañía mil condiciones asperas y difficiles, segun yo he visto...». Y sigue con algunos ejemplos de estas compañías inicuas. No se trata, pues, de que la parte débil sea engañada, sino de que se vea impulsada a aceptar los pactos sociales —que en realidad ha establecido la otra parte— por su mala situación económica. Por eso dice Mercado, refiriéndose a uno de estos casos, que «no es buena disculpa que ellos lo aceptan assi, y lo quieren, que realmente no lo quieren, sino que como no pueden mas se dexan morir, y harto morir es dexarse assi atar...»¹⁹⁹. También Manuel Rodríguez denuncia esa clase de compañías, que, bajo una cobertura de liberalidad, encubren usura y codicia²⁰⁰.

Ahora bien, cuando las personas se encuentran en un plano de igualdad, ¿puede renunciarse a la *aequalitas*, firmando un pacto que establezca una desproporción entre las aportaciones y las participaciones, o bien que exima a un socio del deber de aportar o le excluya de la ganancia o de la pérdida? Esta cuestión se la plantea Tomás de Mercado, y llega a la conclusión de que, cuando forman compañía personas a las que «no las constriñe... necesidad, qualesquier condiciones se pueden sacar, y poner, aunque de suyo sean algo injustas sabiendolo, y entendiendolo las partes». La razón de ello es que «no ay agravio, ni fuerza, adonde ay voluntad, y no necesidad». Una compañía así tiene lugar, según este autor, si uno «poniendo la mayor parte y solicitandolo, ganasse solo la mitad, o si poniendo la mitad corriese el riesgo de nada, sino que el otro lo tomasse en si». Obviamente, este desinterés por parte de uno de los socios casi sólo viene a darse entre familiares: por ejemplo, como señala Mercado, «entre padres y hijos»²⁰¹, o entre hombres ricos con sus parientes, amigos y criados, como señala Manuel Rodríguez²⁰². Es raro entre la generalidad de las personas, que se asocian buscando, en las mayores ganancias de la compañía, su particular provecho.

Ya en Juan de Lugo vimos cómo, al tratar de la necesidad de garantizar la igualdad entre los socios, considera lícito una desigualdad pactada libremente, sin que el perjudicado se vea obligado a aceptarla por necesidad. La desigualdad sería una manifestación de la generosidad de un socio, y en relación con ella el contrato de sociedad implicaría también una donación. El doctor Navarro alude a unas sociedades semejantes, en las que un socio muy rico hace consocios suyos en una empresa a parientes o criados suyos, que sólo aportan su trabajo —de mucho menos valor que el capital puesto en la compañía— y a los que, no obstante, hace partícipes en las ganancias

199. T. DE MERCADO, *Summa*, 50.

200. M. RODRÍGUEZ, *Summa*, 126.

201. T. MERCADO, *Summa*, 51 v.º a 52.

202. M. RODRÍGUEZ, *Suma*, 125-126.

en cuantía muy elevada, y, desde luego, desproporcionada, al valor real de sus aportaciones. Las cláusulas de estas sociedades, producto de la liberalidad del socio que pone el dinero, no constituyen para el doctor Navarro una donación parcial a favor de los socios trabajadores, ya que no se les transfirió el capital aportado ni se les hace partícipes en el mismo, sino sólo en las ganancias; pero piensa que en estos casos *potius esse locationes cum salario incerto, quam societatis*²⁰³, aunque hay que resaltar que ese salario, incierto en cuanto a lo aleatorio de su percepción y en cuanto a su cuantía exacta, está determinado como participación alícuota en las ganancias.

E) *La sustitución del sistema de cuotas por una cantidad cierta en el reparto de las ganancias.*

¿Es lícito sustituir el sistema de participación de los socios en las ganancias a través de partes alícuotas en el beneficio líquido obtenido —es decir, una mitad, una tercera parte, etc.— por el sistema de la percepción de una cantidad cierta y determinada? La pregunta se la formula Felicio, y distingue diferentes supuestos. Considera que un acto en tal sentido debe considerarse lícito en los siguientes casos: cuando, con motivo de la venta de una perla, se acuerda que el dueño de la misma reciba diez, y el resto su socio; cuando, en la *societas super officiis*, se conviene que el socio que aportó el dinero reciba 12 por cada 100 que el oficio le rinda; cuando se pacta una percepción semejante en las sociedades que tienen por objeto la explotación de animales, es decir la denominada *soccida*. Pero, además, estima Felicio que el mismo pacto puede establecerse en la *societas negotiatio-nis*²⁰⁴. Ahora bien, ¿se enmascararía en este caso, con tal sistema de percepción de los beneficios, un contrato usurario? Para Felicio, la contestación ha de ser negativa si el capital aportado soporta el riesgo, y positiva en caso contrario, aunque la exoneración del riesgo no afecte a todo el capital. Felicio añade que hay autores que, no obstante, piensan que el establecimiento de ese sistema de ganancias fijadas cuantitativamente es usurario en cualquier caso, incluso cuando el dinero soporta el riesgo, porque es preciso que todos pongan *sub fortuna, et sub periculo* tanto el lucro como el capital²⁰⁵.

A continuación, Felicio analiza el problema de la licitud de este pacto en las diferentes sociedades reseñadas. Considera que, en el caso de la venta de la perla, el convenio es lícito entendiéndose que la cantidad fijada no se establece en relación con la ganancia, sino con el precio²⁰⁶, y en el supuesto de la sociedad que tiene por objeto los lucros procedentes de un oficio, también el pacto es lícito, porque consuetudinariamente ello no es considerado

203. M. DE AZPILCUETA, *Manuale*, 17, 251.

204. H. y A. FELICIO, *Tractatus*, XVII, 1-5.

205. *Ibid.*, XVII, 11.

206. *Ibid.*, XVII, 13.

ilícito, *propter periculum vitae, et eius incertitudinem*²⁰⁷. Con respecto a las restantes formas societarias, afirma que la opinión de los autores no permite deducir reglas generales y que es preciso distinguir varios casos. De entre los que contempla, algunos tienen especial interés. Así, si se pacta una cantidad *ultra sortem*, haya o no ganancia, el convenio es usurario, y, por lo tanto, ilícito, sea cual sea el nombre que se le dé, y estima que esta opinión es verdadera *etiam si fuisset dictum, lucrum deberi praestari, si adesset, et non alias*²⁰⁸. En cambio, es lícito que, soportando el riesgo el capital, se le reconozca al que lo aporta una cantidad fija en concepto de lucro, al estimarse que las ganancias pueden ser mayores. No se trata en tal caso de un mutuo, porque el dinero soporta el riesgo, y el lucro tasado no vuelve ilícito el pacto, ya que la obtención de la ganancia es aleatoria y puede verosímilmente exceder de la cantidad tasada. Por razón de la incertidumbre, pues, la tasación no debe considerarse ilícita²⁰⁹.

V. CUARTA CONDICIÓN: EXCLUSIÓN DEL FRAUDE «INTER SOCIOS»

La necesidad de que en la constitución de la compañía no intervenga fraude ni engaño se desprende de su naturaleza contractual y de sus caracteres específicos. La literatura jurídica alude con diversos motivos a que la buena fe presida el pacto social y las relaciones *inter socios*. La sociedad, como se repite constantemente, es un género de hermandad que requiere esa honestidad entre los compañeros. Por eso mismo, la infracción de la segunda de las condiciones de licitud examinadas —el pacto de aseguramiento total o parcial del capital y la fijación injusta de las estipulaciones del contrato trino— o el incumplimiento de la tercera condición —por medio de la adición de cláusulas que introduzcan una desigualdad entre los socios— pueden deberse a la intervención de fraude o engaño por parte de alguno de los contratantes.

La mención del requisito de la no intervención de fraude o engaño como una cuarta condición de licitud de la compañía sólo la hemos hallado, como se dijo al principio, en el derecho castellano y en una parte de su doctrina. En las Partidas (5, 10, 5) se dispone:

«Engañosamente se trabajando algun ome, para auer compañía con otro; si la compañía firmasse por pleyto, desque el otro conociesse el engaño, non es tenuto de la guardar».

Ya antes (Partidas, 5, 10, 1) se permite que el socio acuda a los tribunales para que le autoricen su apartamiento de la compañía si «le hizieron

207. Ibid., XVII, 15.

208. Ibid., XVII, 20.

209. Ibid., XVII, 21.

entrar en ella engañosamente», si bien este derecho se le concede al socio menor de veinticinco años, tratándose de la *restitutio in integrum* en uno de sus supuestos. De todos modos, conectando estas dos leyes, es incuestionable la anulabilidad de la compañía contraída con engaño. Tomás de Mercado, al indicar las condiciones que deben ponerse en el contrato de compañía, no olvida agregar «la fidelidad que se han de guardar y tener los socios»²¹⁰; Bartolomé de Albornoz repite las palabras de las Partidas para tachar de ilícita la sociedad contraída con fraude entre los compañeros²¹¹; y Miguel de Palacio, después de enumerar las tres condiciones de licitud que recoge unánimemente la doctrina, añade: *Pussumus etiam alias conditiones, videlicet, quod fiat sine fraude societas*²¹². A estos autores debe referirse Salón al decir que hay algunos que añaden esta *quartam conditionem*²¹³.

Si en la constitución de la compañía interviene fraude o engaño entre los compañeros, puede disolverse, pues los socios no están obligados a respetar el pacto social, como se contiene en las Partidas y repite Bartolomé de Albornoz. La ilicitud del contrato de sociedad por razón de fraude se declara, naturalmente, para proteger la buena fe de los socios, pero también por razones morales. A diferencia de lo que, según Mercado, puede ocurrir con el requisito de la *aequalitas* entre los socios, que, en determinadas circunstancias, puede ser renunciable, los compañeros no pueden renunciar de antemano a la acción para pedir la nulidad de la compañía pactada con engaño. En las Partidas (5, 10, 5) se dispone que «quando dos omes fiziessen compañía de so uno, diziendo el uno al otro, que maguer le fiziesse algun engaño en la compañía, que no selo demandaria; dezimos que tal pleyto non vale nin deue ser guardado». La razón de ello es, según se sigue diciendo en el texto y recoge Albornoz, que los pactos que dan motivo al fraude no deben valer. En el mismo sentido, Miguel de Palacio opina que *si pactum constituatur inter socios quod fraus relecta, non det actionem aliis sociis, ut petant eius dissolutionem, societas constituta ex hoc pacto nulla est...*²¹⁴.

Es, pues, el derecho castellano, representado por la normativa de Partidas y por una parte de la literatura jurídica, el que termina de perfilar la doctrina del derecho común sobre las condiciones de licitud de la compañía, con el añadido de esta cuarta condición, que se deduce del requisito de la *bona fides*, inspirador de la teoría del derecho de obligaciones en general, y de la propia naturaleza del contrato de compañía en particular. Siglos más tarde, la exigencia de la buena fe y la nulidad de los pactos sociales que implican engaño por parte de algún socio son reiterados por

210. T. DE MERCADO, *Summa*, 49.

211. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, 25.

212. M. DE PALACIO, *Praxis*, 362.

213. M. B. SALÓN, *Commentariorum*, 1839.

214. M. DE PALACIO, *Praxis*, 362.

la legislación y por la doctrina²¹⁵, aunque ya no como un requisito de licitud de la compañía, puesto que, como decíamos, con posterioridad al siglo XVII la literatura jurídica no enuncia una teoría de estas condiciones de licitud que caracterizaron a los autores de los siglos XVI y XVII.

215. En la normativa de los Consulados se exige la buena fe entre los socios. En las Ordenanzas de Bilbao de 1737 se dispone que «en cualesquiera géneros de compañías deberán proceder de buena fe los comerciantes en la parte que se obligaren hacia los demás compañeros...» (*Ordenanzas de la Ilustre Universidad, y Casa de Contratación de la Muy Noble y muy leal Villa de Bilbao*, 1737, cap. 10, n. 2 y 3). Y para garantizar esa buena fe, necesaria para la seguridad del comercio, las Ordenanzas adoptan unas medidas, en relación con las compañías que se constituyan en Bilbao, tendentes, en definitiva, a proteger la seguridad del tráfico mercantil. Para ello se exige el otorgamiento de escritura pública en la que consten las cláusulas y circunstancias constitutivas de las compañías, el depósito en el Consulado de un testimonio de dicha escritura, que las compañías lleven los libros reglamentarios, etc. Y más adelante, J. MARCOS GUTIÉRREZ, al comentar el *Febrero*, resalta que «no vale la compañía, cuando hay engaño entre los socios, aunque se obliguen a no demandársele» (t. 2, cap. 23, p. 161).