

# PRECEDENTES ROMANOS DE LOS ARTÍCULOS 1689 A 1691 DEL CÓDIGO CIVIL\*

JOSÉ MARÍA BLANCH NOUGUÉS\*\*

**Resumen:** El jurista romano Casio (s. I d.C.) denominó *societas leonina* a aquella en la que alguno de los socios participa en las ganancias pero no, en absoluto, en las pérdidas. Por otro lado, se discutió entre los juristas romanos clásicos –*magna quaestio*, según el jurista Gayo (s. II d.C.)– si el socio industrial podía gozar de una situación de privilegio respecto del socio capitalista en la sociedad mercantil romana. Ambos temas están relacionados con la causa del contrato de sociedad y la prohibición en el Derecho Romano de la *societas donationis causa*. El artículo aborda esta materia tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Civil español poniendo de relieve las identidades y diferencias existentes entre ambos y las líneas básicas de la recepción de las reglas jurídicas romanas relativas a esta materia en el Derecho contractual europeo actual.

**Palabras clave:** *Societas leonina*, socio industrial, socio capitalista, pérdidas y ganancias, *magna quaestio*, nulidad, Mucio Escévola, Sulpicio Rufo

**Abstract:** The roman jurist Casius (s. I A.D.) defines as *societas leonina* that in which one of its partners shares in the profit but not in the loss. On the other side, it was discussed among the classic roman jurists –*magna quaestio*– according to the jurist Gaius (s. II A.D.) whether the industrial partner was entitled to a position of privilege with regard to the capitalist partner in the roman mercantile company. Both subjects are related to the case of company contracts and to the prohibition of the *societas donationis causa* in Roman Law. The article broaches this subject in the Roman Law as well as in the Spanish Civil Code and emphasizes the identities and differences between the two of them and the basic lines of the reception of the roman juridical rules with regard to this subject in the actual European Contract Law.

**Keywords:** *Societas leonina*, industrial partner, capitalist partner, losses and profits, *magna quaestio*, nullity, Mucius Scaevola, Sulpicius Rufus.

1. Partimos de una comparación elemental entre el régimen jurídico contenido en el Derecho Romano y el que establece el Código Civil en materia de reparto de pérdidas y ganancias entre los socios. Según dicha labor de comparación constatamos que el Código Civil español (art. 1689), al igual que sucedía en el Derecho Romano, deja en primer término

---

\* Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2008.

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2009.

\*\* Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: [josemaria.blanch@uam.es](mailto:josemaria.blanch@uam.es).

a la voluntad de los socios el reparto de las pérdidas o ganancias habidas en la sociedad y permite también (art. 1690) que ellos acuerden que la determinación de dichas cuotas quede al arbitrio de un tercero, siempre que éste actúe conforme a la equidad, de tal modo que los socios podrán impugnar su decisión en caso de que su actuación sea contraria a la misma<sup>1</sup>;

<sup>1</sup> Siguiendo a CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), XXI, 1º, arts. 1665 a 1708 del Código Civil, Madrid, 1986, p. 348 ss., vemos que el supuesto contemplado en el art. 1690 del Código Civil español parece circunscribir la actuación del tercero a la de un arbitrio de equidad en el que la tarea del arbitrador viene a completar el *iter* ya iniciado por los socios en orden a la determinación de la participación en las pérdidas y ganancias siendo su arbitrio perfectamente impugnabile por aquéllos si se desvía de los criterios objetivos en virtud de los cuales debe actuar. En este sentido, DIEZ-PICAZO, L., “La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1690 del Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1973)”, *Anuario de Derecho Civil*, 27, I, Madrid, 1974, p. 447 ss., puso de manifiesto que nos encontramos ante un arbitrio de *res non litigiosa*, aunque pueda darse algún grado de conflicto entre las partes, y en consecuencia, no en el ámbito de un verdadero arbitraje en el que el árbitro dicta un laudo ejerciendo una función pública como un juez de acuerdo con la legislación específica en materia de arbitraje. Véase también, HERNÁNDEZ GIL, F., *Comentario del Código Civil* (coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA), I., 8, Madrid, 2006, pp. 390–391.

Por lo que hace al Derecho Romano debemos comenzar advirtiendo que no parece que las fuentes romanas llegaran a distinguir, a los efectos del reparto de pérdidas y ganancias de la *societas*, entre un arbitrio de equidad en el que la labor del arbitrador viniese determinada por criterios estipulados objetivamente en el contrato social y un arbitrio de buena fe en el que el arbitrador actuase con mayor libertad, según su leal saber y entender.

Vemos que a lo largo de D. 17, 2, 75 (*Cels. 15 dig.*); 76 (*Proc. 5 epist.*); 78 (*Proc. 5 epist.*); 79 (*Paul. 4 quaest.*); 80 (*Proc. 5 epist.*) se recoge en el Digesto una cadena de textos que los compiladores de Justiniano tomaron de Celso, Próculo y Paulo. Concretamente Próculo distinguía genéricamente en el fragmento 76 entre un *arbitrium merum* en el que las partes se vinculaban mediante un *compromissum* a aceptar la decisión que adoptase el arbitrador elegido por ellas cualquiera que fuese su actuación y, por otro lado, un *arbitrium boni viri* en el que la actuación del tercero estaba sujeta a un juicio de buena fe con el resultado de que las partes podrían impugnar ante el juez la decisión adoptada por el arbitrador si fuese contraria a aquélla. SANTUCCI, G., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Milano, 1997, p. 61 ss., comentando dichas fuentes, ha destacado que estos fragmentos ponen de relieve que ya a finales de la República romana cabía la posibilidad de que los socios acordasen un reparto de cuotas diferentes entre los mismos y, partiendo de la –a su juicio– genuinidad del texto de Próculo, entiende que dicho jurista romano concebía la actuación del arbitrador en este caso como un *arbitrium boni viri* enmarcado dentro del *ius societatis* que viene dado por el carácter de *bona fides* de la *actio pro socio*, es decir, de la acción del contrato de sociedad, lo cual se traducía en la práctica en que la decisión del árbitro tendría que ser necesariamente proporcional a las aportaciones de los socios. Así, en el fragmento 78 se dispone lo siguiente: “*in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*”. Véase, HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, p. 279 ss; VELASCO, C., “La sociedad”, *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 611 ss. (625–627).

Recogemos también la interesante tesis de GALLO, F., “La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio”, *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970, p. 479 ss., según la cual Próculo entendía más bien la actuación del árbitro (arbitrador) en este caso como un *arbitrium merum*, mientras que Paulo vino a matizar casi dos siglos después ese parecer en el sentido de que para este jurista, en los contratos *ex fide bona*, como era propiamente el contrato de sociedad, la actuación del arbitrador siempre estaba sujeta a los límites impuestos por la equidad y la buena fe. Por último – GALLO, F., “La dottrina di Proculo...”, *op. cit.*, p. 523– los justinianeos, al componer la cadena de textos referida en el Digesto y al integrar la opinión de los juristas clásicos sobre este punto, los interpolaron al menos formalmente para fijar definitivamente un criterio intermedio entre el *arbitrium merum* de Próculo, que sería respetuoso con el principio de la autonomía de la

por otro lado, el art. 1691 del Código civil sigue en la práctica la tradición romanista en lo que se refiere al socio industrial al disponer que éste puede quedar liberado de participar en las pérdidas mediando acuerdo de los socios<sup>2</sup>, y también sigue dicha tradición en lo relativo a la prohibición de la llamada sociedad leonina (art. 1691), caracterizada en principio porque en ella se excluye a algún socio de toda participación en las ganancias<sup>3</sup>, si bien, en este precepto se introduce un matiz respecto al Derecho Romano ya que, según el tenor literal del mismo, se dispone sólo la nulidad del pacto o cláusula social por la que se excluye a alguno de los socios de las ganancias sociales y no, como en las fuentes romanas, de la sociedad misma<sup>4</sup>. Por el contrario, el Código civil español no toma del Derecho Romano sino del Código civil francés de 1804<sup>5</sup> la nulidad del pacto por el que los socios excluyen

---

voluntad de los socios, y el *arbitrium viri boni*, delimitado por la buena fe, y ello en tanto en cuanto que en el fragmento 79 (*Paul. 4 quaest.*) vemos que se establece la posibilidad de impugnación del arbitrio por cualquiera de las partes pero en la medida en que la actuación arbitral haya sido tan perversa que dé como resultado una solución de “*manifesta iniquitas*”. También, sobre arbitraje y arbitrio en el Derecho Romano: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, 2006, p. 199 ss.

Añadimos que las Partidas (P. 5, 10, 5) incluyen el arbitrio de un tercero en la fijación de las pérdidas y ganancias entendido también como un *arbitrium viri boni*. Asimismo recogen el espíritu del Derecho Romano al decir expresamente que la actuación del arbitrador presupone que el reparto no ha de ser por partes iguales si las aportaciones de los socios no tenían objetivamente el mismo valor. En caso contrario, el reparto deberá ser igualitario entre los socios: “*otrosi dezimos, q si algunos fiziessé pleyto en su cópañia desta guisa, que cada vno dellos ouiesse táta parte, en la ganácia, o en la perdida, quáta dixese alguno otro, q nóbrassen, e a ql q señalassen para esto fiziessé las partes guisadas, e derechas deve estar por su aluedrio. Mas si la fiziere desaguisadas, como si mádasse tomar mayor parte al vno, que al otro en las ganancias, o en las perdidas, non mostrando alguna derecha razon, porque lo mandaua, estonce, non valdria el aluedrio ante dezimos, que deve ser endereçado, por aluedrio de omnes buenos, que caten, si por alguno dellos, meresce mayor parte por ser mas sabidor, o por llevar mayor trabajo, segund diximos, en la ley ante desta. E si fallaren q es assi, deuen gela dar, segund entendieren, que es guisado, e si non, manden que lo partan igualmente*”.

<sup>2</sup> En efecto, en el Derecho Romano – Gai. 3, 149; I.J. 3, 25, 2; D. 17, 2, 29 pr.– 1 – cabe que se pacte que uno de los socios no participe en absoluto en las pérdidas, pero, como veremos más adelante, esta posibilidad se vincula unánimemente en las fuentes romanas con el mayor valor real que pueda tener para la compañía el trabajo realizado por el socio industrial, o con el mayor riesgo personal o los posibles perjuicios asumidos por el mismo.

También en el art. 1585, 2 del proyecto de CC español de 1851 se disponía que el socio industrial puede quedar exento de toda responsabilidad en las pérdidas. Sobre dicho artículo véase, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, pp. 18–19.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, E., “L 29, D. LIB TRIG AD SAB. 17,2, y el reparto de pérdidas y ganancias de los socios”, *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, II, Salamanca, 2002, p. 891 ss., lleva a cabo una comparación entre el sistema de reparto de pérdidas y ganancias entre los socios en el Derecho Romano y en el Código Civil y en la jurisprudencia española; también, HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad...*, *op. cit.*, p. 113 ss.

<sup>4</sup> No obstante, véase al respecto, *infra*, nt. 78.

<sup>5</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1981, p. 606. Ahora bien, debemos tener en cuenta que en el artículo 1855 del *Code Civil* francés de 1804 se establecía que “*il est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés*”. Por tanto, como puso de relieve DIEZ–PICAZO, L., “Los pactos leoninos en el contrato de sociedad”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, p. 569 ss. (p. 577) [= *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1980, p. 225 ss.], el artículo mencionado no se

de participar en las pérdidas a alguno de los mismos salvo –como hemos dicho– que se trate del socio industrial y, a diferencia del Derecho Romano, tampoco acepta que los socios deleguen en alguno de ellos la determinación del reparto de pérdidas y ganancias como en cambio sí sucedía en D. 17, 2, 6 (*Pomp. 9 Sab*)<sup>6</sup>. Y por lo que hace al reparto de pérdidas

refería verdaderamente al pacto de exclusión personal de uno de los socios por las pérdidas sociales sino que prohibía la exclusión de la responsabilidad real de uno de los socios relativa a sus aportaciones patrimoniales a la sociedad configurando así dichas aportaciones como una especie de patrimonio separado inembargable dentro de la sociedad. Asimismo –señala Díez-PICAZO– el proyecto de Código Civil de 1851 (art. 1585) hablaba de eximir a uno de los socios de toda parte en las pérdidas respecto a la cantidad o cosa aportada al establecer que “es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias y el que exime de toda parte en las pérdidas de la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios. El socio industrial puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas”

Por tanto, vemos que dichas disposiciones contemplaban el supuesto en el que el patrimonio aportado por un socio quedase liberado de contribuir a esas pérdidas.

De todos modos, tras la reforma del *Code Civil* francés de 1978, se establece en el artículo 1844, 1 que “*toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites*”. Por tanto, considero que el nuevo precepto comprende ya implícitamente la nulidad del pacto que excluye la responsabilidad personal de uno de los socios en las pérdidas sociales al no hacer mención expresa a la mera separación de sus aportaciones de capital a la liquidación de la sociedad. No olvidemos además que si se quería excluir la responsabilidad puramente personal de un socio por las pérdidas de la sociedad siempre se podía haber optado por la figura de la sociedad de responsabilidad limitada.

<sup>6</sup> *Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

ALBERTARIO, A., “L’arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione”, *Studi di diritto romano*, III, 1, Milano, 1936, p. 286 ss. (pp. 297–299) consideró que el fragmento había sido interpolado por los comisarios de Justiniano entendiendo que en el Derecho Romano clásico no cabía que una de las partes dejase la fijación de las prestaciones a la otra aunque ésta actuase siguiendo los criterios propios de un *arbitrium viri boni*; además estimaba que el citado fragmento había sido copiado por los compiladores de D. 17, 2, 80, en el que, como vimos más arriba, Próculo aludía al *arbitrium viri boni* de un tercero. Véase también, VELASCO, C., *La sociedad*, op. cit., p. 627.

No obstante, las sospechas de ALBERTARIO no han convencido a la generalidad de la doctrina romanística: así, entre otros, POGGI, A., *Il contratto di società in diritto romano classico* (fasc. II), Torino, 1930–1934 (rist. Roma, 1972), p. 172, pone de relieve que la remisión a uno de los socios para que fije las cuotas sociales no determina que la prestación sea dejada sin más al arbitrio de una de las partes. GUARNERI CITATI, A., “Conferimenti e quote sociali in diritto romano”, *BIDR*, 42, Milano, 1934, p. 167 ss. (pp. 191–192) defiende también la autenticidad del pasaje de Próculo indicando que el arbitrio del socio estaba subordinado a la equidad en función de las aportaciones realizadas por las partes: “*ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus est*”.

Por lo que hace al Derecho español debemos añadir que la doctrina civilista y mercantilista española ha cuestionado la aplicación rígida del artículo 1690 del CC, conforme a la regla general contenida en los artículos 1256 y 1115 del CC., según la cual no puede dejarse al arbitrio de una de las partes la interpretación del contenido de un negocio jurídico. Así, CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 389, señaló que ni el Código civil francés de Napoleón ni el Código civil italiano de 1865 prohibían que se dejase la distribución de las pérdidas y ganancias sociales a uno de los socios, siendo el proyecto de CC español de 1851 el que estableció ya dicha prohibición recogida luego por el Código civil actual. El Autor refiere las críticas de la doctrina civilista a propósito de la excesiva rigidez de la norma máxime teniendo en cuenta que el socio en cuestión debería actuar como un arbitrador conforme a criterios de equidad. También PAZ–ARES, C., en URÍA,

y ganancias, a falta de acuerdo social, el Código Civil y el Código de Comercio no siguen fielmente a las fuentes romanas<sup>7</sup> que establecían entonces el reparto por cabezas, esto es, por partes iguales entre los socios, sino que lo fijan en función de las aportaciones realizadas por los socios, si bien, es cierto que dicha solución adoptada por el codificador español había sido ya asumida por buena parte de la tradición jurídica europea de base romanista<sup>8</sup>.

2. Dentro de la regulación que establece el Código Civil y el Código de Comercio sobre esta materia, la doctrina civilista y mercantilista española se ha ocupado en especial de la posición del socio industrial que, de acuerdo con el artículo 1691 del Código Civil, puede quedar exento de toda participación en las pérdidas por acuerdo de los socios, poniéndose con ello de relieve la importancia de su contribución para la marcha de la sociedad lo que justificaría a los ojos de los socios capitalistas que pudiese quedar “blindado” para el caso de que se produzcan pérdidas de consideración al término del ejercicio social o a la liquidación de la sociedad misma, teniendo en cuenta además que al no haber aportado bienes a la sociedad sólo podría responder personalmente con sus propios bienes. En esta línea vemos que en el artículo 1689 CC se establece –en el caso de que no se hubiese acordado nada en el contrato social– que el socio industrial participe en las pérdidas y en las ganancias

---

R./ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, I<sup>2</sup>, Madrid, 2006, p. 656, afirma que dichos preceptos “no deben interpretarse en el sentido de que tampoco pueda confiarse la integración al arbitrio de equidad de una de ellas como, por ejemplo, cuando se confía a la mayoría social la determinación de la parte que corresponde a cada socio de los beneficios de la sociedad, siempre y cuando se formule como una delegación de poderes de equidad y no como una delegación de poderes discrecionales”. El mismo Autor en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, p. 1442, afirma, tratándose de un arbitrio de equidad, que “los riesgos de arbitrariedad se conjuran mediante la posibilidad de impugnación y los riesgos de conflicto de interés son irrelevantes si media la autorización del posible perjudicado”.

<sup>7</sup> *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommo- dum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt* (Gai. 3, 150) ; *si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat...* (D. 17, 2, 29, pr ; *Ulp.* 31 ed.).

<sup>8</sup> GUARNERI CITATI, A., “Conferimenti”, op. cit., pp. 167-168, pone de relieve que la Glosa medieval fue la primera en entender que “*aequae partes*” no debe interpretarse en el sentido de partes viriles sino como partes proporcionales a las aportaciones de los socios. También, GUARINO, A., *Societas consensu contracta*, Napoli, 1972, en *La società in diritto romano.*, Napoli, 1988 p. 74, nt., 252. Esta idea fue acogida por la generalidad de los códigos civiles como es el caso del art. 1853 del Código Civil francés de 1804, el art. 1844,1 del Código Civil francés de 1978, el art. 1717 del Código Civil italiano de 1865, o en el art. 2263 del Código Civil italiano de 1942 en el que, no obstante, después de afirmar que las cuotas de los socios se presumen proporcionales a las aportaciones de los socios, se dice que si el valor de las aportaciones no está determinado en el contrato se presumen iguales. Asimismo, se establece la regla de la proporcionalidad en el art. 992 del Código Civil portugués o en el § 1193 del ABGB austriaco. Por el contrario, el § 722 del BGB. alemán o el art. 533 del Código suizo de obligaciones han mantenido la idea de la igualdad de cuotas de tal modo que cuando no se hubiere fijado la cuota de los asociados en los beneficios o pérdidas, cada socio tendrá una parte igual en ellas sin consideración a la forma ni a la cuantía de su aportación. Véase también, MANRESA y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español* (6 ed. revisada por J.M. Bloch), XI, Madrid, 1972, pp. 496-497.

como el socio capitalista que menos haya aportado<sup>9 10</sup>, lo cual, si bien es cierto que limitaría sus expectativas de ganancias, también le protege de sufrir mayores perjuicios en caso de saldo negativo.

Pero en realidad esta preocupación por el reconocimiento de la contribución –muchas veces decisiva– del socio industrial en la marcha de la sociedad mercantil y el afán de protección del mismo no es nueva, y así vemos que, “*in illo tempore*”, a finales de la República romana, casi en los albores de nuestra era, este tema centró una discusión entre la tesis –calificada como más tradicional– del jurista Quinto Mucio Escévola y la que mantenía Servio Sulpicio Rufo, que habría sido más favorable al socio industrial en su relación con el socio capitalista, y que aparecía como más acorde con el nuevo modelo de *societas* que se iba formando entonces dirigido a la consecución de nuevas empresas mercantiles<sup>11</sup>. La discusión debió tener un notable eco entre los juristas clásicos romanos ya que, dos siglos después, Gayo aludió a ella en un lugar destacado de su exposición sobre el contrato de sociedad calificándola en Instituciones 3, 149<sup>12</sup> como una “*magna quaestio*”:

<sup>9</sup> Se trata de una solución procedente del art. 1853 del Código Civil francés. Asimismo, el art. 140 del Código de Comercio establece la misma regla para la sociedad mercantil colectiva.

<sup>10</sup> Lo cual ha sido tradicionalmente criticado por la generalidad de la doctrina civilista y mercantilista española y ha planteado problemas de difícil solución como, por ejemplo, el de determinar qué sucede si concurren varios socios industriales junto con sólo uno capitalista o el supuesto en el que el socio industrial sea también capitalista con lo que se interpretaría la norma en el sentido de que participa doblemente, por un lado como socio capitalista y, en tanto que socio industrial, como el capitalista que menos haya aportado a la sociedad. Las soluciones de Derecho comparado en este punto han sido dispares tratándose de un aspecto de difícil solución legal, si bien es cierto que cabe siempre el pacto entre los socios que aborde esta cuestión. Además, recientemente desde la doctrina mercantilista española, PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993, p. 1440 [= URÍA, R./ MENÉNDEZ, A., Curso de Derecho Mercantil, I<sup>2</sup>, *op. cit.*, p. 654], aboga porque sea el juez el que ha de resolver caso por caso atendiendo a criterios de justicia y equidad y, señala que el art. 140 del Código de Comercio constituye como norma interpretativa material, Derecho dispositivo débil “que ha de ceder frente a la más mínima circunstancia derivada del contrato que se derive incompatible con ella (v. gr., la exigencia de una elevada cualificación, de una dedicación intensiva, etc., siempre y cuando la expectativa de resultados, analizada desde el punto de vista de las previsiones más optimistas, no cubra la remuneración media que puede obtenerse en el mercado para ese trabajo)”. Véase también, CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, p. 382–386; ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II (11), *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 2002, p. 772.

<sup>11</sup> ARNÓ, C., *Il contratto di società*, Torino, 1938, p. 219 ss.; FUENTESECA, M., “La magna quaestio societatis y otros problemas del contrato de sociedad romano”, *Revista de Dereito. Santiago de Compostela*, vol. 1, n° 7, 35–36, 1998, p. 35 ss.

<sup>12</sup> La traducción es la siguiente: “ha habido gran discusión sobre si se podía constituir una sociedad de manera que un socio obtenga la mayor parte de los beneficios y responda de una parte menor de las deudas. Quinto Mucio pensó que esto era contrario a la naturaleza de la sociedad. Pero Servio Sulpicio, del que, sin embargo, prevaleció la opinión, estimó que se podía constituir la sociedad de esta manera, hasta tal punto que defendió que también podía constituirse de forma que un socio no responda en absoluto de las pérdidas, pero perciba una parte del beneficio, si sus trabajos se consideran tan valiosos que resulta equitativo admitirle en la sociedad con este acuerdo. Y es sabido que también es posible constituir una sociedad en la que un socio aporte dinero y el otro no lo aporte, y no obstante, que el beneficio sea común entre ellos, pues muchas veces el trabajo de una persona vale como el dinero”. Véase CANCELLI, F., *Società (dir. romano)*, *NNDI.*, XVII, Torino, 1970, p.

Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societates, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius “contra naturam societatis esse sensit. Sed Servius Sulpicius cuius”<sup>13</sup> etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coire posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti<sup>14</sup>.

495 ss. (p. 502); RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *L. 29, D. LIB. TRIG.*...cit., p. 892 ss.; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 375.

GUARINO, A., *La società...*, op. cit., pp. 24–25, nt. 69 i.f., señaló a este respecto con gran agudeza que mientras Quinto Mucio se plantea el problema de la desigualdad del reparto en términos abstractos, con referencia sólo al valor total de las aportaciones (sean en *pecunia* o en *operae*), Servio Sulpicio precisa que el valor de las aportaciones en *operae* va medido de modo no diferente que las aportaciones en *pecunia*.

Sobre el texto véase también, HINGST, K.–M., *Die societates leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte. Der Weg vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit am Beispiel der Geschichte der Löwengesellschaft vom römischen Recht bis in die Gegenwart*, Berlin, 2002, p. 93 ss.

<sup>13</sup> En el texto original del fragmento no figuraba en realidad la frase comprendida entre comillas y, como puso de relieve ARANGIO–RUIZ, V., *La società in diritto romano* (curso 1949–1950), Napoli, rist. 1982, p. 95, – y esta opinión se acepta comúnmente por la doctrina romanística – la omisión pudo deberse a un error del copista del manuscrito veronés del siglo V – que, como sabemos, constituye la fuente fundamental de conocimiento de las Instituciones de Gayo – el cual se saltó dicha línea respecto del texto original de las Instituciones (s. II d.C.) o de una copia intermedia. La laguna se ha colmado por la doctrina romanística acudiendo al texto contenido en I.J. 2,25,2. Aún más, autores como el propio ARANGIO–RUIZ, V., *La società...*cit., pp. 101–102, o GUARINO, A., “*Solutio societatis*”, *Studi Grosso* III, Torino, 1970, p. 1 ss. (p. 7) [= *Labeo*, 14, Napoli, 1968, p. 139 ss. (p. 142); *La società...*, op. cit., p. 127] han considerado que las Instituciones de Justiniano recogen seguramente con más fidelidad el texto original de las Instituciones de Gayo que el fragmento que conocemos de Gai. 3,149, el cual habría sido retocado por copistas postclásicos singularmente al redactar el manuscrito veronés.

Además, ROTONDI, G., “*Natura contractus*”, *BIDR.*, 24, Milano, 1911, p. 5 ss. (p. 13) [= *Scritti Giuridici*, 2, Milano, 1922, p. 165 ss.] objetó al respecto que la expresión “*contra naturam societatis*” que aparece en el pasaje comprendido entre comillas es producto de una dogmática jurídica más elaborada propia de época más tardía y que Quinto Mucio no pudo utilizar dicha expresión en el siglo I a.C. cuando –añadimos– no estaba definitivamente fijado el concepto de *contractus* y mucho menos su naturaleza jurídica. Sin embargo, la doctrina ha aceptado generalmente el texto propuesto aún reconociendo que quizá estemos ante una interpolación o glosema formal puntual que no altera el sentido de la frase.

Es interesante constatar que Imerio (s. XII) al glosar las fuentes romanas utilizó precisamente la expresión “*natura societatis*” al vincular más la validez de este acuerdo entre los socios a la voluntad de las partes que a la naturaleza de la sociedad: “*alioquin, iure potius pactionis, quam ex natura societatis, talem pactum valebit*” (*Summa Institutionum, Liber tertius, XXV: De societate*, p. 399 (HINGST, K.–M., *Die societates leonina...*, op. cit., p. 129).

Por último, añadimos que BESELER, G., “*Zu Gaius III, 149*”, *SDHI.*, 4, Roma, 1938, pp. 205–208, realizó una interpretación del texto en relación con los demás concordantes al mismo según la cual dedujo que la *magna quaestio* no pudo suscitarse entre Quinto Mucio y Sulpicio Rufo sino entre el primero y Casio que –añadimos– es un jurista del siglo I d.C., es decir, un siglo posterior a Sulpicio Rufo. Así, dicho Autor reconstruye el pasaje de la siguiente forma: “*Quod Q. Mucius et Servius Sulpicius negabant: Cassium autem, cuius etiam praevaluit sententia.*”. Esta suposición fue rechazada por ARANGIO–RUIZ, V., *La società...*, op. cit., pp. 96–97, y HORAK, F., *Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, I, p. 164, entre otros (Véase FUENTESECA, M., “*La magna quaestio societatis...*”, op. cit., pp. 44–45).

<sup>14</sup> “*Si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*” aparece como justificación para admitir que el socio industrial pueda quedar exento de las pérdidas. La misma

Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit ; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.

Cuatro siglos más tarde, los comisarios de Justiniano parafrasearon escolásticamente el texto de Gayo en I.J. 3,25,2:

De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praeveluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti : nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse<sup>15</sup>.

---

idea fue expresada con más claridad si cabe por los justinianos en IJ. 3, 25, 2: “*quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti*”.

Ahora bien, ARANGIO-RUIZ, V., *La società...*cit., pp. 100–101, y HORAK, F., *Rationes decidendi...*cit., pp. 159–160, entendieron que en el texto de Gayo se estaba haciendo referencia con la expresión “*si modo*” a una verdadera condición – *Bindung*– necesaria para hacer posible el trato de favor del socio industrial valorable en su caso por el juez de la *actio pro socio*, mientras que en las Instituciones de Justiniano bajo el término “*quia*” se estaría recogiendo una mera justificación de dicho trato de favor. En este sentido, FUENTESECA, M., “*La magna quaestio societatis...*”, *op. cit.*, pp. 46–48. Es más, ARANGIO-RUIZ, V., *La società...*, *op. cit.*, pp. 101–102, ve en ello un síntoma de la alteración del texto de Gayo – recordemos, conocido por un manuscrito del siglo V d.C. – por un glosador postclásico “ansioso por limitar lo más posible las desigualdades entre los socios, no admitiéndolas más que bajo el control del juez”. Por el contrario, este planteamiento no fue aceptado por BONA, F., *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, p. 32, que entiende que aunque la frase gayana “*si modo opera eius...*” suena aparentemente a una condición, ella se reduce en realidad a una justificación de la admisibilidad del pacto de exclusión de las pérdidas. Y en la misma línea, SANTUCCI, V., *Il socio d’opera...*, *op. cit.*, p. 38, nt. 19; p. 81.

<sup>15</sup> “Pero se ha cuestionado sobre este convenio, si habiendo pactado entre sí Ticio y Seyo que a Ticio pertenezcan dos partes de ganancias y la tercera de pérdidas y a Seyo dos partes de pérdidas y la tercera de ganancias, deba considerarse válido el convenio. Quinto Mucio juzgó que tal pacto era contrario a la naturaleza de la sociedad y que por ello no podía considerarse válido. Servio Sulpicio, cuya opinión prevaleció, juzgaba lo contrario, porque muchas veces es de tal modo estimable en una sociedad el trabajo de algunos socios que es justo sean admitidos en la sociedad bajo mejores condiciones: porque no hay duda que puede constituirse una sociedad de modo que uno aporte dinero y el otro no, y que, sin embargo, sea común entre ellos la ganancia, porque frecuentemente el trabajo de un hombre equivale al dinero. Y por tanto prevaleció contra la opinión de Quinto Mucio, como que también es constante que se puede convenir que alguno tenga parte en el beneficio y no esté obligado a la pérdida, lo que igualmente juzgó conveniente Servio: mas esto debe entenderse de modo



Asimismo, en D. 17,2,30 (*Ulp. 6 Sab.*) los compiladores pusieron otro fragmento de Ulpiano en el que se concretan más los términos de la discusión entre Quinto Mucio y Servio Sulpicio y se añaden nuevos elementos relativos a la liquidación de las pérdidas y ganancias sociales. El texto es el siguiente:

Mucius libro cuarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur<sup>16</sup>

Por último, vemos que la discusión entre Quinto Mucio y Servio Sulpicio (s. I a.C.) fue mencionada también por juristas clásicos como Casio y Sabino (s. I d. C.) los cuales, según parece, introdujeron una importante matización respecto de la opinión dominante de Servio Sulpicio, lo que a su vez, fue referido por Ulpiano (s. III d.C.) en un pasaje recogido en el Digesto de Justiniano en D. 17,2,29,pr.-1:

Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei

---

que si en alguna cosa se hubiese obtenido ganancia y en otra pérdida, se entienda que es ganancia, después de hecha la compensación, solamente lo que quede”.

<sup>16</sup> “Escribe Mucio, 14 “*ius civile*”, que no puede contraerse una sociedad de modo que un socio perciba una parte del lucro y otra distinta del perjuicio. Servio, en las notas a Mucio, dice que no puede contraerse una sociedad así, pues no se entiende que hay ganancia sino una vez deducido todo el perjuicio, ni tampoco perjuicio si no se deduce todo el lucro, pero puede contraerse una sociedad de modo que se obtenga una parte de la ganancia que haya quedado a la sociedad, una vez deducido todo el perjuicio, y que se soporte otra parte distinta del perjuicio que igualmente haya quedado <después de deducir el lucro>”.

Según el tenor literal del texto, sucede que en el pasaje “*Servius in notatis – omni lucro deducto*” Servio Sulpicio responde afirmativamente a la opinión del otro jurista. No obstante, en este pasaje tomado de las *Notata Mucii* de Servio Sulpicio, dicho jurista acepta que no cabe que un socio participe de modo desigual en las pérdidas o ganancias de la sociedad pero en realidad lo hace en un sentido distinto al de Quinto Mucio; así parece asentir la opinión de éste pero sólo para recordar que está afirmando una obviedad, a saber: que en la práctica no puede conocerse *a priori* cual va a ser la pérdida o ganancia que obtenga la sociedad ni las aportaciones que efectivamente realicen los socios a lo largo de la sociedad de tal manera que sólo cuando al término de la vida social se sepa cual es el saldo neto del balance social y la cuantía, medida en términos cuantitativos, de aquellas aportaciones, podrán los socios decidir lo que consideren más oportuno en el reparto de dicho saldo positivo o negativo. O lo que es lo mismo –añadimos– en el lenguaje de la contabilidad: cuando se lleve el resultado de la cuenta de explotación al balance final. Por lo demás, Servio Sulpicio sí admite que los socios respectivos pudiesen pactar un reparto desigual para cada socio de las pérdidas o ganancias obtenidas a tenor de lo establecido en Gai. 3, 149 y en D. 17, 2, 29,pr. Véase, HORÁK, F., *Rationes decidendi...*, *op. cit.*, p. 161 ss.; CANCELLI, F., *Società...*, *op. cit.*, p. 502; SANTUCCI, G., *Il socio d’opera...*, *op. cit.*, p. 39 ss.

causa<sup>17</sup>. 1 – Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat : quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est : plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus<sup>18</sup>.

Según la opinión mayoritaria entre la doctrina romanística<sup>19</sup>, Quinto Mucio Escévola<sup>20</sup> no tuvo especialmente en cuenta las contribuciones (*operae*) del socio de trabajo a la hora de tratar acerca de la distribución de las pérdidas y ganancias entre los socios porque partía de la consideración de un tipo concreto de *societas*: la referida por Gayo con el nombre de *societas omnium bonorum* en la que los socios aportaban todo su patrimonio, es decir, sus bienes presentes y futuros, estando sujetos dichos socios por partes iguales a las pérdidas y

<sup>17</sup> La frase “*si non fuerit – valere*” admite que las partes puedan fijar cuotas desiguales respecto de las pérdidas y ganancias; no obstante, la frase siguiente “*si modo – operae*” establece una limitación importante según la cual la desigualdad se justifica en la mayor aportación de capital o de trabajo en la sociedad; pero, a renglón seguido, el texto termina la frase de un modo contradictorio y equívoco en “*vel cuiuscumque causa*” porque se está añadiendo que los socios pueden fijar también una aportación desigual *por cualquier otra causa*.

Nos encontramos ante un fragmento en sí contradictorio que comienza dando libertad a las partes para que acuerden sus participaciones como consideren, luego viene a condicionar dicha libertad según el valor de las mismas, y al final dice que puede establecerse la desigualdad por cualquier otra causa. Para explicar dicha contradicción GUARNERI CITATI, A., *Conferimenti*, *op. cit.*, p. 180 ss, consideró que el texto fue interpolado por los justinianos para establecer esa limitación que obedecería al diferente ambiente cultural e intelectual de época postclásica y justiniana; dicha tesis fue rechazada por POGGI, A., *Il contratto di società*, II., *op. cit.*, p. 162, que aduce entre otras cosas que de ser cierta esta interpolación no vemos como no aparece esa misma limitación en I.J. 3, 25, 1. Pero ARANGIO-RUIZ, V., *La società ...*, *op. cit.*, pp. 107–108, sobre todo a la vista del inciso final “*vel cuiuscumque causa*”, pensó que el texto en su conjunto – realmente incoherente – era producto de tres manos sucesivas: así la primera frase, “*Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat ? placet valere*” sería clásica y recogería la opinión de Ulpiano; en segundo lugar, la limitación a la libre voluntad de los socios que viene impuesta según la cuantía de las aportaciones “*si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae*” sería fruto de un glosema postclásico; mientras que el inciso final sería producto de una interpolación de sentido clasicista de los justinianos que pretenderían dejar prácticamente sin efecto la limitación impuesta en la frase anterior.

Por su parte, GUARINO, A., *La società...*, *op. cit.*, p. 74, nt. 225, llamó la atención sobre la incongruencia que se da cuando en el fragmento que comentamos se dispone una regla de proporcionalidad entre las aportaciones de los socios y las cuotas que les correspondan, mientras que en Gai. 3,150 se establece el reparto por partes iguales entre los socios en caso de que no hayan pactado nada al respecto, es decir, con independencia de sus respectivas aportaciones. Ante este hecho el Autor se ha inclinado por considerar la existencia de diversos glosemas postclásicos desde “*vero placuit*” hasta el final sin que reconozca en el fragmento una intervención justiniana.

<sup>18</sup> “1.– Así opina Casio que puede contraerse una sociedad de modo que uno no sufra ningún perjuicio y que, en cambio el lucro sea común, lo cual valdrá únicamente, como también escribe Sabino, si su trabajo equivale a los perjuicios, pues muchas veces tanto valen los cuidados de un socio, que reportan a la sociedad más que el capital o si un socio navega o viaja solo o se expone él solo a los peligros”.

<sup>19</sup> Véase la completa reseña bibliográfica de SANTUCCI, G., *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 55, nt. 52.

<sup>20</sup> Cónsul en el 95 a.C., falleció en el 82 a.C. Sobre su vida y obra, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Juristas universales, I*, Juristas antiguos (Coord. DOMINGO, R.), Madrid–Barcelona, 2004, p. 117 ss.; *Derecho Público Romano, recepción, jurisdicción y arbitraje* (11), Madrid, 2008, p. 138 ss..

ganancias que resulten a la liquidación de la sociedad. Dicha forma societaria es el primer tipo de sociedad que aparece en tiempos de la República y tendría como origen<sup>21</sup> el llamado *consortium ercto non cito* (*consortium inter fratres*) que surgió en una época coetánea o incluso anterior a la publicación de las XII Tablas (451–450 a. C.) cuando, al morir intestado el *paterfamilias*, se constituía *ipso iure* un condominio en mano común entre todos sus hijos e hijas (y la mujer como una hija más) sobre la propiedad familiar que en aquella época estaba integrada básicamente por el *heredium*, esto es, por el fundo agrícola y la casa familiar que integran la propiedad inmobiliaria así como por los esclavos si los había, y la *pecunia*, es decir, el ganado, caballerizas y ajuar doméstico entre otros bienes muebles<sup>22</sup>. Con posterioridad a las XII Tablas, pero seguramente en los primeros tiempos de la República, surgió también un *consortium ad exemplum fratrum suorum* constituido voluntariamente a través del procedimiento de una *legis actio*<sup>23</sup> desarrollada ante el pretor, mediante el que se constituía una comunidad de las mismas características que la anterior; y por último, nació en el siglo II a.C. la *societas omnium bonorum*<sup>24</sup> como un tipo de sociedad libremente

<sup>21</sup> Según la llamada “teoría monista” de WIEACKER, F., que recientemente ha comentado MEISSEL, F.-S., *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main, 2003, p. 23 ss., p. 35 ss. Junto a dicha teoría el citado Autor pone de manifiesto que ARANGIO-RUIZ, V. (MEISSEL, *op. cit.*, pp. 35–36), aportó su “teoría dualística” que veía el origen de la *societas omnium bonorum* tanto en el *consortium ercto non cito* del *ius civile* como en el ámbito del *ius gentium* en el que intervino el pretor peregrino para reglamentar las relaciones comerciales internacionales. Por el contrario, GUARINO, A., *Società...*, *op. cit.*, p. 5 ss., (MEISSEL, F.-S., *Societas...*, *op. cit.*, pp. 35–36) no aceptó en absoluto la tesis de WIEACKER y defendió que el único origen de la *societas* consensual estaba sólo en la labor del pretor peregrino.

Sobre esta materia, véase en la doctrina española a ARIAS RAMOS, J., “Los orígenes del contrato de sociedad, *consortium y societas*”, *Revista de Derecho Privado*, 26, Madrid, 1942, p. 141 ss.; GUTIERREZ-MASSÓN, L., Del “*consortium*” a la “*societas*”, II, “*societas omnium bonorum*”, Madrid, 1991, p. 25 ss.; VELASCO, C., *La sociedad...*, *op. cit.*, p. 611 ss.

<sup>22</sup> GUTIERREZ-MASSÓN, L., Del “*consortium*” ..., *op. cit.*, I, “*consortium ercto non cito*”, Madrid, 1994, p. 85 ss.; MEISSEL, F.-S., *Societas...*, *op. cit.*, p. 94 ss.

<sup>23</sup> Gai. 3, 154 b); ARIAS RAMOS, J., *Los orígenes del contrato...*, *op. cit.*, p. 149 ss.; GUTIERREZ-MASSÓN, L., Del “*consortium...*”, *op. cit.*, I, “*consortium ercto non cito*”, *op. cit.*, p. 80 ss.; II, *op. cit.*, “*societas omnium bonorum*”, p. 45 ss., donde la Autora aborda la cuestión de la naturaleza y función de la *certa legis actio* referida por Gayo, recogiendo en dicho lugar una abundante bibliografía romanística.

<sup>24</sup> Aunque en la vida diaria debieron darse múltiples situaciones lo cierto es que básicamente se trataría de una sociedad destinada a la explotación común de fundos rústicos por parte de personas entre las que existía una relación de parentesco o de *amicitia* y destinada al goce o administración de dichos fundos.

WIEACKER, F., *Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, p. 250 ss. (p. 252, p. 256), pone de relieve que en ese ámbito tradicional sujeto a esquemas propios de una sociedad agrícola heredera de la antigua comunidad *ercto non cito*, sólo se tenían en cuenta las participaciones de capital de los socios (no de trabajo) y se seguía el principio de igualdad en el reparto de pérdidas y, aún más, dicho Autor aportó en apoyo de su tesis (p. 260) diversas fuentes literarias de finales de la República y época clásica para poner de relieve que en la *societas* romana de aquel tiempo se daba normalmente la igualdad en el reparto de pérdidas y ganancias. Sobre este tema, véase, KASER, M., “*Neue literatur zur “societas”*”, *SDHI*, 41, Roma, 1971, p. 278 ss. (p. 313).

En este sentido, GUTIERREZ-MASSÓN, L., *Del “consortium... II...*”, *op. cit.*, p. 39, rechaza la tesis mantenida por autores como MACQUERON o LÉVY-BRUHL, que defendían el origen comercial de la *societas omnium bonorum* independiente del consorcio *ercto non cito*.

constituída en virtud del mero acuerdo consensual entre los contrayentes<sup>25</sup> que comprendía todo el patrimonio de los socios con unos principios<sup>26</sup> y *modus operandi* que derivaría del aún coetáneo *consortium inter fratres*<sup>27</sup>. Por tanto, la *societas omnium bonorum* nació en la práctica en el seno de una mentalidad tradicional romana que defendía la igualdad de participación de los socios, la cual sería la mantenida aún por Quinto Mucio Escévola como algo natural o consustancial a la sociedad a la hora de enfrentarse con el problema de la

<sup>25</sup> A finales de la República los juristas romanos aplicaron a la *societas omnium bonorum* el esquema de la sociedad consensual nacido de la *iurisdictio* del pretor peregrino para la formalización del tráfico internacional, lo cual ya era perfectamente conocido en tiempos de Quinto Mucio. Dicha *societas* universal consensual convivió durante un cierto tiempo con la antigua comunidad *ercto non cito* hasta la desaparición definitiva de esta última por obsolescencia (TALAMANCA, M., “Società in generale” (*diritto romano*), *E.dD.*, 42, Varese, 1990, p. 814 ss. (p. 824)).

<sup>26</sup> Gayo [Gai. 3,154, 154a) y 154 b)], distingue dentro del género *societas* aquella “*de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est*” (aquella de la que tratamos, esto es, la que se contrae por el simple consentimiento, la cual proviene del *ius gentium*), “*itaque inter omnes homines naturali ratione consistit*”; y por otro lado, señala que había antiguamente otro tipo de sociedad (*genus societatis*) propio del *ius civile* (*aliud genus societatis proprium civium Romanorum*) que se constituía tanto de modo natural como en virtud del *ius civile* entre los hijos (*heredes suos*) al morir el *paterfamilias*. Por otro lado, Pomponio refiere en D. 44, 7, 57 (*Pomp. 36 Q. Muc.*) la existencia de una *societas*, “*quae consensu consistit*”, con lo que parece que, *sensu contrario*, está abriendo la posibilidad a la existencia de una sociedad no fundada en el mero consentimiento, la cual sería el *consortium ercto non cito*.

Como ha puesto de relieve la doctrina romanística (SCHIAVONE, A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari, 1987, p. 63 ss.; MEISSEL, F.-S., *Societas...*, *op. cit.*, pp. 100–101), se ha planteado si estas fuentes evidencian una posible labor de Quinto Mucio Escévola en esta materia ya que fue el primer jurista romano que ordenó sistemáticamente el *ius civile* en 18 libros (*Post hos QUINTUS MUCIUS Publio filius pontifex maximus ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo...D. 1, 2, 2, 41; Pomp., enchir. sing.*). Según esta suposición dicho jurista habría establecido en el libro 14 una clasificación en la que englobaría conceptualmente dentro del género *societas* tanto a la *societas* consensual fundada en el *ius gentium* como a la *ercto non cito* basada en el *ius civile*.

Este tema ha dado lugar a consideraciones y reflexiones por parte de la doctrina (MEISSEL, F.-S., *Societas...*, *op. cit.*, p. 100) que nos pueden servir para determinar el verdadero alcance de la influencia del *consortium ercto non cito* en la *societas omnium bonorum* consensual. A este respecto, MEISSEL (*op. cit.*, pp. 100–101) no cree – frente a SCHIAVONE, A., *Giuristi...*, *op. cit.*, p. 67) – que Mucio Escévola estuviese estableciendo una verdadera unidad conceptual entre los dos tipos de comunidades, entre otras cosas porque en el *consortium ercto non cito* todos los miembros eran cotitulares de todo el patrimonio mientras que – MEISSEL, citando a este respecto a SCHIAVONE (*op. cit.*, p. 65) y a BRETONE, M., “*Consortium*” e “*communio*”, *Labeo*, Napoli, 1960, p. 163 ss. (p. 201 ss.) – el jurista romano fue el primero que estableció la división del patrimonio societario en cuotas ideales en las sociedades consensuales. (D. 50, 16, 25,1; *Paul.* 21 ed.).

<sup>27</sup> Los socios, a imagen y semejanza de lo que ocurría en la comunidad *ercto non cito*, estarían unidos por sólidos vínculos familiares o de amistad y su relación estaría presidida por la fidelidad mutua. En este sentido resulta sugerente la opinión de WATSON, A., “The notion of equivalence of contractual obligation and classical roman partnership”, *The Law Quarterly Review*, 97, London, 1981, p. 275 ss. (p. 281) que ve un paralelismo entre el principio de igualdad que rige la participación de los socios en este tipo social y lo que sucede en el matrimonio en régimen de gananciales donde los cónyuges participan por igual en las pérdidas o ganancias de la sociedad conyugal con independencia de la cuantía real de sus aportaciones a la misma. Sobre esta misma idea también, CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, p. 374, nt. 65, que además destaca –citando a varios autores– que en la Edad Media y Moderna aunque se impuso en general el criterio de la proporcionalidad de las aportaciones, se mantiene el de igualdad para la *societas omnium bonorum*.

consideración que debía tener el socio industrial respecto del capitalista<sup>28</sup>. Frente a ello la doctrina ha vinculado la tesis de Servio Sulpicio Rufo<sup>29</sup> al hecho de que dicho jurista tuvo en cuenta en mayor medida la aportación del socio industrial en el marco de la nueva mentalidad que dio origen a los nuevos tipos de sociedad mercantil<sup>30</sup> que nacieron a finales de la República para poder explotar las posibilidades comerciales y financieras que ofrecía la expansión política y militar de Roma por Europa y el Mediterráneo y el crecimiento demográfico de la propia *civitas* romana: la *societas unius rei* y la *societas unius negotiationis*, en las que los socios aportaban sólo determinados bienes y/o industria para la consecución de una finalidad genuinamente mercantil (*societates ex quaestu*)<sup>31</sup>. Servio Sulpicio aparece

<sup>28</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*<sup>2</sup>, Cape, South Africa, 1992, p. 459, señala a este respecto que Quinto Mucio Escévola no rechazó el reparto desigual entre los socios por su falta de equivalencia sino porque se presentaba “*contra natura societatis*”. Además, hemos de añadir que, como destaca GUARINO, A., *La società...*, *op. cit.*, p. 5 ss. (pp. 82–84), el régimen jurídico de la *societas* consensual romana parte de una estructura elemental de la *societas* que estaría integrada normalmente por sólo dos socios de tal manera –añadimos– que si esto efectivamente hubiese sido así, o incluso en sociedades de tres o cuatro socios, estaríamos hablando de pequeñas unidades en las que la amistad y confianza mutua jugarían un papel muy importante, lo cual abogaría – si bien sólo *prima facie* – por el mantenimiento de la igualdad de porcentajes en los usos tradicionales romanos.

<sup>29</sup> Como destaca HINGST, K.–M., *Die societas leonina...*, *op. cit.*, p. 66, pertenecía a la generación siguiente a Quinto Mucio. Fue cónsul en el 51 a.C. y falleció en el 43 a.C. Sobre su vida y obra, D’ORS, X., *Juristas universales, I*, Juristas antiguos (coord. R. DOMINGO), Madrid–Barcelona, 2004, p. 129 ss.

<sup>30</sup> BONA, F., “Contributi alla storia della “*societas universarum quae ex quaestu veniunt*” in diritto romano”, *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Torino, 1968, p. 385 ss. (p. 456).

Dentro de dichas sociedades merece una especial mención la llamada *societas vectigalis* (o sociedad de publicanos) que tenía por objeto el cobro de impuestos, la explotación de contratas públicas y el aprovisionamiento del ejército. Se ha planteado incluso si dichas sociedades, en las que era muy importante la labor realizada por el socio gestor (*magister, promagister*), gozaron de personificación jurídica. Sobre este tipo de sociedad, ARIAS BONET, J.A., “*Societas publicanorum*”, *AHDE.*, 19, Madrid, 1948–1949, p. 218 ss.; CIMMA, M.R., *Ricerche sulle società dei publicani*, Milano, 1981; BONA, F., *Le “societates publicanorum”*, TALAMANCA, M., *Società...*, *op. cit.*, p. 831 ss.; HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad...*, *op. cit.*, p. 190 ss.; SANTUCCI, G., *Il socio d’opera...*, *op. cit.*, p. 96 ss.

Otro tipo social en el que tenía mucha importancia la actividad del socio industrial era la *societas argentarii* o de banqueros, véase al respecto en la doctrina española: GARCÍA GARRIDO, M.J., “La sociedad de los banqueros (“*Societas argentaria*”)”, *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982, p. 373 ss.; PEÑALVER RODRÍGUEZ, M.A., “La banca en Roma”. *Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias*, III, Madrid, 1988, p. 1531 ss.

<sup>31</sup> En este contexto, BONA, F., *Studi sulla società...*, *op. cit.*, pp. 25–26, mantuvo que la discusión entre Quinto Mucio y Servio Sulpicio no pudo darse en relación con la *societas omnium bonorum*, la cual tendría las características que hemos visto arriba, y que sólo a partir de época clásica tardía se constituiría con fines puramente lucrativos; por tanto afirma dicho Autor que la *magna quaestio* referida por Gayo sólo pudo plantearse originariamente en el seno de la llamada *societas quaestaria* (de “*quaestus*”, ganancia, beneficio), dirigida a la obtención de un lucro entre los socios, la cual se configuró jurídicamente bajo la forma de las *societates unius rei* y *unius negotiationis*.

Sin embargo, GUARINO, A., *La società...*, *op. cit.*, pp. 24–25, no aceptó este punto de vista afirmando que precisamente en Gai. 3,149 se comprende todo tipo de sociedad, incluyendo implícitamente a la *societas omnium bonorum*, la cual podría constituirse ya en tiempos de Quinto Mucio y de Servio Sulpicio no sólo con una finalidad de goce sino también con fines puramente lucrativos.

Resulta a estos efectos muy interesante el texto contenido en D. 17, 2, 5, pr.–1 (Ulp. 31 ed.), en el que se establece en primer término la clasificación entre los diferentes tipos de sociedades para afirmar a continuación

así a los ojos de los juristas romanos como un defensor del socio industrial que, dada la importancia e incluso el riesgo asumido en su gestión, se admite que pueda participar en mayor medida en las ganancias sociales que el socio capitalista y, por el contrario, en menor medida o, llegado el caso, ser liberado de las posibles pérdidas de la sociedad.

3. Ante estos planteamientos, la doctrina romanística moderna, a partir del análisis de las fuentes recogidas más arriba, y singularmente de D. 17, 2, 29 pr, ha tratado de hallar luz respecto a la consideración real que el socio industrial tuvo en la *societas* mercantil romana a partir de la época clásica, y sobre el modo de reflejarse su aportación en la contabilidad doméstica<sup>32</sup> de la sociedad. Así, se ha entendido comúnmente que Servio Sulpicio defendía ante todo la posición del socio industrial bajo la consideración de que en caso de pérdidas de la sociedad dicho socio habría sufrido un doble perjuicio: en primer lugar, por la pérdida de todo el trabajo realizado a favor de la sociedad que ya no podría recuperar, a diferencia del socio capitalista que, llegado el caso, podría al menos salvar una parte del patrimonio que aportó; y en segundo lugar, porque el socio industrial debería además contribuir a sufragar – con su propio patrimonio – las pérdidas sufridas por la sociedad según el porcentaje acordado cuando no sea suficiente el capital social para hacer frente a las mismas.

Así, ante estas consideraciones, WIEACKER<sup>33</sup> – entre otros autores – señaló que Quinto Mucio Escévola seguía anclado en una posición tradicional en esta materia enten-

---

con carácter general que la menor aportación de un socio capitalista puede completarse con las *operae* que realice a favor de la sociedad para compensar así dicha menor entrega de capital. A tenor de esto, la aportación de industria se debió ver desde antiguo en la *societas omnium bonorum* como un medio de equilibrar las aportaciones sociales dentro de un régimen general de reparto por cabezas. Por último, el fragmento termina por excluir a la *societas donationis causa* en la que uno de los socios participaba sin haber aportado nada a la sociedad. SANTUCCI, G., *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 56 ss. y pp. 94–95. El texto es el siguiente: *Societas contrahuntur sive universonum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius. I.– Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. Donationis causa societas recte non contrahitur.*

Por tanto, aunque este fragmento –sobre el que insiste SANTUCCI– en el que Ulpiano comenta el edicto del pretor no dice nada concluyente sobre el tema que venimos tratando, constituye en sí un indicio a favor de admitir que también pudo darse un fin de lucro en la *societas omnium bonorum* en una época anterior a la que suponía BONA.

<sup>32</sup> Ahora bien, debemos advertir que los romanos no llegaron a desarrollar un verdadero sistema de contabilidad basado en la partida doble sino que sus libros de cuentas se limitarían a anotar los ingresos y gastos para poder determinar así el resultado final de sus operaciones, si bien, seguramente las sociedades de argentarios (banqueros) y las sociedades de publicanos dirigidas a la realización de obras y servicios por cuenta del Estado, pudieron tener una contabilidad más avanzada. Sobre esta materia, véase, GIMÉNEZ BARRIOCANAL, F., *La actividad económica en el Derecho Romano. Análisis contable*, Prólogo, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Madrid, 2003.

<sup>33</sup> WIEACKER, F., *Societas...*, *op. cit.*, p. 261 ss.. Por otro lado, también KASER, M., *Neue Literatur...*, *op. cit.*, p. 315, puso de relieve que tradicionalmente en la sociedad romana sólo se tuvo en cuenta al socio capitalista pero que en un tiempo indeterminado –añadimos, a finales de la República– también se consideró en la práctica al socio industrial, si bien, en un primer momento quizá este socio debía participar en la misma medida que el socio capitalista. Véase también BONA, F., *Studi sulla società consensuale...*, *op. cit.*, pp. 27–28, nt. 51; SANTUCCI, G., *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 44; y RICCOBONO, S., jr., “Capacità manageriale e partecipazione

diendo como algo natural el reparto igualitario de las pérdidas y ganancias de la sociedad entre el socio capitalista y el socio industrial, lo cual ponía de manifiesto que realmente no reconocería el verdadero valor, medido en términos económicos, de la contribución del socio industrial. Por el contrario, según dicho Autor, Servio Sulpicio sí habría tenido en cuenta efectivamente dicha aportación del socio industrial, valorada económicamente<sup>34</sup> y reflejada contablemente en el balance de la sociedad en el que aparecería la aportación de trabajo<sup>35</sup>, junto a la de capital, lo cual permitiría a su vez que los socios pudiesen acordar válidamente un reparto desigual de las pérdidas y ganancias a favor del socio industrial.

Pero TALAMANCA criticó este planteamiento porque las fuentes realmente no nos proporcionan datos que nos permitan afirmar que los romanos llevasen a cabo el reparto de las pérdidas y ganancias para las sociedades genuinamente mercantiles<sup>36</sup> – cuando el mismo se realice en el momento de la liquidación de la misma y no “*manente societate*”<sup>37</sup> – de un modo diferente a la forma en que se realizaba el reparto de los bienes puestos en común en las sociedades de mero goce o gestión<sup>38</sup> en las que se procedía sin más a la división del patrimonio social resultante después de llevar al mismo las posibles pérdidas o ganancias obtenidas a lo largo de la vida de la sociedad, y se repartía el saldo obtenido entre los socios en el porcentaje previamente acordado entre ellos<sup>39</sup>. En este sentido no cree que los socios llevasen al balance el valor económicamente calculado de las *operae* del socio industrial, en-

---

agli utili nella “societas” romana (Gai. 3,148–149)”, en *Atti del Seminario sull problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 7–9 aprile, I, Milano, 1988, p. 223 ss..

<sup>34</sup> Así WIEACKER, F., *Societas...*, *op. cit.*, p. 265 ss., puso de relieve que para la efectiva participación del socio industrial en las ganancias o su posible exención en las pérdidas se requería un cálculo contable de las aportaciones respectivas del socio capitalista y del socio industrial. Sin embargo, HORAK, F., *Rationes decidendi...* *cit.*, pp. 159–160, no aceptó la tesis de WIEACKER sobre la supuesta propuesta de Servio Sulpicio de capitalizar en términos contables el trabajo aportado por el socio industrial. En realidad – HORAK – este jurista romano tendría en cuenta especialmente al socio industrial pero sólo en el caso de que su contribución fuese efectivamente “*tam pretiosa*” que justificase entonces su mayor participación en las ganancias y, llegado el caso, su exclusión en las pérdidas de la sociedad; también véase, FUENTESECA, M., *La magna quaestio...*, *op. cit.*, p. 52 ss.; SANTUCCI, V., G., *Il socio d’opera ...*, *op. cit.*, p. 45, nt. 32.

<sup>35</sup> De esta manera se contabilizaría en la práctica como un gasto más con cargo al patrimonio aportado por el socio capitalista. Este planteamiento también aparece sintetizado en WIEACKER, F., rec. a ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, ZSS, 82, Weimar, 1952, p. 488 ss. (p. 498).

<sup>36</sup> Como ya hemos dicho antes, la *societas unius rei* o la *societas unius negotiationis*, que fueron llamadas también sociedades *ex quaestu* porque se constituían para la consecución de una determinada finalidad mercantil.

<sup>37</sup> Lo cual desligaría el reparto periódico de las pérdidas y ganancias respecto de la cuota de liquidación de la sociedad que le correspondiera a cada uno de los socios. Ahora bien, añadimos que no es posible reconocer, al menos conceptualmente, en las fuentes romanas categorías propias de la doctrina civilista y mercantilista moderna y de la *praxis* de hoy en día como es la relativa a la distinción entre la cuota de participación en las pérdidas y ganancias sociales y la cuota de liquidación de los socios sobre el patrimonio final de la sociedad al término de la misma.

<sup>38</sup> En las que los socios respectivos mantienen la titularidad de los bienes aportados y la sociedad tiene como fin la administración de los mismos sin perjuicio de que también pueda darse, en su caso, algún tipo de rendimiento.

<sup>39</sup> Según los usos y costumbres el reparto sería generalmente por partes iguales.

tre otras cosas, por la dificultad de la determinación de dicho valor en la práctica<sup>40</sup>. Además, TALAMANCA<sup>41</sup> añade que la posición de Quinto Mucio no fue tan tradicional como se ha dicho sino que también admitió implícitamente que se pudiese beneficiar al socio industrial a través de la fijación de un porcentaje de pérdidas y ganancias entre los socios distinto al de la pura igualdad por cabezas (por ejemplo, para un mismo socio,  $\frac{1}{4}$  de ganancias y  $\frac{1}{4}$  de pérdidas), el cual podría ser en su caso más favorable al socio industrial. Lo que —entiende TALAMANCA—, a tenor del texto contenido en D.17,2,30<sup>42</sup>, dicho jurista romano no admitió —a diferencia de Servio Sulpicio— que se acordase una participación distinta de un mismo socio en las pérdidas respecto de las ganancias (por ejemplo, socio industrial:  $\frac{3}{4}$  de ganancias,  $\frac{1}{4}$  de pérdidas) con el resultado perseguido de que el socio industrial pudiese quedar exento de participar con su patrimonio en caso de pérdidas, o al menos, lo hiciese en menor porcentaje que el socio capitalista<sup>43</sup>.

Por último, SANTUCCI se muestra aún más prudente que TALAMANCA al señalar que ante el silencio de las fuentes no es posible conjeturar ninguna forma de cálculo, en términos contables, de las pérdidas y ganancias entre los socios cuando interviene un socio industrial sino que estamos ante una materia que quedó al arbitrio de la voluntad de los socios: así califica la opinión de WIEACKER, arriba reseñada, como puramente hipotética<sup>44</sup> y, por otro lado, critica también la posición de TALAMANCA ya que considera que Quinto Mucio debió mantenerse fiel a la idea tradicional en virtud de la cual se daría en todo caso la igualdad en el reparto de pérdidas y ganancias entre los socios<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> TALAMANCA, M., *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, en Società Romana e produzione schiavistica (A.A.V.V.), III, Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali (a cura di Giardina, A. / Schiavone, A.), Roma–Bari, 1990, p. 26 ss., p. 30, p. 338, nt. 131; *Società...*, *op. cit.*, p. 836; en términos parecidos, HORAK, F., *Rationes decidendi...* cit. pp. 159–160.

<sup>41</sup> TALAMANCA, M., *Costruzione giuridica...*, *op. cit.*, p. 29, nt. 140; *Società...*, *op. cit.*, p. 835.

<sup>42</sup> Véase más arriba, *supra*, nt. 16.

<sup>43</sup> Asimismo, el propio WIEACKER, F., *Societas...*, *op. cit.*, pp. 256–257, señalaba que en realidad Quinto Mucio representa también un momento de transición entre la jurisprudencia romana acorde con el desarrollo a finales de la República de sociedades de lucro que se alejan de la *societas omnium bonorum*; según esto, también reconoce que el jurista romano debió admitir la posibilidad de que los socios fijasen pérdidas y ganancias desiguales pero siempre —como hemos visto arriba— que la desigualdad venga determinada de un socio respecto de otro y no de uno mismo en su porcentaje de participación respectivo en las pérdidas y en las ganancias; la razón de ello estaría en no privilegiar en exceso al socio industrial.

Concluimos constatando que, en efecto, según el tenor de las fuentes que venimos examinando, Quinto Mucio sólo niega expresamente que pueda darse esta última desigualdad sin que se pronuncie acerca de que pueda acordarse distinto porcentaje de un socio a otro.

<sup>44</sup> SANTUCCI, G., *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 53

<sup>45</sup> Así, SANTUCCI, G., *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 60, nt. 62, basándose en la consideración de los usos y costumbres tradicionales romanos relativos a esta materia, derivados *ab origine* de la sociedad *ercto non cito*, no cree que los socios pactasen en la práctica una desigualdad de cuotas de un socio respecto de otro sino que entiende que, conforme a dichos usos, respetarían la tradición y fijarían dichas cuotas por cabezas incluso cuando intervenía un socio industrial.



Pero entonces, a tenor de las fuentes romanas disponibles, se ha planteado hasta qué punto los juristas clásicos consideraron la importancia de la contribución del socio industrial como una mera explicación o justificación del posible trato de favor respecto del socio industrial en el reparto de las pérdidas o ganancias, dando por tanto libertad a los socios en esta materia; o más bien, la consideración de dicha importancia, objetivamente determinada, llegó a configurarse para la generalidad de la jurisprudencia romana clásica como una verdadera *conditio sine qua non* que debía apreciarse no sólo en el momento inicial de constitución de la sociedad sino *a posteriori* en el momento final de la liquidación de la misma. Concretamente en D. 17,2,29,1 parece que Sabino y Casio<sup>46</sup> condicionan o matizan la opinión de Servio Sulpicio que, como hemos visto, era favorable al socio industrial, para afirmar que el acuerdo social de exención de las pérdidas de éste último se justifica sólo “*si tanti sit opera, quanti damnum est*”. Dicha frase ha dado lugar a la interpretación doctrinal que considera que el texto<sup>47</sup> está haciendo referencia implícita a la necesidad de un cálculo

<sup>46</sup> WIEACKER, F., *Societas...*, *op. cit.*, p. 265 ss. (p. 266), destacó que Casio era discípulo y comentarista de Quinto Mucio y que tanto Casio como Sabino –que, añadimos, pertenecían a la misma escuela de juristas, heredera del saber de Quinto Mucio –, delimitaron y pusieron en sus justos términos, frente a Servio Sulpicio, la posición del socio industrial. Incluso WIEACKER suponía que la frase contenida en Gai. 3, 149 “*si modo opera tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*”, sería originariamente tomada por Gayo de Casio y Sabino y no, propiamente, de Servio Sulpicio. También SANTUCCI, G., *Il socio d’opera...*, *op. cit.*, p. 90, nt. 128, pone de relieve la conexión existente entre Quinto Mucio y Sabino y señala en este sentido que “ya SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it.), Firenze, 1968, p. 232 y 277 ss., evidenciaba una profunda adhesión, a nivel sistemático, de los *tres libri iuris civilis* –de Sabino– respecto al *ius civile* de Mucio”.

<sup>47</sup> BONA, F., *Studi sulla società...*, *op. cit.*, p. 30 ss., consideró que esta frase contenida en D. 17.2.29,1, no es fruto de interpolación justiniana sino que refleja fielmente el parecer de Sabino y Casio según el cual la posición privilegiada del socio industrial defendida por Servio Sulpicio debía estar condicionada en la práctica a que “el trabajo prestado por este socio, pecuniariamente valorado (*si tanti sit opera*), hubiese equivalido a la disminución de capital sufrida, al final de la gestión, por el socio capitalista (*quanti damnum est*)” (p. 32); dicho cálculo sólo podrá realizarse efectivamente al término de la gestión social. El Autor contrapone el texto referido a las frases contenidas en Gai. 3,149 en las que entiende – como ya vimos más arriba – que establece una mera justificación de por qué el socio industrial puede estar en una situación de evidente privilegio respecto del socio capitalista, lo cual sería estimado por los socios al constituir la sociedad, pero que no imponen la valoración económica de sus *operae* como una condición verificable al término de la vida de la sociedad: Recordemos este pasaje: Gai. 3,149: “*Si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*”.

KASER, M., *Neue Literatur...*, *op. cit.*, pp. 316–317, sigue implícitamente la tesis de BONA y ve en “*si tanti sit opera...*” el límite impuesto por Sabino, sin oposición de Casio, al acuerdo de exención del socio industrial respecto de las pérdidas sociales. Y SANTUCCI, G., *Il socio d’opera...*, *op. cit.*, p. 84 ss., ha seguido expresamente esta interpretación de BONA.

Ahora bien, otros autores no han mantenido o han discrepado de esta línea de interpretación: así POGGI, A., *Il contratto di società... II*, *op. cit.*, p. 163, sólo vio en estos textos una consideración o justificación de tipo económico sobre la posición privilegiada del socio industrial sin ningún valor jurídico. Incluso GUARINO, A., *Societas consensu contracta...*, *op. cit.*, pp. 31–32 [= *La società in diritto romano...*, *op. cit.*, pp. 31–32], rechazó la interpretación de BONA y no cree que pueda defenderse a tenor de las fuentes que venimos analizando una diferencia o contradicción entre la opinión de Casio y Sabino expresada en D. 17.2.29,1, y la manifestada por Servio Sulpicio en Gai. 3,149–150 y D. 17, 2, 29pr., de tal manera que no considera que en el primer fragmento los juristas sabinianos estén imponiendo una condición efectiva a la exención de las pérdidas por parte del

realizado efectivamente *a posteriori* por los socios que verifique si realmente la aportación del socio industrial ha sido tan importante y determinante para la sociedad que justifique que se le exima de contribuir personalmente a las pérdidas sociales. Esto sucederá sólo en tanto en cuanto resulte que su trabajo equivalga o sea superior a la disminución del capital social derivada de las pérdidas sociales, y ello, con independencia de lo que previamente fijaron las partes al constituir la sociedad. Ahora bien, si admitimos esta interpretación doctrinal estamos reconociendo que la jurisprudencia clásica romana no sólo no dio vía libre a que los socios determinasen a su arbitrio el reparto de las pérdidas y ganancias sociales sino que tampoco permitieron una exención de las pérdidas del socio industrial si ello no estaba objetivamente justificado<sup>48</sup>. De todos modos, tampoco considero que se pueda afirmar nada concluyente al respecto dado el tenor de las únicas fuentes que disponemos, las cuales venimos comentando<sup>49 50</sup>.

socio industrial verificable sólo al término de la gestión social. No obstante, TALAMANCA, M., *Società...*, *op. cit.*, p. 837, nt. 254, señala que del texto en cuestión no puede afirmarse nada ya que –entre otras consideraciones del Autor– entiende que ha sido objeto de un resumen de un texto más amplio realizado por los compiladores.

Pero, junto a lo anterior también debemos recordar la línea doctrinal (HORACK, ARANGIO-RUIZ, FUENTESECA, M.), que ve incluso en la expresión “*si modo...*” de Gai. 3,149 – frente a I.J. 3,25,2 – el establecimiento de una verdadera condición para considerar el trato de favor del socio industrial apreciable por el juez en el sentido de que sólo se admitiría dicho trato si efectivamente la importancia del factor trabajo así lo justificase (véase, *supra*, nt. 14).

<sup>48</sup> A este respecto subraya PINNA PAPPAGLIA, P., *Aequitas in libera Republica*, Milano, 1973, p. 176 ss., el sentido de la equidad de Servio Sulpicio en este campo. También, VACCA, L., “Considerazioni sull’aequitas come elemento del metodo della giurisprudenza romana”, *Studi in Memoria di G. D’Amelio*, I, Milano, 1978, p. 406 ss.

<sup>49</sup> Por lo que hace al Derecho moderno, Díez-Picazo, L., *Los pactos leoninos...*, *op. cit.*, p. 573, cita en este sentido a POTHIER (*Traité du contrat de société*, Oeuvres, Paris, 1809, p. 243 ss.) que considera que la sociedad es un contrato de derecho natural y según éste debe darse un interés común de los socios y una distribución equitativa de las pérdidas y ganancias en función de lo aportado por ellos. Díez-Picazo, L., *Los pactos leoninos...*, *op. cit.*, pp. 574–575, añade que “se podrá señalar también que hay dos tipos de preocupaciones a la hora de discernir la admisibilidad o inadmisibilidad de los pactos (sociales): la preocupación por preservar la equidad o carácter equitativo de la distribución, que es algo que se refiere a la economía del contrato, su carácter sinalagmático y su función conmutativa; y, por otra parte, la desnaturalización del tipo contractual que en otro caso se produciría, como podría ser la mezcla de donación implícita en una atribución patrimonial que se recibe o se hace sin compensación...”

El mismo Autor (*op. cit.*, p. 576) pone de relieve que la regla de la proporcionalidad entre la participación en las ganancias y las aportaciones de los socios viene establecida en el art. 1689, “el cual permite, sin embargo, el pacto en contrario, aunque para medir la validez y admisibilidad de este pacto haya que realizar una investigación acerca de la causa del mismo”. De esta forma, la validez del pacto de exoneración de pérdidas por parte de uno de los socios vendrá determinada porque haya una causa onerosa y lícita del mismo que consistirá en que los demás socios queden de algún modo compensados. Así, dicho pacto puede ser la forma de retribución del socio industrial (, *op. cit.*, p. 581).

Asimismo, CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, p. 414, p. 425, refiere el pensamiento de POTHIER que insiste en el equilibrio que debe darse entre el beneficio de la exención de las pérdidas y la mayor contribución del socio industrial a la sociedad para que se admita la validez de dicho pacto.

<sup>50</sup> En el Derecho histórico español vemos que en Partidas 5,10,4 se recoge el principio de equidad entre las aportaciones de los socios y su participación en las pérdidas y ganancias de la sociedad y la validez de los acuerdos sociales que respeten este principio: “*Los compañeros que se ayuntá para fazer còpañia, para ganar,*

4. Frente a las dudas expresadas anteriormente, los juristas romanos establecieron el supuesto de la *societas* leonina como el límite externo que no puede ser traspasado por voluntad de los socios a la hora de fijar el reparto de pérdidas y ganancias entre ellos, según el cual no cabe que alguno participe sólo en las pérdidas y no, en absoluto, en las ganancias<sup>51</sup>. Así, en D. 17,2,29,2 (*Ulp. 30 Sab.*) se dispone lo siguiente:

Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet<sup>52</sup>.

Hay que destacar que los juristas romanos vincularon la *societas* leonina no sólo a consideraciones morales o al abuso de poder por parte de alguno de los contratantes contra otros (*iniquissimum enim genus societatis est*)<sup>53</sup> sino a la inexistencia en este supuesto de

*acaese alas vegadas, que el vno dellos, es mas sabidor, q' el otro de aq' lla arte, o de aq' lla cosa, de q' deué vsar sobre que fazen la cópañia: o se aventura a mayores peligros. E porédre quádo fiziessen pleyto entresi, que este a tal q' fuesse mas sabidor, o se metiesse a mayores trabajos q' el otro, que ouiesse otrosi mayor parte en las ganancias. Osi fazé pleyto, q' sise perdiessse en la cópañia, en aq' llas cosas que vsan, `q' nó ouiesse parte en la perdida. tales pleytos como estos o otros semejátes, valé: e deuen ser guardados, en la manera que fueré puestos...”.*

<sup>51</sup> HINGST, K.-M., *Die societas leonina...* cit. p. 35 ss.

<sup>52</sup> En dicho texto Ulpiano (s. III d.C.) cita a Aristón (s. I–II d.C.) que, a su vez, menciona a su maestro Casio (s. I d.C.) quien es el primer jurista –que sepamos– que califica de “leonina” a la sociedad en la que uno de los socios obtiene todas las ganancias y el otro sólo participa en las pérdidas, lo cual determinaba la nulidad misma de la sociedad puesto que –como afirma el texto– se trata de un tipo de sociedad muy injusta.

HINGST, K.-M., *Die societas leonina...*, op. cit., p. 68 ss., subraya que la doctrina defiende hoy en día la autenticidad esencial del texto frente a autores anteriores como, por ejemplo, WIEACKER, F., *Societas...*, op. cit., p. 269, que veían en la frase “*iniquissimum enim genus societatis est*” una influencia de la justicia distributiva de Aristóteles sobre los compiladores justinianos. Por el contrario HINGST, K.-M., *Die societas leonina...*, op. cit., pp. 124–125, pone de relieve que dicha influencia se dio más tarde en los escolios bizantinos a Basílicas, 12,1,29,2, es decir, a partir del siglo X d.C.: *convenire non potest, ut alter damnum tantum, alter vero lucrum sentiat* (traducción latina del texto original en griego).

<sup>53</sup> CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...* cit., p. 409, afirma que “históricamente el tratamiento de esta cuestión tiene mucho que ver con los asuntos relativos a la usura y sus limitaciones”. No en balde, como pone de relieve GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Sociedad leonina”, *Homenaje al profesor García-Gallo*, 3, Madrid, 1996, p. 285 ss., aunque la expresión sociedad leonina u otras equivalentes cayó en desuso en el Derecho histórico español después de las Partidas –no así en el lenguaje común de los juristas–, la última vez que el legislador español utilizó dicha expresión fue, precisamente, en la Ley de 23 de julio de 1908 de represión de la usura en relación con la prohibición de préstamos con intereses usurarios.

HINGST, K.-M., *Die societas leonina...*, op. cit., p. 72 ss., p. 114 ss., refiere en este sentido la opinión de WACKE, A., *RJ: Plaudereien über den Löwen und Seine Gesellschaft*, *Rechtshistorisches Journal*, 10, Frankfurt am Main, 1991, p. 117 ss. (pp. 136–137) que parte del supuesto de que se den estos comportamientos abusivos para afirmar que entonces estamos ante una sociedad constituida *contra bonos mores*; sin embargo, HINGST contrapone este planteamiento a las consideraciones de ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations...*, op. cit., p. 255, a propósito de la relación entre el contrato de compraventa y el contrato de sociedad ya que en la mundo

la causa propia del contrato consensual de sociedad romano, esto es, con la falta de todo interés por parte de uno de los socios en el objeto social<sup>54</sup> lo que, a su vez, relacionaron con la prohibición de la llamada *societas donationis causa*<sup>55</sup> en la que ocurría que un socio participaba en la sociedad sin aportar nada a cambio, porque en este caso no se daba el interés común que deben tener los socios en la consecución de un beneficio<sup>56</sup> sino que se estaba encubriendo en realidad una donación a cargo del socio que participaba sólo en las pérdidas puesto que el otro socio va a adquirir un enriquecimiento que no tiene como causa la sociedad sino un acuerdo de donación previo a la constitución de aquélla.

Como señala GUARINO<sup>57</sup>, la expresión “sociedad leonina” no fue común entre la jurisprudencia romana sino que aparece sólo en el pasaje referido en D. 17, 2, 29, 2, por lo que apunta la posibilidad de que aquélla expresión fuese realmente acuñada por el jurista Casio que fue pretor y cónsul en época de Fedro<sup>58</sup> y que pudo conocer de primera mano

---

romano rigieron, al menos en época clásica, principios propios del liberalismo económico en la fijación de los precios de tal modo que la compraventa es válida aunque el precio estipulado no fuese ni justo ni, al menos, equitativo: “*Roman private law was the law of the free Roman citizen, who could not only be relied upon to look after his own interest, but whose duty it also was to protect the (economically, socially, intellectually or emotionally) weaker members of the community – notably women, children and slaves – in so far as they belonged to his household*”. Si esto fue así para la compraventa también es lógico pensar que los juristas clásicos debieron operar con arreglo a principios liberales en materia de reparto de pérdidas y ganancias en el contrato de sociedad.

<sup>54</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 458, también compara la sociedad leonina con el contrato de compraventa en el que debe darse al menos un precio verdadero –aunque no sea ni justo ni equitativo – porque de lo contrario, de no mediar precio en dinero, falta la causa del contrato al no existir –añadimos, en absoluto– un interés oneroso en las dos partes contratantes.

<sup>55</sup> Así, en el fragmento ya referido contenido en D. 17,2,5,1 (Ulp. 31 ed.) se inserta la prohibición de la *societas donationis causa* en el tema de la aportación de trabajo de uno de los socios que compense su menor aportación de capital: “*societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur*”. SANTUCCI, G., *Il socio d’opera...*, *op. cit.*, p. 73, nt. 88.

<sup>56</sup> POGGI, A., *Il contratto di società... II*, *op. cit.*, pp. 165–166; y SANTUCCI, *op. cit.*, p. 72 ss, nt. 88, señala en este sentido que “*la ratio della nullità della societas donationis causa è alla base del divieto del patto leonino enucleato da Ulpiano in D. 17,2,29,2, dopo aver trattato –anche qui come in D. 17,2,5,1 – nel paragrafo precedente del problema della determinazione delle partes lucri et damni*”. En este sentido señala CANCELLI, F., *Società...*, p. 501, que la prohibición de la *societas donationis causa* opera como corolario del principio de la bilateralidad o corresponsabilidad de las prestaciones de los socios, y añade que este principio actúa, inversamente, como prohibición de la *societas leonina*; HINGST, K.–M., *Die societas leonina...*, *op. cit.*, p. 44 ss., con bibliografía actual.

<sup>57</sup> GUARINO, A., *La società col leone*, Labeo, 18, Napoli, 1972, p. 72 ss. (p. 72–73) [= *La società...*, *op. cit.*, pp. 175–176].

<sup>58</sup> Liberto de Augusto, fue el autor de la fabula del León (*Phaedrus, Aesopus*, 1,5) que se inspiraría a su vez en alguna de las diversas versiones de dicha fábula atribuidas al griego Esopo (*Aesopus*, 146) que debió vivir a lo largo de la segunda mitad del siglo VI a.C.; otra versión del cuento fue desarrollada también por el fabulista romano Babrio (*Babrius*, 67, segunda mitad s. I d.C.). En el texto de Fedro se unen un león, una vaca, una cabra y una oveja con el propósito de matar a un ciervo (en el de Babrio, un león y un asno salvaje). Llegado el momento de repartirse la carne del animal muerto, el león se queda con las cuatro partes: la primera porque le corresponde como león, la segunda por ser socio, la tercera porque afirma que tiene más poder y la

la famosa fábula de la que procede la expresión “sociedad leonina”. De hecho ni siquiera Ulpiano la utiliza al parafrasear a Aristón y a Casio<sup>59</sup>. En cuanto a la moraleja de la fábula,

cuarta porque, de lo contrario, aquél de los socios que pretenda reivindicar su parte sufrirá las consecuencias. El fragmento es el siguiente: *Numquam est fidelis cum potente societas: Testatur haec fabella propositum meum. Vacca et capella et patiens ovis iniuriae Socii fuere cum leone in saltibus. Hi cum cepisset cervum vasti corporis, Sic est locutus, partibus factis, leo: “Ego primam tollo, nominor quia leo ; Secundam, quia sum fortis, tribuetis mihi; Tum quia plus valeo, me sequetur tertia ; Malo afficietur si quis quartam tetigerit”. Sic totam praedam sola improbitas abstulit.*

Por otro lado, HINGST, K.–M. *op. cit.*, p. 42 ss., señala que con anterioridad a Fedro circulaban en el mundo antiguo dos versiones básicas de la fábula del león de Esopo en las que este animal constituía una sociedad con otros animales (dos o más según las versiones) para ir de caza con el resultado de que el león se quedaba con todo. El Autor recoge diversa bibliografía sobre este tema y expone su hipótesis según la cual la expresión “*societas leonina*” no sería acuñada en primer término por Casio sino que cree que ya se encontraría en el lenguaje popular de la época de dicho jurista. En este sentido, GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Sociedad leonina*, *op. cit.*, p. 292, nt. 13, consideró – frente a GUARINO– que Casio no tomó la expresión de su contemporáneo Fedro sino que ésta sería ya común en el lenguaje vulgar de los romanos a partir de la gran difusión que tuvieron en la Antigüedad las fábulas de Esopo. Así, el Autor destaca que la frase “*et hanc societatem leonimam solitum appellare*”, contenida en D. 17.2,30, pondría de relieve la popularidad de esa expresión.

La moraleja está en que no debemos asociarnos con alguien mucho más poderoso porque podemos salir perdiendo. En este sentido GUARINO, A., *La società...cit.*, pp. 185–186, pone de manifiesto los problemas que habría tenido Fedro con Sejano, lugarteniente del emperador Tiberio, así como las duras críticas que Marcial le dedicó al fabulista. Pero lo más sugerente – a mi juicio – del estudio de dicho Autor es que resalta la falta de lógica del cuento porque no se comprende bien como su autor une un animal carnívoro –el león– con tres animales herbívoros – la vaca, la cabra y la oveja – para constituir una sociedad con el propósito de matar a un ciervo. Aún más, el ilustre romanista napolitano le da la vuelta al propio Fedro y replica que es normal que el león quisiese matar al ciervo para procurarse su alimento pero –se pregunta GUARINO– qué propósito malvado tendrían los demás animales para llevar a cabo tal acción, concluyendo que no podía ser más que un fin ilícito o inmoral a menos que, como ocurre en la versión francesa de la fábula elaborada por La Fontaine, resultase que los demás animales cooperaran de alguna manera en la caza del ciervo. Pero una posible explicación nos la proporciona GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Sociedad leonina*, *op. cit.*, p. 291, según la cual “o bien, a Fedro le parece que el león, el asno y la zorra – que aparecen en la fábula originaria de Esopo– son demasiado peligrosamente identificables en su forma de actuar, con personajes conocidos de su época; o al revés, porque con los nuevos animales quiere criticar veladamente a personas, aunque arriesgue su seguridad personal”. Véase sobre la fábula del león las siguientes publicaciones españolas: CASCÓN DORADO, A., *El pensamiento de Fedro en la tradición jurídica fabulística greco-latina*, Madrid, 1998; *Fedro, fábulas. Aviano, fábulas. Fábulas de Rómulo*, introducción, traducción y notas de CASCÓN DORADO, A., Biblioteca clásica Gredos, Madrid, 2005 (y bibliografía allí citada) el cual ofrece otra tesis distinta respecto de la relación que existiría entre Fedro y Sejano y las causas de la caída en desgracia del primero; MAÑAS NÚÑEZ, M., *Fedro/Aviano, Fábulas*, Madrid, 1998; ZAPATA, A., *Fedro. Fábulas*, Madrid, 2000.

<sup>59</sup> Aún más, TALAMANCA, M., *Società... , op. cit.*, pp. 835–836, nt. 239, no excluye que estemos ante una particular toma de posición sobre el tema por parte de Casio, “lo cual no implica que alguno entre los *prudentes* no haya pensado nunca en la validez de la sociedad leonina”. Por otro lado WIEACKER, F., *Societas... , op. cit.*, p. 266, propuso la hipótesis según la cual Casio formularía esta expresión en relación con la *magna quaestio* de Gai. 3,149 (véase *supra*) entrando además en polémica con el planteamiento de Servio Sulpicio en pro del socio industrial, según el cual éste podía incluso quedar exento de toda participación en las pérdidas (*nihil omnino damni*); así Casio habría tenido especial interés en fijar una regla jurídica como límite infranqueable en materia de reparto de pérdidas y ganancias para salvaguardar la finalidad del interés común que deben tener todos los socios en la marcha de la sociedad. Añadimos que dicha regla jurídica fue aceptada por la *commune opinio* jurisprudencial. Sobre este punto, véase también, HINGST, K.–M., *op. cit.*, p. 96 ss., 114 ss.

GUARINO opina que no debe entenderse simplemente en el sentido de que el más fuerte se come siempre al más débil sino que al mismo no le conviene entrar en una sociedad con el más fuerte porque éste no cumplirá lo que ambos hayan pactado<sup>60</sup>.

5. Por lo que hace a la ineficacia de la sociedad leonina partimos una vez más de D. 17,2,29,2 en el que se establece la regla según la cual “*societatem talem coiri non posse*”, por lo que según el pensamiento de Casio se dispone la ineficacia de un contrato de sociedad que contenga un pacto leonino<sup>61</sup>; Ulpiano refiere dicho planteamiento y lo confirma recalcando que tal sociedad es nula: “*et nos consentimos, talem societatem esse nulla*”.

Siguiendo a HINGST vemos que las concepciones romanas en torno a la sociedad leonina se reciben entre los glosadores medievales<sup>62</sup> hasta llegar a la doctrina europea del Renacimiento<sup>63</sup>, a la jurisprudencia elegante<sup>64</sup>, y al *usus modernus pandectarum*

<sup>60</sup> De esta forma, HINGST, K.-M., *Die societas leonina...*, *op. cit.*, pp. 113, 116, cita a diversos autores para poner de relieve que a diferencia de lo que dispone D. 17, 2, 29, 2, el cuento en realidad no expone una sociedad nula en su origen sino una sociedad que según el relato es perfectamente válida siendo el león el que incumple lo pactado previamente entre las partes.

<sup>61</sup> HINGST, K.-M., *op. cit.*, p. 63.

<sup>62</sup> HINGST, K.-M., *op. cit.*, p. 128 ss. Así, Imerio, *Summa Institutionum, Liber tertium, XXV: de societate*, p. 399: “*leonina autem societas omnimodo improbat; idest ut unus damnum tantum vel parem damni subeat, de lucro vero nihil consequetur, iniquissimum societatis genus esse Aristo refert...*”

Por el contrario, los comentaristas italianos de la Baja Edad Media como, por ejemplo, Cino de Pistoia o Bártolo de Sasoferrato no hicieron ningún comentario relativo a la sociedad leonina. Sólo Baldo de Ubaldis se limitó a decir que “*illa societas quod unus habeas lucrum, alius damnum: dicitur esse leonina: & non valet*”. Otros comentaristas como Pedro de Ubaldis o Pablo de Castro refieren implícitamente sin citarla la nulidad de la sociedad leonina para resolver algún caso particular del Derecho de sociedades. Véase, HINGST, K.-M., *op. cit.*, p. 136 ss.

<sup>63</sup> HINGST, K.-M., *op. cit.*, p. 164 ss., hace mención también a los comentaristas españoles y así menciona a Antonio Gómez (1500–1572), comentarista de las Leyes de Toro, que refiere a la sociedad en la que uno de los socios corre con todas las pérdidas: *quod non valet pactum, ut unus socius habeat parti lucri: alter vero totum damnum. tex est in l. si non fuer<n>nt. § Aristo. ff. pro socio* (T. II, *De societate, Caput quintum*, n 5, p. 248) con lo que, *sensu contrario*, quedaría comprendido también dentro de la sociedad leonina –según Antonio Gómez– el supuesto en el que un socio asumiría todas las pérdidas aunque pueda obtener en contrapartida una cierta participación en las ganancias. Por tanto, vemos, que con la referencia al fragmento de *Aristo*, Gómez está aludiendo a D. 17,2,29,2 que comprende el texto relativo a la sociedad leonina romana; ahora bien, en realidad amplía el contenido estricto de dicha sociedad que se caracterizaba en el Derecho Romano por la total exclusión de uno de los socios de las ganancias. En este sentido, también, Covarrubias (1512–1577), *Variae Resolutiones*, Lib. III, Cap. II, n.6, p. 218. Pero además –a juicio de HINGST– Gómez inicia una opinión en la doctrina europea en virtud de la cual no cabe pensar en la nulidad de la sociedad leonina sino sólo en la del pacto leonino dejando existente y válida a la sociedad: “*Non tamen intelligas, quod societas sit nulla, sed quod pactum pactum inaequale, vitietur, & ipso iure annulletur*”. Añadimos nosotros que dicho planteamiento aparece plasmado al menos en el tenor literal de los códigos civiles español, francés, italiano o portugués.

<sup>64</sup> HINGST, K.-M., *op. cit.*, 176 ss.. Dentro de la jurisprudencia francesa, Cuyacio (1522–1590) comentó las fuentes romanas reafirmando la nulidad de la sociedad en la que uno de los socios quiera obtener todo el beneficio y el otro todas las pérdidas (*Recitationes, Liber IV (Codex Iustinianus)*, Tit. XXXVII: *Pro Socio*, p. 2533; *Notae, Liber III, Institutiones Iustinianus, Caput XXV, De Societate, scholium B*, p. 1168). Por otro lado, Doneau (1527–1591) también interpretó la nulidad de una sociedad en la que alguno de los socios no participe en las ganancias pero en la que sean comunes las pérdidas (*Commentarii de jure civili, Lib. XIII, Cap. XV, §*

alemán<sup>65</sup>. Ahora bien, un cambio de rumbo en esta materia vino dado por GLÜCK (1755–1813) que admite la validez del pacto por el que se constituye una sociedad leonina sobre la base de la regla “*volenti non fit iniuria*” primando por tanto la autonomía de la voluntad de los contratantes. Pero el Autor apoyaba su afirmación en lo que él mismo calificaba como “nuevo Derecho Romano” que, en realidad –añadimos nosotros–, se configuraba más bien como una construcción de la pandectística basada en un supuesto Derecho Romano justiniano en el que se habría admitido dicho pacto como un *pactum donandi*<sup>66</sup>.

La escuela de Derecho Natural también rechazó con diversos argumentos la sociedad leonina<sup>67</sup>, y por lo que hace a los civilistas alemanes del siglo XIX vemos –siguiendo a HINGST<sup>68</sup>– que PUCHTA (1798–1846)<sup>69</sup> mantiene la nulidad de la sociedad leonina mientras que THIBAUT (1772–1840)<sup>70</sup> defendió la validez de un *pactum adiectum* al contrato de sociedad que configurase dicha sociedad como una *societas donationis causa*. VANGEROW (1808–1870)<sup>71</sup>, SAVIGNY (1779–1861)<sup>72</sup> y WINDSCHEID (1817–1892)<sup>73</sup>, entre otros, sostuvieron que puede mantenerse la validez de esta sociedad pero sólo si se entiende que encubre un fin de donación entre los socios. Por el contrario, DERNBURG

---

VI, p. 930). Respecto de la jurisprudencia elegante holandesa vemos que VOET (1647–1713) señaló que “*quo fundamento reprobata societates; qua id agitur, ut alter lucrum tantum, alter tantum damnum sentiret, quamque Jurisconsulti nostri leoninam dixerunt...* (Comentario a las Pandectas, Lib. XVII, Tit. II, *Pro socio*, p. 747 ss. (HINGST, K.–M., *op. cit.*, pp. 193–194).

<sup>65</sup> HINGST, *op. cit.*, p. 198 ss.

<sup>66</sup> Dicha suposición no se correspondía con las fuentes puesto que, como ya hemos ido viendo a lo largo de este artículo, la Compilación de Justiniano recoge fielmente el rechazo del Derecho Romano clásico a la sociedad leonina (HINGST, *op. cit.*, pp. 248–249).

<sup>67</sup> GROCIO (1583–1645), *de iure belli, Liber II, Caput XII, § XXIV*, p. 335, admitía en un principio la validez de la sociedad leonina contemplando un posible contrato mixto de sociedad y de seguro que evitase que uno de los socios participase en las pérdidas; ahora bien, concluye él mismo con la nulidad de dicho contrato porque el socio que queda exento de las pérdidas no hace ninguna contrapartida a cambio en favor de los otros socios lo que, a su vez, sería contrario al Derecho Natural. PUFENDORF (1632–1694), *Ius naturae, Lib. V, Cap. XII, § III*, p. 771, ve una contradicción con la naturaleza de la sociedad que debe tener en perspectiva la obtención de beneficios por parte de todos los socios. En términos similares se manifiesta WOLFF (1679–1754), *Jus naturae IV, Cap. IV, § 1318*, p. 932; § 1329, p. 938. Sin embargo, mantuvo una posición diferente ECKHARD (1716–1751), en su disertación titulada *De Societate Leonina. Ad L. XXIX § II, D. Pro Socio*, ya que en la misma defendía la licitud de la sociedad leonina desde el punto de vista del Derecho Natural en función de la libre voluntad de las partes que pueden establecer los pactos lícitos que estimen convenientes de acuerdo con las motivaciones de cada una de ellas, mientras que dicha sociedad sería nula desde el punto de vista del Derecho Civil heredero de la prohibición del Derecho Romano porque dicho pacto social estaría en contradicción con la *bona fides* que debe mediar entre las partes (HINGST, *op. cit.*, p. 270 ss.).

<sup>68</sup> HINGST, *op. cit.*, p. 328 ss.

<sup>69</sup> HINGST, *op. cit.*, p. 331.

<sup>70</sup> *System des Pandekten-Rechts*, § 542, p. 83.

<sup>71</sup> *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, III, § 631, p. 443.

<sup>72</sup> *System des heutigen römischen Recht*, § 154, p. 102.

<sup>73</sup> *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 405, 2, p. 779.

(1829–1907)<sup>74</sup> vio el fundamento de la nulidad de la sociedad leonina en el hecho de que –a su juicio– constituyere en sí una grave conducta dolosa de uno de los socios.

En Francia, DOMAT (1625–1696)<sup>75</sup> consideró la sociedad leonina como una *société frauduleuse* en la que se había lesionado la equidad y la buena fe y que por lo tanto era contraria a la moral. Por otro lado, POTHIER (1699–1772)<sup>76</sup> rechaza dicha sociedad atendiendo más bien a la causa del contrato que está en el ánimo de lucro perseguido por todos los socios.

6. El art. 1691 del Código Civil español dispone que “es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas. Sólo el socio industrial puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas”<sup>77</sup>. Por tanto, el precepto comprende no sólo el supuesto estricto de la *societas leonina* romana sino también la exclusión de uno o más socios de las pérdidas sociales salvo que se tratase del socio industrial. Ahora bien, mientras que el primer pacto determina una auténtica desnaturalización del contrato de sociedad al faltar el interés común de todos los socios, el segundo se permite a favor del socio industrial sin duda cuando haya una causa que lo justifique. La doctrina se ha planteado entonces el diferente alcance de estos pactos de exclusión de las ganancias o pérdidas: así, el pacto por el que uno de los socios quede excluido de las ganancias está sancionado en el Código Civil con su nulidad, pero habrá de determinarse hasta que punto un pacto de esta naturaleza no produce también la nulidad del contrato social al menos para el socio excluido de las ganancias<sup>78</sup>. Por el contrario, la doctrina está conforme con que el pacto

<sup>74</sup> *Pandekten*, § 126, 3, p. 346, nt. 8.

<sup>75</sup> *Livre I, Titre VIII: De la Société, Section I: De la nature de la Société*, n. 10, p. 71 (HINGST, K.–M., *op. cit.*, pp. 312–313).

<sup>76</sup> *Pandectae Justinianae, Lib. XVII, Tit. II, Sectio I, Articulus I, III*, p. 129. (HINGST, K.–M., *op. cit.*, pp. 313–314).

<sup>77</sup> En Partidas 5,10,4 i.f se disponía que “... *mas si fazen pleyto, que el vno que ouiesse toda la ganancia; e que non ouiesse 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*”. Gregorio López remite al Digesto al comentar este texto.

Véase, recientemente, HERNÁNDEZ GIL, F., *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, pp. 393–395.

<sup>78</sup> A pesar del tenor literal del artículo 1691, Díez–Pícazo, L., *Los pactos leoninos...*, *op. cit.*, pp. 574–575, llamó la atención sobre el hecho de que el pacto de exclusión de toda ganancia supone una desnaturalización de este tipo contractual y la aparición de otros como puede ser una donación, un mandato o un préstamo si el asunto o empresa no se hace plenamente común a pesar de la aportación de capital o trabajo. A este respecto señala (p. 585) que “si el pacto desnaturaliza de tal modo el tipo contractual que no puede decirse ya que hay contrato de sociedad, debe entenderse que la nulidad del pacto afecta a la nulidad del contrato social. Este es probablemente el caso de la sociedad leonina en sentido estricto, o sea aquella en que las ganancias son para uno solo. En cambio, en todos aquellos casos en que el pacto no sea otra cosa que un puro mecanismo de distribución, la nulidad del pacto queda limitada a él, sin extenderse al contrato como entero”. Sin embargo, PÁZ–ARES, C., *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, p. 1447, citando las opiniones al respecto de MANRESA, SCAEVOLA/BATLLE y ROBLES, defiende la solución más conforme con el tenor literal del Código y propugna sólo la nulidad del pacto leonino afirmando que “la cláusula leonina no es reprobada por el ordenamiento por su contenido injusto (*volenti fit iniuria*), sino por ser impuesta injustamente por una de las partes a la otra que,



nulo de exoneración de las pérdidas por falta de causa no da lugar a la nulidad del resto de las cláusulas del contrato del socio en cuestión<sup>79</sup>.

En cuanto al tratamiento de esta materia por el Derecho comparado relativo a los países de nuestro entorno, partimos del Código Civil francés de 1804 que establecía en el art. 1855 que “*la convention qui donnerait à l’un des associés la totalité des bénéfices, est nulle*”<sup>80</sup>. Según esto, la nulidad recaería sólo sobre la cláusula en cuestión permaneciendo en vigor el contrato de sociedad en su conjunto, aunque la mayoría de la doctrina francesa ha venido defendiendo que dicha cláusula determinaba en realidad la nulidad del contrato<sup>81</sup>. Ahora bien, a pesar de esta doctrina común, el tenor literal del art. 1844-1 del Código Civil francés de 1978 da un menor margen a la interpretación cuando dice que “*toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l’exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites*”<sup>82</sup>.

El Código Civil italiano de 1865<sup>83</sup> seguía fielmente el modelo del Código francés de Napoleón al fijar en el artículo 1719 que “*è nulla la convenzione che attribuisce ad uno dei soci la totalità dei guadagni*”<sup>84</sup>. Y el artículo 2265 del Código civil italiano de 1942 señala que “*è nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite*”. También aquí se ha planteado por la doctrina la nulidad de todo el contrato para la parte beneficiada por el pacto leonino para el que el mismo tenía un carácter esencial.

El Código Civil portugués contiene una regulación del pacto leonino análoga a la del Código civil español cuando establece en el art. 994 la nulidad de la cláusula que excluye

---

dada su situación de necesidad y, por tanto, su impotencia para rechazarla, sólo la consiente formalmente”. En este sentido también, HERNÁNDEZ GIL, F., *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, p. 394.

No obstante, CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil*..., *op. cit.*, p. 402, p. 431, entiende que como la sociedad leonina está vinculada a la inexistencia o ilicitud de la causa, ello determinará la nulidad de la sociedad. Ahora bien, cabe la posibilidad de que se admita la validez del contrato si se le aplican las normas relativas a la nulidad de los negocios jurídicos con lo que cabría reconocer la validez del negocio jurídico simulado que podía ser, por ejemplo, una donación o un préstamo sin interés. Asimismo destaca la existencia de una gran variedad de pactos sociales que dan lugar a situaciones próximas a la exclusión de las ganancias de un socio habiendo de estudiar caso por caso la admisibilidad o no de dichos pactos, si bien el Autor indica que entonces debe entrar en juego, como cláusula general, el artículo 1255 del Código Civil relativo a la buena fe. Sobre este tema: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Scaevola*, Código Civil, XXXV-1º, p. 416 ss. (cit. CAPILLA RONCERO).

<sup>79</sup> Sobre los efectos que uno u otro pacto tendrán respecto al reparto de las pérdidas y ganancias entre los socios: DíEZ-PICAZO, L., *Los pactos leoninos*..., *op. cit.*, pp. 585-586.

<sup>80</sup> En el segundo párrafo se establecía también la nulidad de la cláusula por la que se conviene que el patrimonio aportado por uno de los socios a la sociedad quede exento de contribuir a las pérdidas.

<sup>81</sup> HINGST, K.-M., *op. cit.*, p. 314 ss., 326.

<sup>82</sup> HINGST, K.-M., *op. cit.*, p. 358 ss.

<sup>83</sup> HINGST, K.-M., *op. cit.*, p. 376 ss.

<sup>84</sup> Asimismo el segundo párrafo disponía la nulidad de la cláusula de separación del patrimonio aportado por uno de los socios a las pérdidas de la sociedad, siguiendo el art. 1855 -2 del Código civil francés de 1804 (al igual que el art. 1585 del proyecto de CC español de 1851).

de participar en las ganancias o en las pérdidas sociales salvo, en cuanto a esto último, que se trate del socio industrial<sup>85</sup>.

Y en Alemania el § 705 del BGB de 1900<sup>86</sup> no se refiere expresamente al caso de la sociedad leonina pero establece que por el contrato de sociedad se obligan los socios respectivamente a la consecución de un fin común que ha de conseguirse en la forma que determine el contrato así como a realizar las aportaciones convenidas. La jurisprudencia y doctrina alemanas también se han planteado la ilicitud de la sociedad leonina al amparo de dicho precepto si bien la posición común es la del mantenimiento de dicha sociedad cuando esconde una donación lícita a favor del socio que participa sólo en las ganancias. Sin embargo, se rechaza dicha sociedad cuando se base en un engaño o fraude cometido por alguno de los socios frente a otros.

---

<sup>85</sup> MANRESA, J.M., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 507.

<sup>86</sup> WACKE, A., *Plaudereien...*, *op. cit.*, pp. 137-138; HINGST, K.-M., *op. cit.*, p. 350 ss. Sobre el tema de la sociedad leonina en la sociedad mercantil personalista, véase p. 393 ss.