

## EL CAPITULO X DE LAS ORDENANZAS DEL CONSULADO DE BILBAO DE 1737

("DE LAS COMPAÑIAS DE COMERCIO, Y DE LAS CALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS CON QUE DEBERAN HACERSE") Y EL TITULO IV DE LA ORDONNANCE SUR LE COMMERCE DE 1673. ("DES SOCIETES")  
A propósito de la influencia del Derecho francés en el Derecho mercantil de Castilla y de los Reinos de Indias en el siglo XVIII

por

José Martínez Gijón

1. Los autores que se han ocupado de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 han señalado unánimemente las influencias que sobre las mismas ejercieron las Ordenanzas francesas del comercio (1673) y de la marina (1681). De esas influencias habló en su día Torres López, y la anualística histórico-jurídica española las asume con mayores o menores precisiones.<sup>1</sup> Con el conocimiento que le presta una acabada investigación sobre la compañía mercantil en el período de vigencia de las Ordenanzas bilbaínas de 1737, Carlos Petit reconoce el ascendiente que sobre ellas tuvo el texto francés, pudiendo escribir que "la legislación francesa de 1673 y 1681 desempeña por su parte un papel dominante en la regulación de la mayoría de las instituciones —contabilidad, sociedad, corredores de navíos, seguros marítimos, préstamos a la gruesa, fletamentos, naufragios, averías...—, y el examen comparativo de sus preceptos con los de Bilbao permite constatar la vinculación entre estas leyes".<sup>2</sup> Y entre los estudiosos del Derecho mercantil, quien más se ha ocupado de este Derecho en la etapa anterior a la codificación, J. Rubio García-Mina, atribuye a las Ordenanzas francesas el papel de una línea de influencia en las bilbaínas de 1737.<sup>3</sup>

2. Sobre el tema del que empezamos a tratar también opinaron, en fechas inmediatas a la promulgación del texto de Bilbao, un grupo de comerciantes de Francia, Holanda e Inglaterra, el mismo Consulado, y un alegante en un pleito sobre la nulidad de un seguro marítimo. Veamos sus puntos de vista.

Los comerciantes extranjeros, a cuyo frente se menciona a don Francisco Lory, plantearon el 8 de enero de 1738 un proceso de oposi-

<sup>1</sup> M. TORRES LOPEZ, *El proceso de formación de las Ordenanzas de Bilbao de 1737*, en "Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737" (Bilbao, 1931), pp. 47-72; A. GARCIA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, I (Madrid, 1964) 2, N° 877: "recogiendo también parte de las Ordenanzas francesas sobre el comercio (1673) y la marina (1681)"; F. TOMAS y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1979), pág. 367: "El influjo de las Ordenanzas francesas de Colbert de 1673 y 1681 es perceptible sobre todo en la regulación de las compañías mercantiles y en lo relativo a navíos, fletes y naufragios"; E. GACTO FERNÁNDEZ, J. A. ALEJANDRE GARCIA y

J. GARCIA MARIN, *El Derecho histórico de los pueblos de España* (Madrid, 1982) 3, pág. 517: "recogían... principios... adoptados de las Ordenanzas francesas de Colbert, ministro de Luis XIV, para el Comercio (1673) y para la Marina (1681)".

<sup>2</sup> C. PETIT, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829* (Sevilla, 1980), pág. 17; el mismo, *Ordenanzas de Bilbao*, II, 2, en prensa, voz redactada para la "Enciclopedia Jurídica Seix".

<sup>3</sup> J. RUBIO GARCIA-MINA, *Introducción al Derecho Mercantil* (Barcelona, 1969), pág. 296.

ción a las recientes aprobadas Ordenanzas, porque a su juicio "tan lejos estaban, de que fuesen útiles, y convenientes, al comercio arreglado, y establecido entre nuestra Real Persona, y los Negociantes, y Comerciantes de las tres Potencias, que antes sí, en todas sus partes, y circunstancias, miraban a extinguir el comercio, alterar los contratos hechos con Francia, Inglaterra y Holanda, y la fe que en ellos se había seguido entre unos y otros Negociantes y Comerciantes",<sup>4</sup> enumerando a continuación una serie de materias, cuya regulación no se ajustaba a lo que pudiera entenderse como propio de un Derecho mercantil europeo, y solicitando finalmente un plazo para proponer reparos, y que, entre tanto, el Consejo Real decretase la suspensión de las mencionadas Ordenanzas.

No es de interés recoger aquí los pormenores del proceso al que nos estamos refiriendo, zanjado por una Real Resolución del 2 de diciembre de 1740, declarando que los extranjeros no eran partes legítimas ni competentes para plantearlo. Si lo tiene, en cambio, reproducir parcialmente el contenido de la petición que dichos comerciantes extranjeros formulan el 17 de junio de 1738, en la que con más detalle critican diferentes capítulos de las Ordenanzas de 1737, y entre otros el X, que, es, como se sabe, el que regula las compañías de comercio:

"...especialmente los artículo cuarto y quinto (del capítulo X), escriben, eran totalmente indignos de aprobación, como temerarios, cavilosos, y que manifiestamente descubrían, que su formación había sido por puros fines particulares, en odio del comercio de extranjeros; lo uno, porque en Francia, Inglaterra, Italia, y demás Potencias de Europa, las más de las compañías se regulaban bajo de firmas privadas, que tenían la misma fuerza que con propias bajo de escritura pública; de otro, porque si se diera curso y uso a esta Ordenanza, se privaba a los comerciantes extranjeros de la natural libertad, y de seguir recíprocamente la confidencial, todo contra el derecho de gentes; de otro, porque en la forma con que se había querido establecer la Ordenanza, a todas luces se manifestaba, que el Consulado de Bilbao quería hacerse dueño y árbitro de las leyes con que cada una de las Potencias se gobernaba, suprimiéndolas, y estableciendo las contrarias, pretendiendo al mismo tiempo examinar, y especular lo que cada uno de los súbditos de dichas Potencias tenía en sus arcas, con el hecho, nunca visto, de compelerlos a que diesen noticia cierta de compras, ventas, gastos, manutención, y todos los peculiares, y domésticos de cada individuo, y comerciante, dueño de los géneros; lo otro, porque debiendo atender únicamente dicho Consulado a fomentar, y adelantar el comercio, como debía, estaba tan lejos de solicitarlo, y conseguirlo por medios tan irregulares, que antes bien toda la Ordenanza aspiraba a extinguirlo, y usurpar regalías que no tenía en las leyes que pretendía establecer, opuestas directamente al Derecho natural, y leyes fundamentales del comercio, omitiendo por descuido, o falta de inteligencia la distinción de compañías en todas sus especies, y ciñéndose únicamente a las generales".<sup>5</sup>

<sup>4</sup> En *Los Códigos españoles concordados y anotados*, XII (Madrid, 1873) 2, pág. 532.

<sup>5</sup> En *Los Códigos españoles*, cit., pág. 535; ver también la pág. 537.

De la postura mantenida por este grupo de comerciantes extranjeros no se desprende que sus sistemas mercantiles de origen, entre ellos el francés, hubiesen influido positivamente en el texto mercantil de Bilbao. Es más, lo que les preocupa es poner de relieve las diferencias entre ese texto y los nacionales de sus países, a propósito de la exigencia de escritura pública como forma obligada del contrato de compañía, de su pormenorizado contenido mediante el cual se pretendía un control de los comerciantes que estiman contrario a la libertad del comercio, y, por último, a causa de haber prescindido de regular los diferentes géneros de compañías que se utilizaban en las naciones de donde procedían.

El Consulado de Bilbao, en la defensa que hace de sus Ordenanzas de 1737, y concretamente en materia de compañías, se expresará de modo bien diverso al anterior, insistiendo —lo que interesa en orden a la influencia de los sistemas mercantiles europeos sobre el establecido en Bilbao— en la identidad de las soluciones contenidas en las Ordenanzas de 1737 y las de otras potencias, sobre todo con las de Francia:

“Y porque el contenido del capítulo diez sobre compañías, y modo de ejecutarlas, era tan conforme a las leyes del Reino, y a los establecimientos de otras Potencias, que no había alguna que no tuviese los mismos, y la Francia con mayor rigor, dirigiéndose las precauciones que contenía a evitar, que se hiciesen compañías fantásticas, y se empeñase a los demás comerciantes con el nombre de ella, como había sucedido en casos prácticos de extranjeros, y últimos...”<sup>6</sup>

Una posición intermedia, bastante más prudente, es la que sostuvo el alegante en un pleito de nulidad de un seguro marítimo, al afirmar que las Ordenanzas de Luis XIV se tuvieron presentes al redactar las bilbaínas de 1737, y que resultaba aconsejable acudir a ellas para aclarar las dudas que el texto de Bilbao pudiera plantear:

“... así como para entender algunas leyes de las Partidas, es el medio más obvio el conocer las romanas, de donde se tomaron, así para la inteligencia de nuestras Ordenanzas, nada puede haber más conducente, que el conocimiento de las de aquel célebre rey de Francia —Luis XIV—, que se tuvieron presentes en su redacción”.<sup>7</sup>

Hasta aquí, como puede verse, o se subrayan las diferencias entre unas y otras Ordenanzas, o se afirma la identidad entre ambas, o se dice, en términos generales, que el texto francés se tuvo presente al redactar el bilbaíno.

Se hace preciso recurrir a la comparación textual de dichas Ordenanzas, en materia de compañías de comercio, para matizar sus relaciones y la influencia que haya podido ejercer la ley de Luis XIV sobre la de Bilbao, prescindiendo de la doctrina francesa que a esta ley se haya incorporado y de la orientación que haya seguido la práctica comercial bilbaína con respecto a lo establecido en el texto de 1737.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> En *Los Códigos españoles*, cit., páginas 539 y 540.

<sup>7</sup> C. PETIT, *La compañía*, cit., pág. 17, nota 1. Se conserva en la Biblioteca

Provincial de la Diputación de Vizcaya, signatura v.f. 2504.

<sup>8</sup> Sobre todo ello C. PETIT, *La compañía*, cit.

El tema interesa tanto en el ámbito jurídico castellano como en el de los Reinos de Indias, habida cuenta del artículo 2º de las plantas de los consulados americanos de Caracas (1793), La Habana (1794), Buenos Aires (1794), Veracruz (1795), Cartagena de Indias (1795), Santiago de Chile (1795), Guadalajara (1795), en el que se dispone la aplicación de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 en defecto de ordenanzas propias.

3. Elaboremos en primer término una tabla de correspondencias temáticas entre ambos textos:

OSC	OCB
Titre IV. Des sociétés.	Capítulo X. De las compañías de comercio, y de las calidades y circunstancias con que deberán hacerse.
	1
	2
	3
1	4
2 }	5
3 }	
5	
6	
	6
	7
3 }	8
4 }	
14	9
	10
	11
7 }	12
8 }	13
	14
9 }	15
12 }	16
10	
11	
13	
	17

La tabla que precede sólo tiene el alcance que se ha precisado más arriba. En las páginas que siguen habremos de ocuparnos de las variantes que ambos textos presentan entre sí.

4. La primera observación que las correspondencias temáticas permiten establecer es que el texto bilbaíno ha dado cabida en su capítulo X a una serie de artículos cuyo contenido no ha sido objeto de regulación en el texto francés:

OCB.X,1. Definición del contrato de compañía en términos de comercio.

2. El principio de la buena fe como base del contrato de compañía mercantil.
3. Exposición de motivos sobre los artículos que siguen, referentes a las compañías generales, por ser las más frecuentes, orientada a conseguir la publicidad de las mismas, insistiendo en el cumplimiento del principio de la buena fe y en el de la seguridad del comercio.
6. Forma de llevar los libros de cuentas por los comerciantes que constituyan la compañía.
7. Detracciones por los socios de los fondos de la compañía.
10. } Supuestos específicos sobre las aportaciones de los
11. } socios, para cumplir con su respectiva obligación de contribuir a integración del capital de la compañía:  
     Estimación de las mercancías y efectos aportados por alguno de los socios (art. 10).  
     Aportación de créditos y haberes por uno u otro socio (art. 11).
12. Imputación de pagos de un deudor común a la compañía y a uno de los socios.
14. Responsabilidad del socio que no aportó capital y del que lo aportó conjuntamente con su industria.
15. Ejercicio del comercio a título individual por los socios que aportaron capital a la compañía.
17. Obligación de hacer pública la disolución de la compañía.

5. A su vez, las Ordenanzas bilbaínas prescinden de recoger en su articulado determinadas cuestiones que figuraban en las francesas. Algunos artículos completos de éstas últimas no encuentran paralelo temático en las de Bilbao:

OSC. IV, 5. Arancel de los escribanos por su intervención en los actos de registro de una compañía, transcripción en el tablón público, y expedición de copias del acto registrado.

6. Registro y publicación de las compañías como requisitos esenciales para que las actuaciones en su nombre produzcan efectos jurídicos entre los socios, sus herederos y terceros contratantes.

10. } Supuestos sobre el arbitraje al que se han de someter

11. } los socios para resolver sus diferencias:

13. }

Muerte o prolongada ausencia de uno de los árbitros (art. 10).

Nombramiento de un "sur-arbitre", cuando las opiniones de los árbitros no sean concordes (artículo 11).

Confirmación de las sentencias arbitrales por la jurisdicción consular, o por la ordinaria o señorial en defecto de aquélla (art. 13).

6. De los dos apartados anteriores se desprende que el texto bilbaíno es más amplio y extenso que el francés, y al mismo tiempo se nos presenta como selectivo de éste. En efecto, se han incluido en el capítulo sobre las compañías once artículos que no proceden del modelo francés cuya influencia se afirma. El artículo 1º es de carácter doctrinal, definitorio del contrato de compañía en términos de comercio; el 2º subraya el cumplimiento por los socios de sus respectivas obligaciones sociales, como exigencia de la buena fe mercantil, y no simplemente de los postulados del derecho contractual; el 3º es una mera exposición de los motivos que justifican las disposiciones posteriores, y que se pueden reducir a uno: la publicidad de las compañías actualmente existentes y de las que en adelante se constituyan. Los demás artículos sin paralelo en el texto francés, aunque ninguno de ellos merezca el calificativo de básico o imprescindible en la regulación del contrato, resultan útiles, y la práctica debió aconsejar su inclusión, que debió contribuir a evitar no pocas controversias en las relaciones entre los miembros de una misma compañía.

No puede decirse lo mismo a propósito de aquellos artículos de la Ordenanza francesa de los que los redactores de las bilbaínas han prescindido. Instrumentales tan sólo pueden considerarse el 5, el 10 y el 11. En cambio el 6 especialmente, y en menor medida el 13, constituyen a nuestro juicio artículos básicos, cuya ausencia de las Ordenanzas de Bilbao no debe ser considerada un acierto.

En efecto, al establecerse en OSC. 6 que

"Les sociétés n'auront effet à l'égard des associés, leurs veuves et héritiers, créanciers et ayans-cause, que du jour qu'elles auront été registrées, et publiées au greffe du domicile de tous les contractans, et du lieu où ils auront magasin",

se está determinando el momento preciso en que una compañía mercantil nace para el Derecho, a partir del cual tendrán eficacia jurídica los actos realizados por los socios en cuanto tales, y que coincide con el del registro y publicidad de los contratos, considerándose inexistentes las compañías en tanto no cumplan con estos requisitos. El artículo 6 concreta los efectos que ha de atribuirse al registro y publicidad de los contratos de sociedad mercantil. El texto bilbaíno, que a su modo hace suyos ambos requisitos, carece de rigor jurídico, al omitir las consecuencias que se derivarían de su incumplimiento.

OSC. 13 se ocupa de señalar las relaciones que deben existir entre la jurisdicción arbitral y la ordinaria en asuntos mercantiles, que era la consular, en los lugares donde hubiera Consulados. Lo hace, a propósito de la eficacia de la sentencia arbitral sobre controversias o litigios entre los socios, en estos términos:

“Les sentences arbitrales entre associés pour négoce, marchandises ou banque, seront homologuées en la juridiction consulaire, s’il y en a, sinon es sièges ordinaires de nos juges, ou de ceux des seigneurs.”

La confirmación requerida habría de significar en último extremo una mayor seguridad jurídica para las partes que se sometieron a la decisión arbitral, puesto que supondría, entrando en el fondo de la controversia, un decreto judicial declarando que la sentencia arbitral es conforme a Derecho. Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 16, aunque otorgan al juicio arbitral plena eficacia “sin otra apelación, ni pleito alguno”, no prevén siquiera que dicho juicio arbitral sea comunicado al Consulado. Al actuar así se produce una laguna sobre la materia, que no impediría que al menos se intentaran plantear otras posibles actuaciones procesales por las partes implicadas, que no contribuirían a conseguir que los conflictos entre los socios se resolvieran con la rapidez y la expeditividad necesarias.

7. En el aprovechamiento que del texto francés se hace en el bilbaíno, los redactores de éste han alterado en ocasiones el orden de la exposición seguida en aquél.

OSC. 3 (en su parte final) y 4 se reflejan en OCB. 8, porque este texto prescinde de los artículos 5 y 6 del primero, e intercala a su vez el 6 y el 7. Lo que importa destacar es que al proceder así OCB. interrumpe el orden lógico en el tratamiento de las materias. En OSC., en cambio, ininterrumpidamente, desde el artículo 2 al 6, se han regulado aspectos de una misma materia, es decir, las reglas que se deben cumplir sobre el registro y publicación, y sobre los efectos que habrán de derivarse de su cumplimiento con relación a las escrituras de las compañías. El texto bilbaíno intercala dos artículos que nada tienen que ver con la temática que empezó a regular en su artículo 5 y que prosigue en el 8, sobre la forma que se ha de seguir en la renovación de una compañía, transcurrido el tiempo de duración inicialmente previsto en el contrato. El 6 sobre los libros de cuentas de las compañías; el 7 autorizando las detracciones por los socios de los fondos de la compañía. Por ello, en el artículo 8 aparecerá una remisión al 5. Anotemos, pues, como conclusión en este punto, la ausencia de orden lógico en el articulado de OCB. en comparación con el texto de OSC.

Ausencia de orden lógico que se detecta de nuevo en otra ocasión, cuando el artículo 14 de OSC., el último del título sobre sociedades, encuentra su correspondencia en el 9 de OCB. Ambos aplican al contrato de compañía el principio sucesorio según el cual los herederos —del socio en este caso— se encuentran sujetos a los actos realizados por el causante. OSC. sitúa correctamente dicho artículo, en el último lugar del título, con la intención de querer indicar que todo lo que se ha dispuesto en dicho título —incluidas las reglas sobre arbitraje— afectan a los herederos del socio. La ubicación que el tema ha merecido en OCB. no es, evidentemente, la más correcta.

Apuntamos a continuación una hipotética explicación del modo de proceder de los redactores bilbaínos en este punto, que no prestigia el texto que alumbran.

Obsérvese, repasando las tablas de correspondencias, que OCB. a causa de haber intercalado los artículos 6 y 7, además del 1, 2 y 3, se

relaciona en sus artículos 4, 5 y 8, con los números 1, 2, 3 y 4 del texto francés. De este texto había dejado atrás los artículos 5 (del que prescindirá totalmente) y 6. El primero que habría que componer sería el que ocuparía el número 9, que es del que nos estamos ocupando en función del 14 francés.

Pero obsérvese ahora que tanto en el artículo 6, antes reproducido, como en el 14 de OSC. ("Tout ce que dessus aura lieu à l'égard des veuves, héritiers, et ayans-cause des associés"), aparece una frase casi idéntica, aunque la temática de ambos artículos sea diferente: "à l'égard des veuves, héritiers (créanciers, lógicamente en el 6, por la materia aquí regulada), et ayans-cause". ¿No habrán pretendido los redactores de las Ordenanzas bilbaínas refundir, sin conseguirlo, ambos artículos en el 9 de su texto? ¿Creyeron haber conseguido esa refundición incidiendo en descuido, o falta de inteligencia, como apuntaron los comerciantes extranjeros al enjuiciar el artículo 13 del texto de Bilbao?

8. Veamos ahora qué conclusiones arroja la comparación de los artículos que figuran en los dos textos, y que contemplan cuestiones idénticas sobre el contrato de compañía.

OCB. 4, en relación con OSC. 1, precisa con enorme minuciosidad el contenido de la escritura del contrato de compañía, lo que no ocurre en este texto:

OSC. 1: "Toute société générale au en commandite, sera rédigée par écrit, ou par-devant notaires, ou sous signature privée; et ne sera reçue aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit, avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres".

OCB. 4: "Primeramente, los comerciantes que actualmente están en compañía y los que en adelante la quisieren formar, serán obligados a hacerlo por escritura pública ante escribano, donde con toda distinción declaren uniformemente sus nombres, apellidos, vecindario, el tiempo en que empezó, o empezare, y el en que ha de acabar; la porción, o porciones de caudal, efectos, o industria que cada uno llevare para el total capital de la compañía; la administración, trabajo y cuidado en que cada uno haya de entender, para el beneficio común de ella; la parte y porción de dinero que cada uno haya de sacar anualmente para sus gastos personales o familiares; los gastos comunes pertenecientes al comercio, intereses, rentas de casa y almacenes y otros que sean indispensables; las pérdidas en créditos fallidos, naufragios, y semejantes accidentes, cómo y de qué suerte se han de entender; las prorratas de las pérdidas o ganancias, que al fin de la compañía resultaren, cómo hayan de pertenecer y par-

tirse; la estimación, que se ha de dar a las mercaderías y efectos comunes, que existieren al fin de la compañía; el repartimiento que han de hacer de los créditos, y haberes que tuvieren al tiempo de dividirse; el pago que deberán hacer de las cantidades que debieren en común. Con todas las demás circunstancias, capítulos y condiciones lícitas que se quisieren imponer y pactar”.

Una fórmula muy breve, prevista por OSC. 3, en su final, para el supuesto de continuación de la compañía transcurrido el plazo de duración previsto, ha sido objeto de un mayor desarrollo en OCB. 8, que habla de renovación de la compañía:

OSC. 3: “Aucun extrait de société ne sera enregistré, s’il n’est signé ou des associés, ou de ceux qui auront souffert la société, et ne contient les noms, surnoms, qualités et demeure des associés, et les clauses extraordinaires, s’il y en a pour la signature des actes, le temps auquel elle doit commencer et finir; et ne sera réputée continuée, s’il n’y en a un acte par écrit, pareillement enregistré et affiché”.

OCB. 8: “Cuando en cualquiera compañía feneciere el tiempo, por el cual estuviere instituida y la renovaren sus individuos, ya sea en los mismos términos que la antecedente, con los mismos compañeros y capitulaciones, o ya variando ellas en personas o circunstancias, será de la obligación de los compañeros, que quedaren convenidos, hacer manifestación de la nueva escritura y firmas ante prior y cónsules en la forma expresada en el número quinto de este capítulo; y lo mismo se hará en caso que durante el tiempo de ella muerden los compañeros, por muerte, o ausencia de alguno, o por otro motivo”.

La comparación entre OSC. 14 y OCB. 9 ilustra el más amplio tratamiento que algunas cuestiones han merecido a los redactores del texto bilbaíno:

OSC. 14: “Tout ce que dessus aura lieu à l’égard des veuves, héritiers, et ayans-cause des associés”.

OCB. 9: “Si durante dicha compañía faltare algún compañero de ella (por cualquiera de las causas arriba expresadas), la viuda, hijos y herederos de él serán obligados: a estar y a pasar por lo obrado en ella, hasta el tiempo de la muerte o ausencia de la persona a quien representaren y a las contingencias que de los negocios

pendientes, que quedaron al tiempo de la muerte o ausencia de su constituyente, puedan acaecer, por lo respectivo a la prorrata de su interés y no más; mediante las justificadas cuentas que de todo le deberán dar los demás compañeros: Y si éstos y la tal viuda y herederos quisieren proseguir la misma compañía, debajo de los mismos pactos u otros (según les convenga), deberán otorgar para ello con la debida expresión y claridad nueva escritura en su razón, para la mayor seguridad entre sí, y noticia precisa sus correspondientes”.

Ambos artículos recogen el mismo principio, pero en Bilbao se concretan los negocios sociales en los que se subrogan los herederos del socio premuerto o ausente: los ya concluidos y los pendientes en el momento en el que se ha producido la sucesión; y al mismo tiempo se regula la posibilidad de que los herederos opten por convertirse en socios de la misma compañía, estableciéndose el procedimiento a seguir en ese caso, que, por lo demás, ya estaba previsto en la regla general contenida al final del artículo 8 de OCB., más arriba reproducido.

Por último, OCB. 16, en relación al conjunto de artículos de OSC. sobre el arbitraje (9 al 13), no sólo recoge la obligación de que los socios sometan sus diferencias al juicio de personas prácticas, lo que se ha de hacer constar en la escritura del contrato de compañía, sino que prevé se establezca una pena, convencional o al arbitrio de los jueces, a fin de que dicha obligación se cumpla por las partes: “...cuya cláusula (sobre el compromiso de acudir a los árbitros) se les hará guardar, bajo la pena convencional, que también deberá imponerse, o la arbitraria que los jueces les señalaren” (artículo 16, al final).

9. Un modo de proceder diferente al examinado en el número anterior también se desprende de la comparación de ambos textos. OCB. ha reducido el tratamiento de algunas cuestiones o ha prescindido parcialmente del contenido de algunos artículos del texto francés.

OCB. 4, a pesar de regular con una precisión propia de un reglamento cuál haya de ser el contenido de la escritura del contrato de compañía, ha prescindido de un largo período del correspondiente artículo francés, que es el 1, desde “ne sera...” hasta el final del mismo, como se aprecia comparando ambos artículos, reproducidos ya en este trabajo (ver el número 8). La ordenanza francesa establecía que, para las relaciones entre los socios y en las de éstos con terceros contratantes, regía la ley del contrato de compañía por aquellos convenido, sin que cupiera prueba testifical alguna en contra de los que allí se había recogido por escrito; se contribuía así a la seguridad del tráfico mercantil al impedirse posibles pactos entre los socios que, desconocidos de los terceros contratantes, pudieran resultarles perjudiciales. La ordenanza bilbaína ha omitido esa disposición, haciendo posible o no impi-

diendo expresamente la existencia de esos pactos al margen de la escritura,<sup>9</sup> que podrían dar lugar a litigios de terceros frente a los socios motivados por la falta de publicidad de algunos pactos sociales.

Comparemos ahora OCB. 5, con sus correspondientes en OSC.:

OSC. 2: "L'extrait des sociétés entre marchands et négocians, tant en gros qu'en détail, sera enregistré au greffe de la jurisdiction consulaire, s'il y en a; sinon en celui de l'Hôtel commun de la ville; et s'il n'y en a point, au greffe de nos juges des lieux, ou de ceux des signeurs, et l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu public: le tout à peine de nullité des actes et contrats passés, tant entre les associés qu'avec les créanciers et ayans-cause".

OCB. 5: "Todas las personas que actualmente están en compañía, y en adelante la formaren en esta villa, serán obligadas a poner en manos del prior y cónsules de esta Universidad y Casa de Contratación un testimonio en relación de las escrituras, que acerca de ella otorgaren; y al pie de él han de poner los compañeros las firmas de que han de usar durante el término de dicha compañía; a fin de que conste por este medio al público, todo lo que le sea conveniente para su seguridad: Y el tal testimonio se ha de poner en el archivo del Consulado, para manifestarle siempre que convenga".

OSC. 3 (Está reproducido en el número 8 de este trabajo).

Literalmente OSC. 2 dispone la nulidad de los actos y contratos referidos a una compañía que no haya cumplido con los requisitos exigidos para su registro y publicidad, solución sobre la que se insiste en los artículos 4 y 6 del mismo texto. OCB. 5 no se ocupa en cambio de precisar cuáles serían los efectos derivados del incumplimiento por los socios del requisito formal que se prevé en ese artículo ("poner en manos del prior, y cónsules... un testimonio en relación de las escrituras"); por lo que el texto bilbaíno se nos muestra jurídicamente menos riguroso, o bien su silencio puede interpretarse en el sentido de que no exige una forma *ad substantiam* para constituir una compañía, pretendiéndose tan sólo con ese requisito conseguir "que conste por este medio al público, todo lo que le sea conveniente para su seguridad".

En relación con estos artículos, OCB. 5, frente a OSC. 3, no concreta cuál haya de ser el contenido del "testimonio en relación de las escrituras", exigiendo, de modo semejante a la ordenanza francesa, que en él se recojan las firmas de los socios, al parecer sólo las de los gestores ("las firmas de que han de usar durante el término de dicha compañía"), diferenciándose del texto francés que obliga a que el extracto sea firmado por todos los socios, y a incluir en el mismo de haberlas las cláusulas específicas sobre el uso de la firma. Las firmas de los socios, "ou de ceux qui auront souffert la société", es decir, o las de los apoderados de los socios, matiza el texto francés, lo que omite sin justificación el bilbaíno en esta ocasión a pesar de haber recogido dicha

<sup>9</sup> Así lo admite C. PETIT, *La compañía*, cit., páginas 89 y 90.

posibilidad —la actuación de los socios a través de representantes— en el artículo 3, meramente introductorio como se dijo: “se ordena: que todas las personas vecinas, estantes y residentes en esta villa y las que de fuera de ella en virtud de sus poderes tienen actualmente compañías generales en este comercio y las que de nuevo, en adelante las quisieren instituir y formar, sean obligadas a observar, guardar y practicar las reglas siguientes”.

Veamos ahora el artículo 4 de OSC., en el que se dispone

“Tous actes portant changement, d’associés, nouvelles stipulations, au clauses pour la signature, seront enregistrés et publiés, et n’auront lieu que du jour de la publication”,

y que encuentra su correspondiente en el 8 de OCB., más arriba reproducido. Se trata en ambos de los requisitos formales que se deben observar cuando una compañía, durante su funcionamiento, experimente alteraciones en sus reglas. OCB. contempla sólo el cambio de socios “y lo mismo se hará en caso que durante el tiempo de ella muden los compañeros, por muerte, o ausencia de alguno, o por otros motivos”), frente a OSC., que sanciona —de un modo más completo y acabado— la obligación de registrar y publicar “tous actes portant changement”.

Finalmente, OCB. 16 no ha dado cabida a lo que OSC. 12 prevé a propósito de la actuación de los árbitros en ausencia de las partes:

“Les arbitres pourront juger sur les pieces et mémoires qui leur seront remis, sans aucune formalité de justice, nonobstant l’absence de quelqu’une des parties.”

10. Ocupémonos de los supuestos en los que Las Ordenanzas de Bilbao adoptan soluciones diferentes a las previstas en la *Ordonnance sur le commerce*.

Implican opciones distintas, en efecto, que se exija para la formalización de los contratos de compañía la escritura pública y ante notario (Bilbao, artículo 4), con exclusión de la escritura privada también admitida por la Ordenanza francesa (artículo 1), o que se determine como suficiente para conseguir la publicidad de las compañías que el “testimonio en relación de las escrituras” se deposite en el archivo del Consulado de Bilbao (artículo 5), imponiéndose en Francia que el extracto se fije en un tablón de anuncios para conocimiento del público (artículo 2).

El supuesto más claro proviene de la comparación de OSC. 7 y 8, con OCB. 13, siendo preciso tener presente el comienzo del artículo 1 del texto francés, en el que se distinguía la “société générale” de la “en commandite”.

OSC. 7: “Tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, en core qu’il n’y an ait qu’un qui ait signé, au cas qu’il ait signé pour la compagnie, et non autrement”.

*Legi e Costituzione di Sua Maestá* (Para el Piamonte y Saboya. Vittorio Amedeo II, a. 1723), 2, 17, 5 § 2: “Tutti gli associati saranno tenuti solidariamente per i debiti, ed oblighi de-

OCB. 13: “Todos los interesados en una compañía serán obligados a abonar, y llevar a debida ejecución, a pérdida o ganancia, cualesquiera negocios que cada compañero haga y ejecute en nom-

8: "Les associés en commandite, ne seront obligés que jusques à la concurrence de leur part".

lla società, quando anche questi fossero contratti da un solo di quelli, sotto il nome de'quali corre il negozio, mediante che gli abbia fatti, e sottoscritti a nome della società; ben'inteso però, che detta obbligazione solidaria s'intenderà indistinta rispetto a'suddetti, e ristretta alla sola porzione di fondo, che vi avranno i non nominati". (ed. Torino, 1727, tomo I, págs. 245 y 246.)<sup>10</sup>

bre de todos con otras personas y negociantes fuera de ella; saneando cada uno las pérdidas que puedan suceder, hasta en la cantidad del capital y ganancias en que fue interesado y resultaren del total de la compañía; entendiéndose que aquel, o aquellos, bajo de cuya firma corriere la compañía, estarán obligados, además del fondo y ganancias que en ella les pertenezca, con todo el resto de sus bienes, habidos y por haber, al saneamiento de todas las pérdidas, aunque estos tales, o alguno de ellos entrase sin poner caudal en dicha compañía".

Obsérvese el mayor parecido entre la ley bilbaína y la de Victorio Amadeo II, aunque este texto no haya prescindido del mejor término "solidariamente", para hacer referencia a una determinada forma de responsabilidad, parecido que ya fue señalado por Carlos Petit, que halló e identificó el texto italiano, sin que se sepa la causa de la relación que en este punto guardan ambos textos, habida cuenta de la inexistencia casi total, recordada por dicho autor, de comerciantes italianos en el Bilbao de 1700, sobre la base de la obra de M. Mauleón.<sup>11</sup>

Contra el artículo 13 de OCB. protestaron como es sabido algunos comerciantes extranjeros establecidos en Bilbao, argumentando que había omitido, "por descuido, o falta de inteligencia, la distinción de compañías en todas sus especies y ciñéndose únicamente a las generales". La queja y la oposición de estos comerciantes se orientan no contra el hecho de que si bien existen varios "géneros de compañías", lo que así reconocen las OCB. 2, pero "siendo las compañías más frecuentes en el comercio, aquellas generales, que usan y practican muchos de sus individuos" (OCB. 3), se dedique por estas Ordenanzas una mayor atención a las generales, sino contra el hecho de que se prescinda totalmente de regular los otros géneros.

Ahora bien, además de esto, lo que hay que subrayar es que en OCB. 13, y de ello se dieron cuenta los comerciantes extranjeros, el mismo tipo de compañía general queda desdibujado al posibilitar en ella una

<sup>10</sup> C. PETIT, *La compañía*, cit., pp. 203 y 204. nota 113 bis, toma el texto de D. A. AZUNI, *Dizionario... della Giurisprudenza Mercantile*, IV (Niza, 1788), pág. 150.

<sup>11</sup> M. MAULFON, *La población de Bilbao en el siglo XVIII* (Valladolid, 1961).

duplicidad de socios, contraria a lo que por compañía general habían entendido las Ordenanzas francesas y la propia práctica bilbaína, salvo excepciones, duplicidad de socios que era típica de las compañías comanditarias, de las que se habla en OSC. 1, regulándose en el artículo 8 la responsabilidad de la clase de socios llamados comanditarios.

En las Ordenanzas del Consulado de Bilbao no existen diversos géneros de compañías. Sólo se regula una compañía, la llamada "general", con libertad de pactos entre los socios, que genera la posibilidad de que aquellos "bajo de cuya firma [no] corriera la compañía", respondan limitadamente, con el capital aportado y las ganancias obtenidas. La redacción del artículo 13 de OCB. resulta tan desafortunada que, si se prescinde de la práctica mercantil bilbaína, estudiada por Carlos Petit, se podría llegar a afirmar que las compañías más frecuentes en Bilbao eran precisamente las comanditarias, aunque se las califique de generales. El mismo juicio puede aplicarse a la ley italiana, con dos salvedades, que conviene reseñar. Una, que dicha ley no incide en la incoherencia bilbaína de declarar que existen diversos géneros de sociedades, para regular luego tan sólo uno de ellos, refundiendo en él elementos procedentes de los otros; en la ley de Victorio Amadeo II se parte de la base de que solamente hay un tipo de compañía "de'negozianti e mercanti". La otra se desprende de la redacción del texto, en cuanto que lo normal en esa compañía de negociantes y comerciantes era la existencia de socios generales.

11. En otro orden de cosas se advierte, desde el punto de vista del uso de la terminología jurídica, propia del Derecho de obligaciones o del de sociedades, que el texto bilbaíno vulgariza la empleada por el francés:

OCB. 5 habla de "testimonio en relación de las escrituras", frente al término "extracto", más preciso, de OSC. 2, y de "poner en manos del prior y cónsules" dicho testimonio, mientras que el texto francés señala que el extracto ha de ser registrado.

OCB. 13 no utiliza el término "solidairement" de OSC. 7, y del texto piamontés-saboyano, sustituyéndolo por paráfrasis: "saneando cada uno las pérdidas", "aquél o aquéllos estarán obligados... al saneamiento de todas las pérdidas".

Y OCB. 16 habla del juicio de "personas prácticas", en vez del mejor vocablo "arbitres" de OSC. 9 a 12.

12. Al elaborar estas páginas se ha querido llamar la atención sobre la necesidad de replantear el tema de las relaciones entre las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 y la *Ordonnance sur le commerce* de 1673, que se inserta dentro del más amplio referente a las fuentes del texto bilbaíno.

Utilizando la comparación textual de los artículos que en uno y otro texto regulan la compañía mercantil, se pueden establecer las conclusiones que siguen:

- a) OCB. no acoge literalmente ningún artículo de OSC.
- b) OCB. es un texto más casuístico —pretendiendo una mayor amplitud— que el francés.

c) OCB. ha prescindido en ocasiones de señalar los efectos que habrían de desprenderse de los principios jurídicos u obligaciones que establece, como se comprueba a tenor del contenido de los artículos 2, 4, 6 y 13 de OSC., ocupándose de precisarlos —lo que no ocurre en el texto francés— tan sólo en una ocasión (artículo 16 de OCB., sobre el cumplimiento de la obligación de acudir a los árbitros).

d) Con independencia de los artículos bilbaínos que no encuentran paralelo en OSC., de los que de este texto se ha prescindido, y de los que en OCB. resultan ampliados o simplificados, sin olvidar las alteraciones en el orden de colocación de algunos otros, el orden que se adopta por OCB. en el desarrollo global de las cuestiones es el mismo que el de OSC: requisitos formales (escritura, entrega del testimonio de la escritura al prior y cónsules, depósito en el archivo del Consulado), responsabilidad de los socios, arbitraje.

e) La cuestión básica del contrato que nos ocupa, géneros de compañías y responsabilidad de los socios, no ha alcanzado un mejor tratamiento en OCB. que en OSC., sobre todo teniendo en cuenta la fecha de redacción de ambos textos.

f) Puntualmente la terminología jurídica que OCB. emplea es menos depurada que la de OSC.

g) En base a las anteriores conclusiones, pensamos que la opinión, de las hasta ahora sostenidas sobre el objeto de este trabajo, que más se acerca a la realidad, es la que mantuvo el referido alegante en un pleito sobre nulidad de un seguro marítimo. A su juicio, que comparamos. las Ordenanzas de Luis XIV se tuvieron presentes al redactar las de Bilbao de 1737.

h) Se debe tener en cuenta la posibilidad de que otras leyes europeas de índole mercantil, y no sólo las francesas, también fueran conocidas y utilizadas por los redactores de las bilbaínas, como es el caso de la inserta en las *Legi e Costituzioni di Sua Maestá Vittorio Amadeo II* (a. 1723).

i) Hay que recordar finalmente que el Consulado de Bilbao, en la defensa que hizo de sus Ordenanzas, admitió la conformidad de éstas con las leyes del reino de Castilla.

En este sentido, y ciñéndonos a las leyes reales, como quieren los redactores de las Ordenanzas, dichas leyes nos ofrecen soluciones en materia de forma, responsabilidad, arbitraje, y sobre las relaciones entre el heredero del socio premuerto y los sobrevivientes, que interesa referir para comprobar que ciertamente existía esa conformidad.

Sobre la forma de los contratos de compañía, el Derecho castellano para las Indias había recogido el uso de la escritura, al ocuparse, en las Ordenanzas del Consulado de Lima, de 30 de marzo de 1627, de los "factores o compañeros que en esta ciudad asentaren e hicieren sus escrituras de factoría o compañía con los vecinos de ella..."<sup>12</sup>

En el tema de responsabilidad, la legislación castellana poseía un concepto preciso de lo que debía entenderse por obligación solidaria, y de cuáles eran sus efectos, utilizando incluso el término *in solidum*, no recogido como ha quedado dicho en las Ordenanzas de Bilbao.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Ed. de Oscar Malca Olgún, en "Revista del Archivo Nacional del Perú", entrega 11, julio-diciembre, 1956, pág. 294.

<sup>13</sup> Nueva Recopilación, 5, 16, 1

(= *Novísima Recopilación*, 10, 1, 10) Enrique IV, Madrid, 1458. "Establecemos, que si dos personas se obligaren simplemente por contrato o en otra manera alguna para hacer y cumplir algu

Con respecto al arbitraje, las Partidas 5, 10, 5 admiten que la cuota que en las ganancias o en las pérdidas haya de corresponder a cada socio, se determine por el "albedrío" de un tercero, que, en caso de entenderse contrario a la equidad, puede ser rechazado por los socios, que solicitarían un nuevo laudo de otros "omes buenos".<sup>14</sup>

Y, en fin, en las Partidas 5, 10, 17 se halla previsto el principio en cuya virtud el heredero del socio se subroga en el lugar de éste,<sup>15</sup> con respecto a los negocios en los que ha intervenido su causante en cuanto socio.<sup>16</sup>

*La influencia del Derecho francés en el Derecho mercantil de Castilla y de América en el siglo XVIII: el capítulo X de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 y el título IV de la Ordonnance sur le Commerce de 1673.*

*Primero.*

OSC. 6: "Les sociétés n'auront effet à l'égard des associés, leurs veuves et héritiers, créanciers et ayans-cause, que du jour qu'elles auront été registrées, et publiées au greffe du domicile de tous les contractans, et du lieu où ils auront magasin".

na cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligado cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dijere, que cada uno sea obligado *in solidum*, o entre sí en otra manera fuere convenido e igualado, y esto no embarcante cualesquier leyes del Derecho común que contra esto hablan; y esto sea guardado en los contratos pasados como en los por venir".

<sup>14</sup> *Partidas*, 5, 10, 5: "...Otro si dezimos, que si algunos fiziesse pleyto en su compañía, desta guisa; que cada uno dellos ouiesse tanta parte en la ganancia, o en la perdida, quanta dixesse alguno otro que nombrassen; e aquel que señalassen para esto, fiziesse las partes guisadas, e derechas, deuen estar por su aluedrío. Mas si las fiziere desaguisadas, como si mandasse tomar mayor parte al uno, que al otro, en las ganancias, o en las perdidas, non mostrando alguna derecha razon por que lo mandaua, estonce non valdria el aluedrío; ante dezimos, que deue ser endeñado por aluedrío de omes buenos. que caten, si alguno dellos meresse ma-

yor parte, por ser mas sabidor, o por lleuar mayor trabajo segund diximos en la ley ante desta. E si fallaren que es assi, deungela dar segund entendieren que es guisado; e si non, manden que lo partan igualmente"; cfr. A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje. Estudio histórico-jurídico* (Sevilla, 1981), pp. 145 y 146.

<sup>15</sup> *Partidas*, 5, 10, 17: "...Ca como quier que el heredero non puede entrar en la compañía, en lugar del compañero que finco; con todo esso, en tales casos como estos, o en demanda, si la ouiesse un compañero con el otro por razon de la compañía, tenuto es el heredero, de responder, o de pagar, o de recibir, en lugar de aquel cuyos eran los bienes que heredo, a el, e a los herederos de su compañero".

<sup>16</sup> Para todo lo que se acaba de exponer, ver José MARTINEZ GIJON, *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737, Legislación y doctrina* (Sevilla, 1979), pp. 83-85, 184, 185, 155-157 y 257.

*Segundo.*

OSC. 14: "Tout ce que dessus aura lieu à l'égard des veuves, héritiers, et ayans-cause des associés".

OCB. 9: "Si durante dicha compañía faltare algún compañero de ella (por cualquiera de las causas arriba expresadas) la viuda, hijos y herederos de él serán obligados: a estar y a pasar por lo obrado en ella, hasta el tiempo de la muerte, o ausencia de la persona a quien representaren, y a las contingencias que de los negocios pendientes, que quedaron al tiempo de la muerte, o ausencia de su constituyente, puedan acaecer, por lo respectivo a la prorrata de su interés, y no más; mediante las justificadas cuentas que de todo le deberán dar los demás compañeros: Y si éstos, y la tal viuda, y herederos quisieren proseguir la misma compañía, debajo de los mismos pactos, u otros (según les convenga), deberán otorgar para ello con la debida expresión y claridad nueva escritura en su razón, para la mayor seguridad entre sí, y noticia precisa de sus correspondientes".

*Tercero.*

OSC. 1: "Toute société générale ou en commandite, sera rédigée par écrit, ou par-devant notaires, ou sous signature privée...".

7: "Tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie, et non autrement".

8: "Les associés en commandite, ne seront obligés que jusques à la concurrence de leur part".

OCB. 13: "Todos los interesados en una compañía serán obligados a abonar, y llevar a debida ejecución, a pérdida o ganancia, cualesquiera negocios que cada compañero haga, y ejecute en nombre de todos con otras personas, y negociantes fuera de ella; saneando cada uno las pérdidas que puedan suceder, hasta en la cantidad del capital, y ganancias en que fue interesado, y resultaren del total de la compañía; entendiéndose que aquel, o aquellos, bajo de cuya firma corriere la compañía, estarán obligados, además del fondo, y ganancias que en ella les pertenezca, con todo el resto de sus bienes, habidos y por haber, al saneamiento de todas las pérdidas, aunque estos tales, o alguno de ellos, entrase sin poner caudal en dicha compañía".

*Legi e Costituzioni di Sua Maestà* (Para el Piamonte y Saboya. Vittorio Amedeo II, a. 1723), 2, 17, 5 § 2: "Tutti gli associati saranno tenuti

solidariamente per i debiti, ed oblighi della società, quando anche questi fossero contratti da un solo di quelli, sotto il nome de' quali corre il negozio, mediante che gli abbia fatti, e sottoscritti a nome della società; ben'inteso però, che detta obbligazione solidaria s'intenderà indistinta rispetto a' suddetti, e ristretta alla sola porzione di fondo, che vi avranno i non nominati" (ed. Torino, 1727, tomo I, págs. 245 y 246).