Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Disertaciones sobre el Contrato de Sociedad y la Personalidad Moral en el Derecho Romano

A la memoria de mi inolvidable hermano el señor don Fernando Cervantes Rendón.

EL CONTRATO DE SOCIEDAD EN DERECHO ROMANO

Dos instituciones jurídicas sirven de base a la estructuración moderna de las sociedades mercantiles: el contrato de sociedad y la noción de la personalidad moral. Ambas instituciones tienen su origen en primitivas asociaciones religiosas de la antigua Roma. El contrato de sociedad, bajo la forma de comunidad contractual, aparece por primera vez en el "consortium"; la noción de personalidad moral en el "collegium".

CONSORTIUM. SOCIETAS OMNIUM BONORUM. TOTORUM BONORUM. UNIVERSARUM BONORUM. UNIVERSARUM FORTUNARUM. SOCIEDAD FAMILIAR.

La gens no fué otra cosa que la familia patriarcal ya establecida al lado de otras familias de la misma índole en el seno de la ciudad. La gens no conoce en sus orígenes el derecho de propiedad individual; entre los gentiles todo es común. La gens es una institución religiosa

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en la que todos practican el culto de los mismos dioses manes, *sacra gentilitia,* y es a la vez una institución aristocrática: el patricio en la Roma primitiva vivía dentro de la gens, DURUY llama a la gens una familia política,[1] VON IHERING dice que la gens es una familia en grande y un Estado en pequeño.[2]

Una revolución popular acabó con la organización aristocrático-patriarcal de la *gens*, tal cual nuestra Guerra de Reforma acabó con las asociaciones de la mano muerta.[3] La gens primitiva, en el decurso de los tiempos, llegó a ser considerada y perseguida como un instrumento de opresión de las clases bajas, y sobre todo, como un grave peligro para la unidad y autoridad del Estado. Como consecuencia de esta revolución, la familia romana sufrió una transformación que la dejó reducida a los agnados. *Communi jure familiam dicimus,* enseña ULPIANO, *omnium agnatorum.*[4]

La tradición y la necesidad de conservar el lustre de las familias patricias, por una parte, y por la otra, la de mantener la cifra patrimonial en los registros del censo, base del ejercicio de los derechos ciudadanos en la Roma antigua, determinaron que los herederos de un mismo padre, en lugar de dividirse el acervo hereditario, lo mantuvieran pro-indiviso entre ellos; y no sólo esto, sino que introdujeron a la comunidad familiar todas las adquisiciones que sus miembros hicieren en lo futuro por cualquier título. En esta forma la comunidad entre los herederos (agnados) no se limitó a los bienes hereditarios, sino que se la hizo extensiva a todos los bienes, sean cuales fueren; pero con esta modificación que a partir de entonces, la comunidad ya no existe independientemente de la voluntad de los herederos, por el sólo hecho de

1 **Histoire Romain.**

2 **Geist des römischen Rechts.** Tomo I, pág. 183.

3 "Se sobreentiende que la condición para la disolución de la gens romana como para la de la gens latina, fué la deserción de los clientes. Pero este hecho que para esta última ha sido la consecuencia de la conquista, se ha producido en Roma en el curso y a favor de una lucha encarnizada en la que los clientes no podían finalmente dejar de hacer causa común con sus aliados naturales, los plebeyos." BLOCH. **La Republique Romain,** cap. II, Nº 2, pág. 37.

4 D. 50.16. De V. S. 195.2. "Se llama familia, conforme al derecho común, a la reunión de todos los agnados; porque aun cuando a la muerte del padre de familia cada uno de ellos forma una familia diferente, sin embargo, como todos estaban bajo la potestad de uno solo, serán considerados como de la misma familia de éste, puesto que provienen de la misma casa y de la misma gens."

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ser partícipes en la misma sucesión, sino por su consentimiento, transformándose de esta suerte la comunidad familiar hereditaria en una comunidad o copropiedad contractual.

Como bajo esta forma la gens hubiera podido renacer en el correr de los años; para evitarlo y como una conquista de la revolución popular a que antes hicimos referencia, se crearon en el derecho romano, varias instituciones al efecto. Primeramente se introdujo la *actio familiae erciscundae,* que mencionan las Leyes de las XII Tablas, irrenunciable, de orden público, y por virtud de la cual, ningún heredero podía ser obligado a continuar en la indivisión indefinidamente, ni aun siquiera por pacto expreso.[5] La *actio familiae erciscundae* fué, pues, un ataque a la propiedad comunal de la familia quiritaria, que a causa de esta acción ya no se pudo perpetuar en Roma, y ni siquiera pudieron surgir los mayorazgos y la primogenitura, porque a la muerte del paterfamilias sus hijos devenían *sui juris;* cada uno de ellos recibía su hijuela y fundaba su propia familia, *heredes sui singulas familias incipiunt habere,* inaugurándose así en el orden doméstico el advenimiento de la propiedad privada individual, y en el orden social la realización completa de la personalidad jurídica del individuo.[6] Se instituyó también la *actio communi dividundo* que tuvo por objeto atacar todo género de comunidad; pues por medio de esta acción todo comunero podía pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común y se consideraba nulo todo pacto que tuviera por objeto despojarlo del derecho de pedirla.[7] Se creó igualmente la *actio finium regundorum* destinada a destruir las comunidades agrícolas, y que probablemente se extendió después a los predios urbanos, para fijar los límites entre las propiedades. Estas tres acciones son las más antiguas del derecho romano.

La copropiedad voluntaria creada entre los agnados por convención con el propósito de establecer entre ellos una comunión de todos sus bienes presentes y futuros se llamó *consortium,* vocablo que en sus orígenes únicamente comprendía el patrimonio o herencia indivisa *patrimonio vel hereditate non divisa,* dice SERVIO; pero que después se extendió a la comunidad convencional de todos los bienes presentes y

5 Gayo. D. 10.2. fam. erc. 1.

6 La noción de personalidad moral es una concepción del derecho privado romano; la noción de ciudadanía es una creación del derecho público de Grecia.

7 D. Com. div. 14.2.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

futuros como lo indica un pasaje de AULO GELIO.[8] El *consortium* en esta última forma, recibió en el orden jurídico el nombre de *societas omnium bonorum, societas universarum fortunarum, societas totorum bonorum.*

También bajo esta nueva forma fué atacada la comunidad patrimonial y para que no pudiese ser perpetua, se instituyó que la sociedad termina *ex voluntate,* por la sola voluntad de cualquiera de los socios, se hirió de nulidad todo pacto que tuviera por objeto que la sociedad continuase con el heredero del socio muerto,[9] y se estableció que por sociedad perpetua se entiende aquella que se limita a la vida de los socios *Societas coiri potest, vel in perpetuum, id est, dum vivunt.* Pero todas estas prohibiciones solamente tuvieron lugar en tanto cuanto se tratase de comunidades que pudieran constituir un peligro de renacimiento de la gens, esto es, cuando aspiraran a la perpetuidad: *Nulla societas in aeternum coitio est.*[10] Pero cuando ese peligro no existía era permitido contraerla por largo tiempo, hasta por toda la vida, como acabamos de indicarlo; y en las sociedades *vectigales,* en las cuales no había riesgo ninguno de renacimiento de la gens, nada se oponía a que la sociedad continuase con el heredero.[11] También se permitía que se pactara que la división de la cosa común no tendría lugar dentro de cierto tiempo.[12]

Estos antecedentes históricos nos permiten precisar el carácter jurídico de la *societas omnium bonorum.* Esta sociedad abarcaba todos los bienes presentes y futuros de todos los socios. Comprendía todo lo que adquirieran por herencia, legado, donación o por cualquier otro título legal.[13] Fué en sus orígenes una sociedad familiar, quiritaria, propia exclusivamente de los ciudadanos romanos, como lo prueba una frase de GAYO en el pergamino del Cairo, agrícola, tendente a mantener en el seno de la familia la propiedad comunal y las instituciones jurídicas y religiosas propias de la gens. Tipo de esta sociedad son los *16*

8 **Quod quisque familiae pecuniaeque habebat in medium dabat et coibatur societas inseparabilis tamquam fuit illud antiquum consortium quod jure atque verbo Romano appellabatur ercto non cito.** Noct. Att. 1.9.12.

9 D. 17.2.35.

10 D. 17.2.1.

11 D. 17.2.65.9.

12 D. 10.3.14.2.

13 D. 17.3.73.—D. 17.2.3.1.—D. 17.2.52.16.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Aelii de que habla PLUTARCO: *Sexdecim Aelii fuerunt quibus una domuncula erat et unus in agro veiente fundus,*[14] cultivando en común el campo paterno, viviendo bajo el mismo techo y comiendo del mismo ganado. Absorbe toda la personalidad jurídica patrimonial del individuo, puesto que le deja sin propiedad individual, y mutila por lo mismo gran parte de su personalidad jurídica. El fin de esta sociedad no es realizar utilidades y partírselas los socios entre sí, sino vivir en común, crear y mantener voluntariamente una comunidad patrimonial.[15] En este sentido y con relación a este tipo de sociedad nos parece enteramente exacta la definición de TRUMPLER: *El contrato de sociedad en Derecho Romano es el contrato por el cual los contrayentes se obligan, mediante recíprocas aportaciones, a crear una comunidad.*[16] La *societas universorum bonorum* es, pues, la primera forma de sociedad aparecida en el Derecho Romano, y ocupa un lugar intermedio entre la simple copropiedad y la sociedad contractual de fines lucrativos. Ella dió origen a una nueva figura jurídica y a una serie de normas legales destinadas a regirla.

La nueva figura jurídica es la *societas,* o sea el contrato de sociedad. Sabido es que los romanos conocieron los contratos específicos, en su estructura peculiar, como verdaderos tipos o moldes jurídicos; pero no se preocuparon del contrato en abstracto, y de esta suerte, nos legaron una multitud de contratos especiales o concretos con sus normas reguladoras respectivas; pero no elaboraron, ni recibimos de ellos una teoría general de los contratos.

Las principales normas jurídicas destinadas a regir este contrato específico de sociedad, esto es, la *societas universorum bonorum,* fueron las siguientes:

1. El *animus societatis contrahendae* o *affectio societatis* es erigido en criterio fundamental de distinción entre la copropiedad y la sociedad. Como esta sociedad no es más que una comunidad contractual, los jurisconsultos romanos señalaron como signo característico de la sociedad la intención de formarla. Así es como la comunidad hereditaria, mediante el *animus societas,* se llegó a transformar en sociedad. *Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est; cum sine tractatu,*

14 AEMIL PAULUS. 5. VALERIUS MAXIMUS 4.4.8.
15 EMIL HEFELE. **Entwicklung der Lehre von der Societät,** pág. 89.
16 **Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen,** pág. 12.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

in re ipsa, et negotium communiter gestum videtur.[17] CICERÓN denota la derivación familiar hereditaria de la sociedad diciendo que es hermana gemela de la herencia. *Similima et maxima gemina societas hereditatis est.*[18]

2. Como luego veremos, la sociedad universal de todos los bienes tuvo en sus orígenes el carácter de un contrato real; pero como ella comprendía todo lo que los socios adquirieren en lo futuro, y por lo mismo, resultaba sumamente incómodo hacer en cada caso la tradición de las nuevas adquisiciones de los socios, con las formalidades del derecho, los juristas se vieron en la necesidad de flexionar el rigor de los principios, y establecieron la regla, que nos conserva el *Digesto* 17.2.1 y 2, conforme a la cual las aportaciones se comunican continuamente entre los socios sin necesidad de tradición, pues ésta se presume. "En la sociedad de todos los bienes, todas las cosas de los contratantes se hacen comunes inmediatamente; porque aunque especialmente no intervenga tradición, con todo se cree que tácitamente interviene". Por supuesto que esa tradición tácita o presunta no es más que una ficción de los jurisconsultos para armonizar el derecho, con la realidad de los hechos; pero lo más importante, es que esta regla constituye el primer impulso de una evolución que transformará más tarde el contrato de sociedad en meramente consensual y lo colocará al lado de los demás contratos de derecho de gentes.

3. La principal norma reguladora de las relaciones entre los socios no es de carácter venal, sino familiar: es el *jus fraternitatis,* la fraternidad o sea la igualdad; pues no es una sociedad entre extraños, sino entre miembros de una misma familia, generalmente entre hermanos. *Societas quodammodo jus fraternitatis in se habet,* dice SABINO, D. 17.2.63, refiriéndose a la *societas omium bonorum.*

En consecuencia, los derechos de todos los socios en el fondo social son iguales, aun cuando sus aportaciones sean desiguales. Todos los gastos personales y aun los personalísimos de los socios, por ejemplo, la dote de una hija, son carga del fondo social; sin más excepción que las condenas penales justas, pero no las injustas. D. 17.2.52.18.

4. Como consecuencia también del *jus fraternitatis,* los socios en la ejecución de sus obligaciones entre sí, responden únicamente de la

17 D. 17.2.32.
18 Pro Roscio comoedo. 18.55.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

culpa levis in concreto, esto es, por no poner en la gestión de los negocios sociales la misma diligencia que acostumbran poner en los suyos propios, *diligentiam quam suis;* y no pueden ser condenados sino dentro de la medida de sus capacidades: *in quantum facere potest.*

5. A causa igualmente del carácter fraternal del vínculo social, los socios gozan del *beneficium competenciae,* en virtud del cual, ciertos deudores tienen el derecho de conservar con qué proveer a sus necesidades, debiendo contentarse el acreedor con el resto de los bienes de su deudor. Este beneficio de competencia tenía lugar entre padres e hijos, entre hermanos, entre consortes, y se hizo extensivo a los socios en la *societas omnium bonorum,* precisamente porque en sus orígenes esta sociedad sólo tenía lugar entre miembros de una misma familia.

6. Nace en el seno de esta sociedad la *actio pro socio,* que es la acción propia para hacer valer los derechos emanados del contrato de sociedad. Pero subsiste al lado de ella y como enteramente distinta, la *actio communi dividundo,* que es la acción propia de la comunidad y sirve para disolver la comunión social. El estudio de la evolución de la *actio pro socio* es de la más alta importancia, porque la historia de esta acción es la historia del contrato de sociedad en el Derecho Romano.

LA SOCIETAS OMNIUM BONORUM QUAE EX QUAESTU VENIUNT. LOS COLLIBERTI

Roma en sus primeros años no tuvo más que dos clases sociales: patricios y plebeyos. El patricio vivía dentro de la *gens,* y trató de mantener el recuerdo y las tendencias de ella viviendo en el seno de la *societas omnium bonorum,* mucho tiempo después de que la *gens* había desaparecido. El plebeyo vivía dentro del *collegium* como más tarde veremos. El patricio era terrateniente, su labor predilecta y aristocrática era la agricultura; desdeñaba como viles la pequeña industria, el pequeño comercio y los oficios manuales. La plebe agrupada en gremios o colegios se ocupaba de la industria manufacturera.

Bien pronto surgió un tercer elemento social: el liberto. El esclavo privado de bienes, de derechos, de capacidad jurídica, no fué una persona, ni un elemento social; sino una cosa, un instrumento de producción dentro de la familia patricia. ARISTÓTELES describe concisamente la situación del esclavo en el mundo antiguo, cuando dice que el buey es el esclavo del hombre pobre. Pero el esclavo manumitido se convertía

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en liberto, y el dueño manumitente se convertía en patrono. Mientras existió la *gens* el liberto quedaba vinculado a ella política, religiosa, civil y jurídicamente. Disuelta la *gens,* el patrono y sus hijos conservaban sobre el liberto esa supremacía; pero sin que se hiciera extensiva a los descendientes de éste. Los libertos llevaban el nombre del patrono, participaban en el culto privado de éste, le prestaban ciertos servicios personales, le tenían por heredero presunto y eran sepultados en la misma tumba de la familia.[19] Los libertos eran pobres; en realidad sólo contaban con su trabajo o industria. En estas condiciones se comprende que los libertos de un mismo patrono, los *colliberti,* o de varios patronos, se unieran entre sí para explotar lo único que verdaderamente tenían, esto es, su trabajo personal y obtener por este medio con qué poder subsistir. El objeto de los *colliberti* al asociarse no fué propiamente lucrar, sino vivir. Pero como entonces no había nacido aún, ni en el comercio, ni en la legislación de Roma la sociedad particular, ni mucho menos la sociedad mercantil, y no tenían a la vista otro tipo de sociedad que la *societas universarum fortunarum,* natural es que copiaran ese tipo de sociedad y a semejanza de ella formaran la sociedad universal, ya no de todos los bienes, sino únicamente de todos los productos o ganancias que obtuvieran por medio de la explotación en común de su industria o trabajo, o sea la *societas universorum quae ex quaestu veniunt.* La palabra *quaestus* denota todo lo que se adquiere por medio del trabajo: *quae ex opera cujusque descendit.* D.17.2.8.

Así nació este tipo de sociedad dentro del cual se inicia el trascendental fenómeno jurídico de la separación de patrimonios; puesto que al lado del patrimonio personal de cada uno de los socios se forma un patrimonio común. Y así, por ejemplo, no entran en la sociedad, sino que quedan dentro del patrimonio personal del socio, los bienes que adquiera por herencia o legado, D. 17.2.9.10 y 11, ni los créditos D. 17.2.12. Solamente que la creación del patrimonio común no se exterioriza, ni tiene efectos jurídicos respecto de terceros; sino únicamente respecto de los socios entre sí; pues respecto de los terceros no existe un patrimonio social, sino tantos patrimonios personales cuantos son los miembros de la sociedad.

Este tipo de sociedad, indudablemente nacido entre los *colliberti,* D. 17.2.71.1., fué a su vez adoptado entre miembros de una misma fa-

19 POISNEL. **Recherches sur les Sociétés Universelles chez les Romains, pág. 10.**

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

milia; pero ya con un aspecto lucrativo. PAPINIANO escribió en el libro III de las *Respuestas:* "Si unos hermanos conservan indiviso sus porciones en la sucesión de sus padres con la intención de dividirse la ganancia y la pérdida, las adquisiciones que han hecho en otros negocios no entran en la sociedad." D. 17.2.52.6 y 8.

Una vez creados estos dos tipos de sociedad universal: la *societas omnium bonorum* y la *societas omnium bonorum quae ex quaestu veniunt,* el Derecho Romano los conserva y los reglamenta, como dos figuras jurídicas, que tienen aplicación ya no solamente entre coherederos, ni entre *colliberti,* sino entre extraños cuando ellos encuentran conveniente a sus intereses asociarse bajo cualquiera de esas dos formas legales de sociedad.

La principal creación jurídica que debemos a este nuevo tipo de sociedad es la *aportación de industria.* Mientras en la *societas universorum bonorum* las aportaciones son en propiedad y se comunican continuamente entre los socios sin necesidad de tradición, en la *societas universorum quae ex quaestu veniunt* sólo se comunican entre los socios las adquisiciones que hicieren por medio de su trabajo. De esta suerte, "Si al celebrar la sociedad se pacta que se pondrán en común las ganancias y los provechos, *quaestus et lucri,* estas palabras deben entenderse únicamente respecto de las ganancias que se obtengan por medio de trabajo." D. 17.2.13., y en consecuencia, no entran en la sociedad, las adquisiciones que un socio hiciere por herencia o legado o donación *mortis causa.* D. 17. 2. 9., ni lo que se deba por un tercero a uno de los socios, a menos que el crédito provenga de ganancia que el socio haya obtenido por medio del trabajo. D. 17.2. 12.

Para concluir diremos que el derecho consideró este tipo de sociedad como el más favorable entre las sociedades universales, y en consecuencia, estableció el principio de que a menos de que expresamente se pacte una *societas universorum bonorum* que comprenda todos los bienes habidos y por haber de los socios, D. 17.2.3.1., se entiende siempre que se celebre una sociedad universal que es únicamente de ganancias, o sea una *societas universorum quae ex quaestu veniunt.* D. 17.2.7.

SOCIETAS ONERANDAE LIBERTATIS CAUSA. TEORIA DE LEIST.

LEIST descubre entre las instituciones esclavistas de la antigua Roma, no un simple tipo de sociedad como la *societas quaestus* de los

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

colliberti, sino el origen mismo del contrato de sociedad. En su concepto la *actio pro socio* y el contrato consensual de sociedad nacieron en Roma con la *societas onerandae libertatis causa,* a que hace referencia el pretor RUTILIUS en el libro 38 del *Digesto* 2.1 y 2., texto que en su redacción tiene de notable que la acción social no se denomina, como de ordinario, *actio pro socio,* sino *societatis actionem.* He aquí el texto:

"Este edicto ha sido introducido por el pretor con el propósito de moderar la extensión de los deberes de los libertos hacia sus patronos. Porque como lo hace notar SERVIO, antiguamente los patronos exigían de sus libertos cosas muy duras; pues no creían que un esclavo pudiera recompensarles suficientemente el beneficio tan importante que le habían hecho al concederle la libertad y colocarlo entre el número de los ciudadanos romanos. 1. El pretor RUTILIUS fué el primero en promulgar un edicto estatuyendo que no concedería al patrono contra su liberto otra acción que la de prestación de servicios *(operarum)* o la de una sociedad *(societatis actionem);* por ejemplo, si se hubiere convenido que en caso de negativa del liberto a cumplir con sus deberes hacia el patrono o de prestarle los servicios debidos, *ut nisi obsequium praestaret,* el patrono sería desde ese momento admitido como socio del manumiso. 3. Los pretores posteriores a RUTILIUS han prometido al patrono la sucesión pretoriana en los bienes del liberto hasta la concurrencia de porción determinada; porque a ejemplo de la antigua sociedad entre patrono y liberto, *imago societatis,* se ha establecido a título de herencia la misma prestación, de manera que el liberto a su muerte deje a su patrono, la misma porción de bienes que antiguamente se acostumbraba que diera en vida a título de sociedad." D. 38.2., initio 1 y 2.

A esta *actio societatis* del pretor RUTILIUS se asigna el siguiente origen. Los manumitentes al dar la libertad al esclavo acostumbraban imponerle una serie de condiciones y obligaciones en compensación, especialmente la prestación de servicios personales; y de esta suerte, con frecuencia se gravaba al liberto con la carga de dar a su patrono la mitad de los bienes que en lo futuro aquél adquiriese, o sea la *societas libertatis causa,* declarada nula por el derecho civil. *Labeo ait libertatis causa societatem inter libertum et patronum factan ipso jure nihil valere palam esse.* D. 38.1.36. No obstante esta nulidad, se acostumbraba mediante el juramento, darle una sanción religiosa; esta sociedad es enteramente distinta de la *societas onerandae libertatis causa,* de que habla el pretor RUTILIUS y la cual es de carácter penal. Puesto que no toda violación de las obligaciones impuestas por el patrono al liberto como

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

condición de la manumisión tenía por efecto legal hacerlo regresar al cautiverio, se estipulaba como pena de tales violaciones la *societas onerandae libertatis causa,* por virtud de la cual el liberto quedaba obligado a entregar la mitad de sus bienes al patrono a medida que los fuese adquiriendo. D. 44.5.1.5. Como las estipulaciones entre patrono y liberto, en el origen del derecho eran nulas, el patrono carecía de acción para hacer efectiva la *societas onerandae libertatis causa;* pero cuando de hecho lograba apoderarse de los bienes del manumiso, el pretor negaba a este último la protección legal. Para moderar estas estipulaciones penales y evitar su ejecución privada, el pretor concedió una acción al patrono para exigir el cumplimiento de las prestaciones prometidas bajo juramento por el esclavo o el liberto. D. 38.2.1. El pretor RUTILIUS fué más lejos y declaró que sólo sería admisible como compensación por el otorgamiento de la libertad, la prestación de servicios, y por lo tanto serían nulas todas las demás imposiciones de cualquiera clase que fueren especialmente la *societas libertatis causa.* Además, el mismo pretor declaró nula toda pena estipulada por la violación de los pactos hechos entre patrono y liberto con motivo del otorgamiento de la libertad, excepto la *societas onerandae libertatis causa,* a la cual dotó de la *actio societatis* para evitar las ejecuciones privadas, y al lado de esa acción otorgó también a los patronos una acción de prestación de servicios, *operarum.* Es en esta *societas onerandae libertatis causa* en donde ve LEIST, como antes indicamos, y no en el *consortium* o *societas universorum bonorum,* esto es, en la sociedad familiar el origen del contrato de sociedad; opinión que combaten otros eminentes romanistas.

TRUMPLER dice, en nuestro concepto con razón: "Ni la *societas libertatis causa,* ni la *societas onerandae libertatis causa* fueron consideradas por los romanos como verdaderos contratos de sociedad; pues les falta la característica de la bilateralidad de las obligaciones. La *actio pro socio* del edicto del pretor RUTILIUS nada tiene que hacer con el derecho romano en materia de sociedad. Fué solamente una etapa en la evolución la que vino a quitar de las manos del patrono el derecho de corrección sobre el liberto para poner ese derecho en manos del Estado y que fué más tarde substituído, por una parte, con un derecho de sucesión legítima del patrono en la herencia del liberto, y por otra, en estado posterior del derecho, con una acción penal introducida por la ley *Aelia Sentia:* la *ingrati accusatio.*" Op. cit., págs. 18 y 19.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ARNO es del mismo parecer que TRUMPLER: "LABEÓN dice que es bien sabido que la sociedad contraída por causa de libertad entre liberto y patrono no es válida ipso jure. Se debe en consecuencia entender que al decirse que el patrono *in societatem admittetur* no se denota otra cosa, sino que el patrono es admitido a la división de los bienes del liberto, si éste *obsequium non praestat*. Así pues, la *actio societatis*, de que aquí se habla no es *societatis actio*, no es el verdadero *societatis iudicium*, no es la verdadera *actio pro socio*, sino que es la acción que el pretor da contra el liberto, acción que tiene el carácter de pena, y en fuerza de la cual el liberto debe dividir su patrimonio con el patrono. La relación en consecuencia entre patrono y liberto, no tiene de sociedad más que el nombre y tomado todavía en un sentido enteramente metafórico: esa es justamente la feliz expresión de ULPIANO: *imago societatis*." (ARNO. *Il contratto di società*. Pág. 232.)

Sin embargo, romanistas tan eminentes como HUSCHKE, KARLOWA y GLÜCK consideran la *societas onerandae libertatis causa* como una verdadera sociedad provista de acción por el derecho civil, y SCHMIDT ve en ella una *societas* leonina válida.

La *actio societatis* del pretor RUTILIUS tiene de notable que es el testimonio documental más antiguo de la existencia de la *actio pro socio;* pues RUTILIUS fué cónsul en 105 A. J.[20] pero sin que por esto pueda afirmarse que haya sido el creador de dicha acción, la cual seguramente ya existía desde mucho tiempo atrás.

SOCIETAS QUAESTUARIA. LA POLITIO O SOCIEDAD AGRICOLA. ORIGEN DE LA SOCIEDAD CIVIL PARTICULAR. TEORIA DE PERNICE.

Piensa PERNICE que la *societas universorum bonorum*, por su naturaleza netamente familiar no puede ser la fuente de donde brotó la sociedad romana lucrativa, ni mucho menos pudo haber sido la causa generadora de las instituciones jurídicas que a esta última gobiernan, sino que su origen debe buscarse en un tipo de sociedad que persiga la realización de ganancias divisibles entre los socios.[21] Para PERNICE el origen de la sociedad romana lucrativa, *societas quaestuaria*, está en la

20 KRÜGER. **Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts.**
21 LABEO. 441-445.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

politio entendiendo por tal una estipulación recíproca, por virtud de la cual un terrateniente contrata con un perito agrónomo el cultivo de un terreno sobre la base de repartirse entre ellos los frutos que se obtengan.

TRUMPLER critica la teoría de PERNICE diciendo: "En la historia agraria romana de los más antiguos tiempos se encuentran contratos entre terratenientes y labriegos o trabajadores libres de los campos en que los primeros aportan el capital, los segundos trabajo y se dividen el producto entre ambos. La cuestión de saber si en estos negocios jurídicos ha de verse la forma original de las empresas sociales, debe ser resuelta negativamente, si se tiene en consideración que los romanos no han clasificado esas convenciones como contratos de sociedad. De la aparcería rural, muy generalizada en Italia, dice CATÓN en c. 137 *Vineam curandam partiario bene curat fundum, arbustum, agrum, frumentarium, partiario faenum et pabulum, quod bubus saties siet, qui illis sient, cetera omnis pro indiviso*. El parciario tenía que cultivar bien la tierra, recibía anticipadamente pasturas y forrajes para los bueyes de labranza. En lo demás *dominus* y *partiarius* devenían copropietarios de los frutos por partes iguales. Que la aparcería rural de los romanos fué considerada como un contrato de arrendamiento y no de sociedad, está establecido fuera de duda por una serie de testimonios. D. 19.2.25.6."[22]

Conviene notar que TRUMPLER estudia la *politio* de CATÓN mencionada en c. 136 *Politionum quo pacto (partiario) dari oporteat* y la considera no como aparcería *(partiario)*, sino como arrendamiento de obra *(locatio conductio operis)*. *Politio* para TRUMPLER significa el cultivo cuidadoso de la tierra. *Politiones agrorum cultus diligentes et polita omnia dicimus exculta et ad nitorem deducta. Nomus Marcellus*. S. 47. Y como aquí atendiendo a la naturaleza de la actividad de los trabajadores no es posible pagarles en frutos sus salarios, el *politor* en este sentido sólo puede ser un trabajador remunerado con dinero.

Existe, sin embargo, un texto del *Digesto:* 17.2.52.2., en el que CELSO expresamente considera la *politio* como sociedad y al *politor* como socio: "Se pregunta si el socio debe responder solamente de su dolo o también de su culpa: CELSO escribió así en el libro séptimo del *Digesto:* "Conviene que los socios respondan entre sí del dolo y de la culpa. Si de dos socios, uno promete aportar industria o trabajo; por ejemplo,

22 TRUMPLER. **Die Geschichte des römischen Gesellschaftsformen,** pág. 20

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

si se da a un perito agricultor un ganado para apacentarlo o un campo para cultivarlo, con el fin de dividirse los frutos, el socio que no ha aportado más que su industria o trabajo, es también responsable de su culpa, porque la industria o trabajo que ha prometido aportar forman parte del fondo social. Si un socio causa daño a la cosa común, el mismo jurisconsulto piensa que debe ser responsable de su culpa respecto de sus consocios."[23]

Para TRUMPLER tampoco este texto es decisivo: "Que también esta relación, dice, no fué considerada como un verdadero contrato de sociedad resulta de que los romanos, apartándose de los principios fundamentales del contrato de sociedad hacen responsable al socio industrial como si fuera un arrendador de trabajo *(locator operam)* esto es, no por la culpa en concreto, sino por la *culpa levis,* ciertamente con el fundamento de que el precio, la renta, consiste aquí en el producto del trabajo. El *politor* de CELSO es tal vez un buen administrador técnico *(villicus)*".[24]

Para hacer más claro este argumento de TRUMPLER diremos que el socio responde por su *culpa levis in concreto* o sea la que resulta de no haber puesto en la administración de los negocios sociales la misma diligencia que acostumbra poner en sus propios negocios *diligentia quam suis rebus adhibere solet;* mientras que el arrendador de obra *locatio conductio operis,* responde por la *culpa levis in abstracto* o sea por no haber puesto en el desempeño de su trabajo la diligencia de un buen padre de familia, esto es, de un buen administrador. GIRARD. *Droit Romain,* págs. 567 y 573. En consecuencia, si el socio respondiera únicamente de su dolo pero no de su culpa, es decir, de su negligencia, el argumento de TRUMPLER sería decisivo; pero cuando CELSO dice *Socios inter se dolum et culpam praestare oportet* no expresa de cuál culpa se trate, si de aquella en que se incurre por no poner la misma

23 **Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum** (KARLOWA dice **emolumentum** con razón, pues **velamentum** resulta sin sentido) **Quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.**

24 **Op. cit.,** pág. 22.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

diligencia que se acostumbra poner en los negocios propios, *Diligentia quam suis,* a la que los comentadores han dado el nombre de *culpa levis in concreto,* o de la diligencia que debe de poner un diligentísimo padre de familia, *Diligentiam quam debent homines frugi et diligentes praestare* de que habla ALFENUS VARUS D. 18.6.11 o *Talis diligentia . . . qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet,* como dice GAYO en D. 13.6.18, culpa que los intérpretes acostumbran llamar *culpa levis in abstracto;* y en estas condiciones, la culpa de que responde el socio conforme al texto que nos ocupa D. 17.2.52.2., no es ni puede ser la *culpa levis in abstracto,* sino la *culpa levis in concreto,* como lo demuestra un texto expreso de las *Instituciones* del Emperador JUSTINIANO. Efectivamente, fué muy discutido entre los jurisconsultos romanos si el socio responde únicamente del dolo o también de su culpa o negligencia. Los servianos, pensaron que el socio sólo responde de su dolo, pero no de su culpa; los mucianos, como CELSO, opinaron al contrario, que el socio responde no solamente de su dolo, sino también de su negligencia; pero únicamente de la *diligentia quam suis,* no de aquella *diligentia qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet.* Las *Instituciones* del Emperador JUSTINIANO nos conservan el recuerdo de estas discusiones y las soluciones que prevalecieron, en el siguiente pasaje: "Se ha preguntado, si a ejemplo del depositario, el socio perseguido por la *actio pro socio* responde respecto de su consocio únicamente por su dolo o también por su culpa, es decir, por su incuria o negligencia. Pero conforme a la opinión que ha prevalecido, es responsable también de su culpa. Sin embargo, la culpa no se aprecia aquí por comparación a la diligencia más exacta; basta, en efecto, que el socio ponga en los negocios comunes el cuidado que acostumbra poner en los suyos; porque aquél que se asocia a un hombre poco diligente no debe quejarse más que de sí mismo."[25]

El texto en que TRUMPLER parece fundar su opinión en el sentido de que quien se compromete a poner su trabajo en el cultivo de un campo con el fin de partirse los frutos con el dueño del fundo, o a cuidar un ganado ajeno con el proipo fin de partirse con el dueño los productos pecuarios, es otro en que el mismo CELSO D. 19.2.9.5., dice: CELSUS *etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit. Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse:*

25 Lib. III. tit. XXV. IX.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

quique ut artifex, inquit, conduxit. Pero en este texto sólo se habla de ganados y se trata expresamente de arrendamiento de obra o trabajo por un perito y que por lo mismo debe responder de su impericia, puesto que se contrató con él como experto.

ARNO define el *politor* diciendo que "es el perito agrónomo, dotado de tales conocimientos y aptitudes técnicas, que puede con su arte y con su obra dirigir ya sea el cultivo de un campo, ya sea la roturación de un terreno, ya sea cualquier trabajo de mejoramiento del fundo."[26] Y al comentar los textos de CELSO que nos ocupan, opina que si el contrato para el cultivo de un campo o para la cría de un ganado se celebró con un perito técnico es un contrato de sociedad; pero sí fué concluído con un simple labriego o con un pastor, es un contrato de arrendamiento de obra. Y en cuanto a que CELSO hace responsable al socio industrial no sólo de su dolo, sino también de su culpa, ARNO dice que siendo el *politor* un perito, no se trata más que de un caso de aplicación de la regla general que rige la responsabilidad de los expertos, enunciada por CELSO en el citado texto. D. 19.2.9.5.

Otro argumento de TRUMPLER consiste en que la relación de que se trata no puede retrotraerse a los tiempos de CATÓN; porque como lo enseña COLUMELA, los terratenientes de esa época cultivaban ellos mismos su propia tierra y la habitaban; argumento que nos convence; pero únicamente para demostrar que la *politio* no es suficientemente antigua, ni mucho menos anterior al *consortium,* para ver en ella el origen del contrato de sociedad; pero sí creemos, con PERNICE que la *politio* es una sociedad rural, tanto agrícola, como pecuaria, constitutiva de un nuevo tipo de *societas* contractual, netamente lucrativa, creada para subvenir a las necesidades de la agricultura. En este nuevo tipo de sociedad creemos encontrar el origen de la sociedad civil particular, aunque distinta de la sociedad mercantil, que en breve vamos a estudiar. Tiene además de notable esta sociedad rural que en ella vemos aparecer por la primera vez al socio industrial al lado del socio capitalista; fenómeno jurídico de la más alta importancia qué impresionó vivamente a los jurisconsultos romanos y puso a prueba su genio de jurisperitos. *Societatem uno pecuniam conferente alio operam possi contrahi magis obtinuit.* C. 4.37.1.

26 **Op. cit., pág. 95.**

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

SOCIETAS PUBLICANORUM. LA SOCIEDAD PARA LA EXPLOTACION DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Una triple revolución política, económica y administrativa hizo sentir en la antigua Roma la necesidad de crear un nuevo tipo de sociedad. La revolución política consistió en la caída de la monarquía y el advenimiento de la república; la revolución económica en el paso del estado meramente agrícola al industrial y mercantil, y la revolución administrativa en la substitución del sistema monárquico de proveer a los gastos públicos mediante la recaudación de contribuciones y la imposición de corvadas, por un modo indirecto de administración de los servicios públicos, de los bienes nacionales y de la recaudación de los impuestos, consistente en dejar en manos de particulares el desempeño de esos servicios mediante el otorgamiento de concesiones administrativas.

Estas concesiones fueron de los géneros más diversos y de la más variada importancia. Se otorgaban para las grandes empresas, tal cual lo fueron las grandes sociedades organizadas para el arrendamiento de los impuestos; las organizadas para el aprovisionamiento de los ejércitos, como esas tres sociedades de que habla TITO LIVIO organizadas para el abastecimiento de los ejércitos de SCIPIÓN en España; o para la explotación de las salinas o de las minas; y aun para pequeñas obras, como la pintura de las imágenes de los dioses *a censoribus imprimis Jovem miniandum locari,* o para la alimentación de los gansos del Capitolio *cibaris anserum censores in primis locant.*

La concesión se otorgaba al mejor postor, esto es, al que pagaba más, si se trataba de la explotación de un bien nacional o de la recaudación del impuesto, o al que cobraba menos si se trataba de ejecutar una obra de servicio público. Los que obtenían o explotaban una concesión administrativa se llamaban publicanos: *Et omnes qui a fisco conducunt, recte appellantur publicani.* D. 39.4.1.1. *Publicani autem sunt qui publico fruuntur.* D. 39.4.1.1. *Eum qui vectigal populi Romani conductum habet publicanum appellamus.* D. 50.16.16.

En tiempo de la República, los publicanos pertenecían a la clase de los caballeros, y tenían en sus manos las grandes empresas financieras y comerciales de la época. Los publicanos, aun dentro de la orden ecuestre, gozaban de una posición social eminente a causa de su riqueza. CICERÓN los llama "la flor de los caballeros romanos, el ornamento de la capital, las columnas del Estado" y con justa razón puesto que fueron

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ellos los que resolvieron los más graves y apremiantes problemas económicos y fiscales de Roma. Más tarde el arrendamiento de los vectigalia cayó en manos de libertos, sin escrúpulos y sórdidos, y es por esto que en los tiempos del Imperio la palabra publicano dejó de denotar un honor, para convertirse en un término despectivo.

Puesto que la concesión administrativa tenía que ser otorgada al mejor postor, únicamente podía ser otorgada a un solo individuo, el cual recibía el nombre de *manceps* y era el único obligado respecto del Estado. Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones el *manceps* tenía que dar al Estado cauciones personales llamadas *Praedes* quienes quedaban solidariamente obligados con el *manceps,* o bien garantías reales consistentes en el gravamen de algún predio o terreno, el cual era previamente valorizado por peritos. Esta garantía se llamaba *cautio praedes praediisque*. Los nombres del *manceps,* de los *praedes* y de los peritos valuadores eran inscritos en un registro público.

Como los concesionarios muchas veces carecían del capital necesario o no podían dar la garantía exigida o no querían correr ellos solos los riesgos de la empresa, buscaron en la sociedad el medio de solucionar estos problemas. Pero como el tipo de sociedad hasta entonces conocido y el único regulado por el derecho era la sociedad universal, la *societas universorum bonorum,* jurídicamente moldeado más bien en principios familiares que de carácter venal y por tanto, inadecuado para las empresas lucrativas, los hombres romanos de negocios crearon un nuevo tipo de sociedad, la *societas publicanorum,* sobre bases utilitarias, al cual vinieron posteriormente los jurisconsultos romanos a formularle o reconocerle normas jurídicas especialmente adecuadas a los fines pecuniarios de las empresas explotadoras de las concesiones administrativas.

LA SOCIETAS NEGOTIATIONIS ALICUIUS O SOCIEDAD MERCANTIL

El pequeño comercio y la pequeña industria necesitaban un molde jurídico de sociedad adecuado para sus empresas; pero como fuera de las sociedades universales, notoriamente inadecuadas para los fines mercantiles por su carácter familiar y sus normas jurídicas altruistas, no tenían a la vista otro tipo de sociedad particular que la *societas publicanorum,* copiaron esta forma y a semejanza de ella crearon la *societas negotiationis alicuius* o sociedad mercantil, que vamos a estudiar con algún detenimiento, porque dentro de ella se elaboraron por los nego-

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ciantes y los jurisconsultos, los principios jurídicos más importantes del contrato de sociedad, adaptados a la realización de fines lucrativos.

Definición.—Los romanos no nos legaron una definición del contrato de sociedad; todas las que conocemos en lengua latina son obra de los comentadores. FELICIO en su *Tractatus de Societate* trae una larga lista de esas antiguas definiciones y formula la suya en estos términos: *Dico igitur judicio meo, ita societatem definiri posse: Societas est contractus qui consensu, rebus vel operibus sive industria intervenientibus ad communem quaestum seu lucrum perficitur.* DONNELLUS dice: *Plurium rerum vel unius mutua communio inter aliquos consensus suscepta llucri inde in commune faciendi gratia.* La definición de VOET es esta: *Societas est contractus juris gentium super re honesta de lucri et damni communione.* La de NOODT es así: *Societas quae est contractus juris gentium, bonae fidei, constans consensu de lucro et damno communis rei aut operae inter socios communicando.* La más popular de todas fué la de Azo: *Societas est duorum pluriumve ob commodiorem usum et uberiorem quaestum rationabilis conventio.* LORD LINDLEY en su *Treatise of the Law of Partnership,* 9ª edición, pág. 11, nos ofrece una nutrida colección de definiciones modernas del contrato de sociedad.

La Naturaleza Jurídica de la Societas Negotiationis Alicuius.—La estructura jurídica de la *societas negotiationis alicuius* es tan sólo una etapa de una extensa e interesantísima evolución que arrancando de la *societas* romana primitiva se desenvuelve todavía hoy en los tiempos que vivimos.

La *societas* romana en sus más remotos orígenes, partiendo del *consortium,* fué un contrato real que requería para su existencia la formación previa o coetánea de una comunidad entre los contratantes; de tal suerte que para que la sociedad existiese era necesario que cada socio real y efectivamente hiciese la tradición de su aportación social. Es esta la *societas re* a que se refiere la ley 4, tit. II, lib. XVII del *Digesto;* y este carácter primordial de la *societas* romana nos explica por qué en la antigua Roma el contrato de sociedad es sinónimo de comunidad contractual, y por qué las palabras *societatem coire,* entrar en comunidad, han llegado a ser la expresión técnica de la celebración del contrato de sociedad. Crear una sociedad en estos antiquísimos tiempos fué, pues, o convertir en consensual una comunidad preexistente o crear una comunidad contractual; pues ya vimos que la finalidad de la *societas*

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

omnium bonorum no es la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, sino la vida en común. Es esta seguramente la sociedad a que se refiere GAYO en el pergamino del Cairo, cuando dice: "Hay otro género de sociedad propio de los ciudadanos romanos. Una vez muerto el padre de familia existía entre sus herederos una sociedad que era a la vez legítima y natural, la cual se llamaba *ercto non cito,* esto es, dominio indiviso: en efecto *erctum* es el dominio y es por esto que al propietario se le llama *erus;* de donde, *ciere* tiene el sentido de *dividere,* y así decimos *cedere* y *secare* y *dividere.*" [27]

Sin embargo, los glosadores y los antiguos comentadores no ven en las palabras *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est,* la enunciación de un contrato real de sociedad, formado mediante la tradición de las aportaciones; sino tan sólo mediante un consentimiento tácito. De esta misma opinión es el gran romanista ARNO, quien afirma que "la locución *coire verbis* denota la expresa manifestación de la voluntad, y la de *coire re* significa la manifestación tácita." [28]

TRUMPLER piensa, al contrario, que la *societas re* es un contrato real y es esta la opinión que nos convence, pues además de las razones históricas expuestas y del texto mismo de la Ley 4, tit. II, lib. XVII del *Digesto* existe la definición jurídica de las obligaciones *re* contenida en D. 44.7.52., conforme a la cual nos obligamos *re* cuando es necesaria la tradición de la cosa. *Re obligamur cum res ipsa intercedit;* por lo cual los contratos reales no se perfeccionan por el consentimiento tácito, ni siquiera por el expreso, sino únicamente por la tradición de la cosa.

Así pues, esta primera etapa evolutiva de la *societas* romana se caracteriza por la más completa predominancia del elemento real, o sea de la comunidad de bienes; el elemento consensual, es decir, el contrato, es meramente secundario, porque como ya lo hemos visto en esta primera etapa del derecho la misión de la *societas,* no fué la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, sino tan sólo servir de medio jurídico para mantener la unión patrimonial de la familia, ante la desaparición de la *gens.*

27 **"Est autem aliud genus societatis propium civium romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabantur ercto non cito, id est dominio non diviso: erctum enim dominium est, unde erur dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde cedere et secare et dividere dicimus."**

28 **Il Contrato di Società,** pág. 6.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La segunda etapa evolutiva de la *societas* romana se realiza cuando el contrato de sociedad se transforma de real en consensual; transformación debida a la diversidad de orígenes y naturaleza de la sociedad familiar *omnium bonorum* y de la sociedad mercantil *negotiationis alicuius,* creada para subvenir a las necesidades del comercio, y que por lo mismo ha debido ser puesta en consonancia con los usos mercantiles, que tienen como factor fundamental el crédito, y que por tanto en vez de exigir la tradición material de las aportaciones, considera suficiente la obligación personal de hacerlas. Efectivamente, la *societas omnium bonorum,* como ya lo hemos repetido, fué una creación del derecho civil romano, del derecho quiritario; mientras que la *societas negotiationis alicuius* fué una creación de los pretores, exigida por las necesidades del comercio romano, y fué erecta en contrato de derecho de gentes al lado de la venta, debido al carácter extranacional del comercio. Y de este modo GAYO en el citado papiro del Cairo nos enseña que: "Pero esta sociedad de la cual hablamos, esto es, de la que se contrae por el nudo consentimiento, es de derecho de gentes, y por consiguiente, puede tener lugar por razón natural entre todos los hombres." [29]

La *societas negotiationis alicuius* representa una segunda etapa evolutiva en la estructuración jurídica de la sociedad; y se caracteriza, porque dentro de ella ya no predomina el elemento *re,* ni el elemento *consensus* desempeña un papel secundario; sino que ambos entran por igual en la formación jurídica de la *societas;* o en otros términos, la *societas negotiationis alicuius* se forma mediante el concurso de dos instituciones jurídicas diversas: el contrato y la comunidad, y tiene por lo mismo como elementos constitutivos: un contrato de sociedad y una comunidad social.

La función del contrato es engendrar la sociedad; no puede haber sociedad sin contrato. El contrato es el único procedimiento jurídico apto para crear una sociedad. Ni el testamento, ni la prescripción son medios legalmente adecuados para constituirla.

Por otra parte, no puede haber sociedad sin comunidad; puesto que la sociedad requiere para su existencia, como luego veremos en detalle, que todo socio haga una aportación, necesariamente tiene que formarse una comunidad compuesta del conjunto de las aportaciones.

29 **Sed ea quidem societas de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.**

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Así constituída la *societas negotiationis alicuius* se singulariza por una separación completa de las dos instituciones jurídicas que la integran. El contrato y la comunidad corren paralelamente, una al lado de la otra, pero sin fundirse en una sola y nueva institución en el seno de la *societas;* de tal modo que cada uno de esos elementos componentes se rige por sus propias reglas: el contrato de sociedad por las normas de los contratos; la comunidad social, por las reglas de la comunidad; sin que exista un estatuto único que englobe y gobierne las relaciones jurídicas tanto reales, como personales que engendran entre los socios el contrato y la comunidad.

Procuraremos demostrarlo. El contrato de sociedad se rige por la *actio pro socio;* la comunidad social por la *actio communi dividundo.* D. 10.3.1.2.3 y 4.3. En la *societas* romana el contrato de sociedad engendra entre los socios derechos y obligaciones meramente personales, y esto determina que en su formación y en su existencia entre como condición principalísima el elemento personal, esto es, la consideración de la persona de los socios: *intuitu personae.* De ahí que toda variación en la personalidad jurídica de cualquiera de los socios, bien sea por la muerte, o por *capitis deminutio* o por insolvencia *(egestate)* D. 17.2.4.1., y que hasta el simple cambio de voluntad de cualquiera de ellos, *dissensus,* afecten la existencia misma de la sociedad D. 10.3.14.4., la cual no pasa a los herederos del socio muerto, ni es permitido a ningún socio enajenar su parte social, en forma tal que el adquirente quede substituído en el lugar del enajenante en calidad de asociado. Esto determina al propio tiempo el carácter meramente interno de la *societas romana.* Puesto que conforme a un principio general de derecho, los contratos solo engendran derechos y obligaciones entre quienes los otorgan, el contrato de sociedad en Roma sólo producía efectos jurídicos entre los socios, pero no respecto de terceros, para los cuales la *societas* era *res inter alios acta,* sin existencia alguna legal. El socio gestor o contratante obraba no a nombre de la sociedad, sino en su propio nombre personal, adquiría para sí en su propio nombre los derechos, D. 17.2.74, y en su propio nombre también quedaba obligado para con los terceros; los socios no quedaban personalmente obligados respecto de éstos por los contratos u operaciones concluídos por el socio gestor o contratante. La *societas romana* tuvo, pues, por este motivo el carácter de una sociedad oculta que sólo existía entre los socios; pero que no se exteriorizaba, ni producía efectos jurídicos respecto de terceros.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La comunidad social a la inversa, engendra entre los socios relaciones patrimoniales de carácter real.[30] Mientras el contrato de sociedad crea socios, la comunidad social sólo forma comuneros, y las relaciones jurídicas entre ellos se rigen, como ya lo hemos dicho, por las reglas generales de toda comunidad. De allí que las alteraciones, sean cuales fueren, en la personalidad jurídica de los socios: la muerte, la *capitis diminutio* no afecten la existencia de la comunidad social, y que esta subsista ante todos esos eventos y pase a los herederos del socio muerto. Esta separación entre ambos elementos se pone más aún de manifiesto si se tiene en consideración que la duración de la sociedad y la de la comunidad son independientes; pues aunque la sociedad termine, la comunidad subsiste, mientras mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo,* no vengan a tornarse en reales en virtud de la división del patrimonio social las partes ideales que cada socio representa en la comunidad.

Hasta aquí llegó el derecho romano; la fusión de ambos elementos: el contrato y la comunidad en una sola institución jurídica, en una unidad orgánica, regida por un solo y propio estatuto legal, es obra del derecho moderno; es una nueva etapa evolutiva en el vasto desenvolvimiento que al través de su historia nos presenta la sociedad.

Pero si el derecho romano no logró la fusión en una sola institución jurídica, regida por un solo estatuto legal de los elementos contrato y comunidad, sí tuvo otra creación genial, de la más alta importancia comercial y científica, que demarca una nueva y final etapa evolutiva de la *societas* romana. Esta última etapa es la *societas vectigalis,* o sea la sociedad persona jurídica; y de esta suerte, entran en la composición de esta nueva figura jurídica dos elementos: el contrato y la personalidad moral; pero la comunidad queda eliminada, porque el fondo social ya no pertenece pro indiviso a los miembros de la *societas,* sino que es propiedad de la persona moral. Los hombres y los bienes que forman la sociedad, tal vez con la sola excepción del *manceps* pueden variar pero la personalidad jurídica de la sociedad queda intacta, y es y sigue siendo ante los ojos del derecho, la misma persona.

En la actualidad se debaten en el mundo del derecho multitud de teorías y de sistemas que tal vez con el tiempo lleguen a crear realmente una nueva etapa evolutiva en la estructuración jurídica de la sociedad.

30 De la comunidad pueden nacer también obligaciones personales **(praestationes)** que se gobiernan por la **actio communi dividundo. D. 10.3.4.3**

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Hay autores como GIERKE, que tienden a eliminar de la sociedad el elemento contractual, para ver en ella únicamente una persona jurídica; pues piensa ese eminente jurisconsulto que el acto constitutivo de la *societas* no puede ser un contrato, porque el contrato sólo engendra derechos y obligaciones entre los contratantes; pero no puede tener la virtud de crear un nuevo ser jurídico, una persona moral, distinta de la personalidad de los socios. Hay otros que tienden a eliminar no sólo el contrato, y que no se limitan, como el derecho romano, a ocultar bajo el palio de la personalidad moral de la sociedad la comunidad social, substituyendo el derecho real de copropietario por el derecho personal de representante de una parte social, sino que quieren eliminar la parte social misma, considerando que el acto constitutivo de la persona moral es una fundación independiente de toda idea corporativa, de manera que la persona moral subsiste aun cuando quede reducida a un solo miembro, y los derechos de socio pierden su carácter de parte social, para convertirse bajo la forma de acción, en un título de crédito circulante y comerciable.

Más tarde, tendremos que volver sobre estas modernas concepciones; por ahora nos limitamos a decir que el estudio del derecho romano es altamente útil para salvarnos de caer en confusiones, y nos enseña a distinguir perfectamente el contrato de sociedad, la *societas*, del *collegium*, de la *universitas* y a la vez que nos demarca las diferencias que separan a las corporaciones de las fundaciones, nos pone de manifiesto cual es la función que desempeña la ficción de la personalidad moral en aquellas formaciones jurídicas en las cuales aparece indeterminado el sujeto de derecho, y es necesario por lo mismo crear una persona jurídica ficticia que llene ese vacío. [31] *

LIC. MANUEL CERVANTES

31 M. CERVANTES. Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica, pág. 420.

* La segunda parte de este artículo se publicará en el próximo número.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núms. 21 y 22, México, 1944.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia