

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

Caracteres generales.—Tres son los caracteres generales del contrato de sociedad, es decir, comunes a todo contrato: capacidad, consentimiento y objeto lícito.

Capacidad.—De la capacidad nos habla la ley 33, tit. 2, lib. 17 del Digesto cuando exige que el pupilo sea autorizado por su tutor para que pueda celebrar válidamente un contrato de sociedad. No nos extenderemos más sobre este punto, pues no creemos oportuno exponer aquí con relación al contrato de sociedad el derecho romano en materia de capacidad contractual, puesto que no presenta ningunas particularidades.

Consentimiento.—Pero sí es una particularidad muy notable del contrato de sociedad su carácter consensual. La sociedad al lado de la venta, del arrendamiento y del mandato es, como antes vimos, un contrato de derecho de gentes común a romanos y extranjeros, que se forma por el mero consentimiento. “Las obligaciones dice la Instituta del Emperador JUSTINIANO, se forman por el solo consentimiento en los contratos de venta, arrendamiento, sociedad y mandato; porque no es necesario para que nazcan ni escrito, ni presencia de las partes, ni tradición de la cosa, sino que basta que aquellos entre quienes se gestiona el negocio, consientan. Así, estos contratos pueden tener lugar entre ausentes, por ejemplo, por medio de cartas misivas o por mensajero. Además, en

* La primera parte de este artículo se publicó en el número anterior.

estos contratos, cada parte se obliga hacia la otra a todo lo que la equidad exige que se ministren recíprocamente, mientras que en las obligaciones verbales, una estipula y la otra promete.”¹

En el papiro del Cairo, queda confirmado por GAYO, que el contrato de sociedad en sus orígenes, esto es, en su forma primitiva de *consortium o societas omnium bonorum*, fué propio de los ciudadanos romanos, y seguramente éste es la *societas re* o contrato de sociedad real, a que se refiere la ley 17.2.4. del Digesto, puesto que este tipo de sociedad no tiene por objeto la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios y por lo mismo es ajena a toda idea de lucro comercial y consiguientemente de crédito, sino que su finalidad es la creación de una comunidad patrimonial, comunidad que no puede existir, sino a condición de la puesta en común de los patrimonios de los socios. Ese mismo papiro del Cairo confirma el carácter consensual y de derecho de gentes de la sociedad mercantil: “Pero esta sociedad de que hablamos, dice GAYO, esto es, la que se contrae por el nudo consentimiento, es de derecho de gentes, y en consecuencia, puede contraerse entre todos los hombres por razón natural.”²

Esta transformación del contrato de sociedad de real en consensual se explica por la diversidad de origen entre las sociedades universales y las particulares y el carácter extranacional del comercio. La *societas omnium bonorum* fué una creación del derecho civil romano; la *societas negotiationis alicujus* fué una creación del *praetor peregrinus* destinada a llenar las necesidades del comercio romano con los pueblos circunvecinos. Después se hizo extensivo el carácter consensual a todo contrato de sociedad.

TRUMPLER da una explicación netamente jurídica del paso de la sociedad real a la sociedad consensual.

“Debemos expresar, dice, que se perciben tres etapas de la evolución: la primera etapa presenta la sociedad como una comunidad de bienes jurídico-familiar.

A esta se conectan comunidades formadas exclusivamente para fines lucrativos. Aquí se origina el principio de que cuando una parte

1 Lib. III. tit. XXII. “Et recte: cum enim societas consensu contrahitur. D. 17. 2. 4.—17. 2. 19.—17. 2. 20.

2 Sed haec quoque societas de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, juris gentium est, itaque inter omnes homines naturalis ratio consistit. GAYO II. 154.

ha creado una comunidad mediante su aportación, obtiene a su vez una acción, para que la otra parte introduzca en la comunidad su contraprestación: la *societas* es en esta etapa un contrato real. Finalmente, la *societas* llega a ser un contrato consensual cuando el requisito de la previa prestación para el ejercicio de la acción cae en desuso. Pero es de notarse que la característica de la sociedad, aun en el más alto grado de su evolución, el *animus societas contrahendae*, la intención de fundar una sociedad, subsiste.”³

Ya antes apuntamos, que los comentadores no ven por lo general en la *societas re* un contrato real, sino una sociedad tácita, y de este parecer es CUYACIO: *Voluntaria societas opposita est societati haereditarie, id est, communione quae intercedit cum hoerede defuncti socii. Haec enim voluntaria non est, quia re, non consensu consistit. Voluntaria est quae consensu contrahitur, tractatuque habito inter socios; et hanc dicimus proprie societatem; illam rerum communionem vel communiter gestum et societatem improprie voluntariam societatem dicit Ulpianus.*⁴

Existe otra concepción de la *societas re* distinta de las que antes señalamos, y consiste en ver en toda comunidad una sociedad, formada no por el consentimiento, sino por virtud de la cosa; y existen varios textos que le sirven de fundamento. *Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.*⁵

Tal es la opinión de PAULO y ARNO ve en esta *societas re*, una concepción serviana de la *societas*.⁶

De esta concepción nos ocuparemos ampliamente al tratar de la *affectio societatis*.

Objeto lícito.—El objeto de la sociedad es la operación o negocio que se propone realizar; y por lo mismo, ese objeto puede ser muy variado. Los textos nos hablan de sociedades formadas para el comercio de sayos,⁷ para el comercio de banca,⁸ para la construcción y venta de

3 *Op. cit.*, pág. 2.

4 Cujas. L. 63. párr. 8.

5 D. 10. 2. 25. 16.

6 *Op. cit.*, pág. 159.

7 D. 17. 2. 52. 4.

8 D. 17. 2. 52. 5.

edificios⁹ y hasta de dos profesores que se asocian para explotar la enseñanza de la gramática.¹⁰

El derecho exige como condición que el objeto de la sociedad sea lícito; pues si fuere ilícito, la sociedad es nula. ULPIANO, en el libro 3º sobre Sabino, asienta: "POMPONIO dice que hay que observar cuidadosamente que todo esto no puede entenderse más que en el caso de que la sociedad haya sido honesta y lícita desde el principio; porque si hubiere sido celebrada para la comisión de delitos, la sociedad sería nula; puesto que es un principio general que las cosas deshonestas no pueden ser objeto de una sociedad."¹¹

Se discutió si una sociedad para el comercio de venenos es nula o válida; GAYO, sin embargo, la considera válida cuando los venenos mezclados con otras sustancias puedan ser empleados como medicamentos.¹²

Como dentro de la concepción del hecho ilícito entran no solamente el delito penal, sino también el delito civil; cuando el objeto de la sociedad sea un hecho considerado como ilícito por la legislación civil, como por ejemplo, para defraudar a los acreedores, la sociedad será igualmente nula. "Una sociedad fraudulenta, una sociedad celebrada con dolo malo, dice PAULO, para defraudar, es nula de pleno derecho; porque la buena fe es contraria al dolo y al fraude."¹³

Caracteres específicos.—Los caracteres específicos de la *societas negotiationis alicuius* son tres: 1º La aportación. 2º La división de las ganancias, y 3º La *affectio societatis*, el *animus contrahendae societatis* o sea la intención de formar una sociedad. Vamos a ocuparnos de cada uno de estos caracteres.

Aportación.—Todo socio debe aportar algo a la sociedad. Si nada aporta y no obstante, adquiere la calidad de socio, la sociedad es nula. "*Donationis causa societas recte non contrahitur*".¹⁴

SAVIGNY piensa que este texto comprende dos casos: "cuando uno de los asociados nada aporta y sin embargo recibe parte de las ga-

9 D. 17. 2. 52. 7.

10 D. 17. 2. 71.

11 D. 17. 2. 57. *Flagitiose rei societas coita nullam vim habet, dice.*

12 D. 18. 1. 35. 2.

13 D. 17. 2. 3. 3.

14 D. 17. 2. 5. 2.

nancias, o cuando aporta alguna cosa y recibe él solo todos los beneficios”.

Comentando este principio, el romanista VAN WETTER,¹⁵ dice que “Cada una de las partes debe comprometerse a hacer cierta aportación. Si alguno es admitido a participar en el resultado de un negocio, sin poner nada en común, recibe una donación; su cocontratante quiere manifiestamente hacerle una liberalidad; desde entonces ha lugar a seguir las reglas de la donación y no las de la sociedad”.

La misma opinión profesan con referencia al derecho francés moderno los señores AUBRY ET RAU: “La convención por la cual personas que declaran asociarse atribuiría a una de ellas una porción de interés, sin que estuviese obligada a hacer aportación alguna constituiría, relativamente a esta última, no una sociedad, sino una liberalidad, los efectos de la cual se determinarían según las reglas generales que rigen las donaciones entre vivos”.¹⁶

Esta tesis no nos parece fundada ni conforme al derecho romano, ni conforme al derecho moderno. La regla *Donationis causa societas recte non contrahitur* debe ser entendida, en nuestro concepto, en el sentido de que el contrato no vale ni como sociedad, ni como donación; pues si valiera como donación, la sociedad resultaría válida, ya que la donación no consiste en un cuerpo cierto y determinado, sino en un derecho de socio, esto es, en una parte social; ahora bien, una parte social supone la existencia de una sociedad.

SAVIGNY está de acuerdo en que “Cuando una donación resulta de las cláusulas de un contrato de sociedad, el acto es declarado no válido. Pero del mismo modo que para la venta, esto significa que el acto no da lugar a la acción pro socio, especial al contrato consensual. Si como consecuencia de la convención alguna cosa ha sido entregada, los antiguos jurisconsultos declaran la donación perfecta y válida. Según el nuevo derecho, la acción puede ser ejercitada en virtud de la simple convención, como respecto de cualquiera otra donación.”¹⁷ En otros términos, SAVIGNY opina que cuando el contratante que nada aporta recibe no derechos de socio, sino que se le trasmite un cuerpo cierto y determinado, el acto vale como donación. Pero ni aun en este caso especial, creemos que el acto valga como donación. El cuerpo cier-

15 *Pandectes*. Tomo IV, pág. 187.

16 *Cours de Droit Civil Français*. Tomo VI, núm. 377, pág. 5.

17 *Traité de Droit Romain*. Tomo IV, pág. 104.

to entregado a un contratante que nada aporta, en virtud de un contrato de sociedad, no sería de la propiedad exclusiva de éste, sino que sería una cosa común, y esa comunidad creada *donationis causa*, dentro de un contrato de sociedad, es precisamente la que hiere de nulidad el texto D. 17.2.5.2., ya que la creación de una comunidad contractual es, como antes lo hemos visto, y lo expresa VINNIUS elegantemente, la substancia misma de la sociedad. *Societas est contractus, quae inter aliquos res aut operae communicantur, lucri in commune faciendi gratia*.¹⁸ Por lo demás, a la luz del derecho moderno el acto sería nulo, porque habría una completa discrepancia entre la intención de los contratantes, que fué la de crear una sociedad, y lo realmente ejecutado que vendría a ser una liberalidad, o bien, estaríamos en presencia de una sociedad simulada, y como tal nula, según lo enseña POTHIER en su notable estudio sobre los contratos de sociedad simulados.¹⁹

No queremos dar por terminado el estudio de la regla: *Donationis causa societas recte non contrahitur*, sin decir unas cuantas palabras del discutido caso, que con relación a la necesidad de efectuar una aportación estudia POTHIER, aun cuando ese caso no lo trate con especial referencia al derecho romano.

POTHIER dice: "Es de la esencia del contrato de sociedad: 1º, que cada una de las partes aporte o se obligue a aportar alguna cosa a la sociedad; ya sea dinero, u otros efectos, o su trabajo y su industria.— Por esto es que si un comerciante, por amistad a su sobrina, ha convenido con ella en darle cierta parte cada año, durante cierto número de años, en las ganancias que obtenga cada año, sin que por esto su sobrina aporte nada a su comercio, ni dinero, ni mercancías, ni trabajo, esta convención no es un contrato de sociedad, porque esta sobrina no aporta, ni promete aportar cosa alguna a la sociedad; esta convención es una pura donación que este mercader quería hacer a su sobrina de una parte en las ganancias que esperaba obtener en su comercio. Esta convención no es válida, a menos que sea hecha por el contrato de matrimonio de su sobrina, porque según nuestro derecho francés, las donaciones de bienes futuros no son válidas, si no es por contrato de matrimonio".²⁰

18 Inst. III. 26.

19 POTHIER, *Du Contrat de Société*. núm. 22.

20 *Traite du Contrat de Société*. Nº 8.

DURANTON,²¹ PARDESSUS,²² DUVERGIER,²³ AUBRY ET RAU combaten la solución de POTHIER; pero por motivos que no nos interesan especialmente; pues sostienen que no se trata en la especie de una donación de bienes futuros, sino de bienes presentes. PAUL PONT, ve la cuestión en diferente aspecto, y dice que hay que ver en la especie “la donación de un interés en la sociedad, por consiguiente la donación de una cosa presente, que puede ser donada, puesto que según el mismo POTHIER, podría ser vendida”.²⁴

Nosotros creemos que la regla *Donationis causa societas recte non contrahitur*, resuelve la cuestión propuesta por POTHIER. Dar un interés en las ganancias de una negociación mercantil es dar una parte social, la cual no puede ser otorgada a un contratante sin que éste a su vez aporte alguna cosa a la sociedad. Lo cual no quiere decir que una parte social no pueda ser donada tratándose de una sociedad ya constituida; lo que la regla prohíbe es que al celebrarse un contrato de sociedad se otorgue a un contratante una parte social sin hacer una aportación.

Cosas aportables.—Pueden ser objeto de aportación social todas las cosas que están en el comercio, y no es necesario que las aportaciones sean iguales, ni de la misma especie: un socio puede aportar 10, otro 100, uno puede aportar dinero, otro mercaderías, otro terrenos.²⁵ ¿Pero puede un socio aportar únicamente su trabajo o industria? JUSTINIANO afirma que: “No hay duda, *non dubitatur*, que una sociedad pueda ser formada de tal suerte que uno aporte a ella dinero sin que el otro lo aporte, y que sin embargo la ganancia sea común entre ellos; porque frecuentemente la industria de un hombre equivale a dinero *quia suepe opera alicuius pro pecunia valet*.”²⁶ GAYO dice que “consta, *constat*, que puede celebrarse una sociedad de manera que uno de los socios aporte dinero y el otro no lo aporte, y sin embargo, el lucro sea común entre ellos *et tamen lucrum inter eos commune sit*; pues frecuentemente el trabajo de alguno equivale a dinero.”²⁷ Sin em-

21 T. XVII, núm. 324.

22 N° 983.

23 N° 54.

24 *Commentaire-Traité des Sociétés Civiles et Commerciales*. Tomo VII, N° 59.

25 D.17.2.5.1. y 17.2.69.

26 Inst. Lib. III, Tit. XXV, núm. 2.

27 Inst. C. 3. 149.

bargo, la cuestión fué muy discutida, y los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO en Cod. 4.37.1., hacen alusión a las múltiples opiniones sobre el particular, y dicen que prevaleció, *magis obtinuit*, después de muchas discusiones, *post multas varietates*, la que considera válida la aportación en trabajo o industria. ULPIANO no sólo participa de esta opinión, sino que en su concepto muchas veces la industria o trabajo están por encima del dinero: *plerumque enim tanta est industria ut plus societati conferat quam pecunia*.²⁸ A pesar de esto, todavía quedó un disenso entre servianos y mucianos; pues para los mucianos se requiere cierto equilibrio entre la aportación que un socio hace en dinero y la que otro hace en industria, en tanto que para los servianos semejante equilibrio no es forzoso.

TRUMPLER no ve el origen de estas discusiones y dificultades en causas económicas o políticas; sino meramente jurídicas. El contrato de sociedad del derecho romano, dice, es el contrato por el cual los contrayentes se obligan, mediante prestaciones recíprocas, a crear una comunidad. Con esta concepción del contrato de sociedad, la construcción jurídica de la sociedad-capital-trabajo debió ofrecer serias dificultades a los juristas romanos, tal cual resulta del texto C.4.37.1. Originalmente, en caso de que un socio aportara capital y otro trabajo, sólo podía crearse una sociedad si el socio capitalista hacía copropietario al socio industrial del capital aportado. Solamente que el interés del capitalista era enteramente opuesto a esto, pues el socio industrial recibe de este modo a la disolución de la sociedad, la cual tiene lugar por medio de la *actio communi dividundo*, una parte correspondiente al capital aportado. Los jurisconsultos romanos remediaron esta situación extendiendo la noción de sociedad, de mera comunidad de dominio o copropiedad, *societas dominii*, a la comunidad de uso, *societas usus*, y consideraron como comunidad aquella relación jurídica en que el socio capitalista sigue siendo dueño de la cosa o capital que introduce a la sociedad y el socio industrial solamente participa del uso de ese capital o cosa. Por consiguiente, aun en este caso la cosa que permanece siendo propiedad únicamente del capitalista es designada como "cosa común" *res communis*, como en el ejemplo citado por CELSO²⁹ en que el socio industrial recibe ganado para apacentarlo o un campo para cultivarlo a cambio de una participación en los frutos.

28 D. 17. 2.52. 2.

29 D. 17. 2. 52. 2.

Un ejemplo clásico de la sociedad-capital-trabajo es el tratado por CÍCERÓN en la Oración pro Q. Roscio Commoedo. Roscio había celebrado con Fannio un contrato de sociedad, a la cual aportaron Fannio su esclavo Panurgo, y Roscio su trabajo consistente en enseñar a Panurgo el arte dramático; las ganancias del esclavo, trabajando como cómico, debían ser divididas entre ambos socios. CÍCERÓN señala aquí al esclavo Panurgo como *res communis*, aunque admite que el esclavo siguió siendo de la propiedad de Fannio. *Quid erat enim Fanni? Corpus. Quid Roscii? Disciplina. Facies non erat; ars erat preciosa.*

División de las sociedades según la naturaleza de las aportaciones.—Los comentadores, atendiendo a la naturaleza de las aportaciones distinguen tres clases de sociedades: 1. Las *societates rerum* que son aquellas en que todos los socios aportan dinero u otros bienes materiales. 2. Las *societates operarum* en las cuales las aportaciones de todos los socios consisten en trabajo o industria; y 3. La *societates mixtae* en las que uno o varios de los socios aportan dinero o cosas materiales y el otro u otros aportan trabajo o industria. Las *societates rerum* se subdividen a su vez en *societas sortis*, que son aquellas en las cuales las aportaciones de todos los socios son en propiedad, *quoad dominium vel sortem*, y en *societas usus* en las cuales el socio conserva la propiedad de su cosa, y sólo aporta el uso de ella a la sociedad.

Como consecuencia de esta distinción de las aportaciones en *quoad dominium vel sortem* y en *usus*, los jurisconsultos establecen presunciones acerca de la naturaleza jurídica de la aportación según su naturaleza física; y de esta suerte, cuando se trata de cosas que se consumen por el uso, como dinero, se presume que la aportación es en propiedad,³⁰ como lo enseña CELSO; pero si la aportación consiste en cosas no consumibles por el primer uso, como inmuebles, máquinas, etc., se presume, naturalmente a falta de declaración expresa de los contratantes, que la aportación es tan sólo en uso; *nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*, dice ULPIANO.³¹

Comunidad de medios para la realización del fin social.—El conjunto de las aportaciones de los socios forma el capital social. Los autores señalan como características del contrato de sociedad la creación de una comunidad *non est societas sine communione*, comunidad for-

30 D. 17. 2. 58. 1.

31 D. 19. 5. 13. 1.

mada entre los socios por la unión de sus respectivas aportaciones sociales. Pero no creemos, como piensa la generalidad de los tratadistas,³² que esta comunidad es siempre una copropiedad, y que por lo mismo "la naturaleza del derecho de cada socio: el activo social estando en la indivisión entre ellos, es un derecho de copropiedad". No nos referimos a la idea de que la personalidad moral de la sociedad excluye la copropiedad; sino que dejando a un lado la idea de la personalidad moral de la sociedad, personalidad que es tan sólo una ficción,³³ nos proponemos examinar en su desnuda realidad este fenómeno importantísimo de la forzosa creación de una comunidad entre los socios, como necesaria consecuencia de la conjunción de las aportaciones sociales.

El contrato de sociedad no es un contrato de cambio, como la venta, la permuta, el arrendamiento, sino de cooperación, en que los contratantes se unen, y en vez de tener intereses opuestos o de distinto género, tienen todos un interés común. ORTOLAN hace resaltar los efectos jurídicos de esta naturaleza especial de la sociedad, por lo demás común a todas las asociaciones, diciendo: la *societas* "produce entre los asociados obligaciones recíprocas (*ultra citroque*) que deben ser apreciadas según la buena fe (*exoequo ei bono*) y que son, no distintas en dos papeles diferentes, como en la venta y en el arrendamiento, sino de la misma naturaleza para todos. Así todos los contratantes tienen el mismo nombre de socios (*socii*) y el contrato está dotado de una sola y misma acción; la acción pro socio, abierta a cada uno de ellos".³⁴

Así pues, cuando todos los socios aportan la propiedad de bienes materiales y constituyen una *societas dominii vel sortis* se forma entre ellos una comunidad que tiene el carácter de una copropiedad: todos los socios son condóminos del conjunto de las aportaciones o sea del capital social. Cuando se trata de una *societas usus*, en la cual el capitalista sólo aporta el uso de su capital o el industrial sólo aporta su trabajo, hay una comunión, pero no copropiedad; los socios no son copropietarios del capital social. No puede haber sociedad sin comunidad, pero puede haber sociedad sin copropiedad. La aportación de trabajo o industria es una obligación personal. El socio capitalista tiene

32 PLANIOL *Elementaire de Droit Civil*. Tomo II. Nº 1958.

33 CERVANTES. *Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica*.

34 *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien*. Tomo III. núm. 1523.

respecto de ella un derecho de crédito, pero no un derecho real de dominio.

Siendo, pues, esencial en el contrato de sociedad la existencia de una comunidad social, creada por la unión de las aportaciones, y teniendo que precisar la naturaleza jurídica de esa comunidad, creemos desde luego que la comunión es y tiene que ser de carácter patrimonial, es decir, que todas y cada una de las aportaciones deben ser apreciables en dinero; pero no es necesariamente una copropiedad; y en estas condiciones, la existencia de una copropiedad entre los socios no puede ser señalada como característica del contrato de sociedad. ¿De qué naturaleza es, pues, la comunidad, que debe existir en toda sociedad? En nuestro concepto, es una comunidad de medios para la realización del fin social, y esta comunidad de medios, creada por la suma de las aportaciones, es uno de los caracteres específicos del contrato de sociedad.

No ocurre lo propio con las utilidades, puede haberlas o no; pero habiéndolas, como es esencial que todos los socios tengan derecho de participar en ellas, el derecho del socio sobre las utilidades existentes e indivisas, si es un derecho de copropiedad.

Pérdida de la cosa aportada.—No es inútil, como lo cree VAN WETTER, la distinción de los comentadores entre las *societates rerum*, las *societates operarum* y las *societates mixtae*, que antes expusimos; pues esa distinción es de la más alta importancia, para la solución de las cuestiones relativas al riesgo de la cosa aportada y de la división del fondo social entre los socios a la disolución de la sociedad.

En términos generales, el derecho romano establece el principio de que la cosa aportada en propiedad perece para todos los socios, mientras que la cosa aportada en usufructo o en uso perece sólo para su dueño.

CELSE estudia este importante problema de la pérdida de la cosa aportada en el célebre caso de la *quadrigae*:

“¿Puede un socio (se pregunta ULPIANO) intentar la acción pro socio cuando la cosa que ha aportado a la sociedad se ha perdido? Esta cuestión es tratada en el libro séptimo del Digesto por CELSE, quien fué consultado por Cornelio Félix: Tú tenías tres caballos y yo uno, celebramos una sociedad (*societatem coivimus*) a fin de que recibiendo tú mi caballo vendieses los cuatro y me dices la cuarta parte del precio: esto supuesto, si antes de la venta mi caballo muriese, dice CELSE que en su opinión la sociedad no subsiste, ni que me debes parte alguna

del precio de tus tres caballos, por haberse contraído la sociedad, no para crear una copropiedad de los cuatro animales, sino para venderlos; pero si se celebró el acto para crear una copropiedad de los cuatro caballos, y tú tuvieses en ella tres partes y yo una, sin duda somos socios".³⁵

Antiguos y modernos han emitido las más variadas opiniones sobre este célebre caso de la *quadrigae*. GODOFREDO piensa que la sociedad no llegó a formarse porque la cosa pereció antes de su celebración: *res perit antequam coita societas sit*; FABRO dice: *quasi societa non tam extinta et finita, quam nondum contracta*. TROPLONG dice: que "la sociedad terminó antes de haber comenzado. La muerte de uno de los caballos ha impedido la ocasión de poner en venta la cuadriga; ella ha hecho desaparecer la condición bajo la cual debía ser utilizado el destino venal de los caballos; ella ha privado a la sociedad del acontecimiento en el cual debía operar." VAN WETTER resuelve el caso aplicando el principio de que tratándose de cosas que no se consumen por el primer uso, la aportación se presume en uso, a menos de que se exprese claramente que la aportación es en propiedad. RAUTER³⁶ opina que se trata de una sociedad condicional, y que no pudiendo realizarse la condición por la muerte del caballo, la sociedad se tiene por no celebrada. "Esta tesis, dice VAN WETTER, es insostenible; la sociedad era pura y simple, las partes estaban inmediatamente obligadas a efectuar sus aportaciones respectivas. Así, en caso de muerte de uno de los caballos, CELSO declara la sociedad disuelta (*non putare se Celsus ait societatem manere*) lo que no conviene de manera alguna al no cumplimiento de una condición suspensiva".³⁷

DUVERGIER sostiene que se trata de dos casos diversos: que en el primer caso no hay sociedad, porque no existe copropiedad; pero sí en el segundo, porque entonces sí existe una copropiedad. Y como DUVERGIER es de aquellos tratadistas que piensan que en toda sociedad debe necesariamente existir una copropiedad, o no hay sociedad, creemos pertinente transcribir textualmente sus palabras: "Las soluciones que presenta este texto son incontestables; pero supone que en las dos convenciones sobre las cuales se explica, hay igualmente sociedad; sin embargo, difieren esencialmente una de otra. En la segunda los caballos

35 D. 17. 2. 58.

36 *Du Contrat de Société en Droit Romain*. Pág. 85.

37 *Pandectes*. Tomo IV. Pág. 189, Nota 17.

son puestos en sociedad; forman una propiedad común, los beneficios de la cual se reparten proporcionalmente a las aportaciones. En la primera nada es puesto en común, ni los caballos, ni su uso, ni su goce, no hay copropiedad entre las partes; cada una conserva su propiedad exclusiva y distinta. ¿Cómo elementos tan diferentes constituirían un mismo contrato? Cuando cuatro caballos pertenecientes a dos dueños son reunidos para ser vendidos, quedando separada la propiedad de cada uno de ellos, es igualmente evidente que no hay sociedad, porque no hay nada puesto en común, no hay copropiedad formada por la reunión de propiedades distintas”.³⁸

TROPLONG, crítico severo de M. DUVERGIER, lo censura en esta ocasión con su viveza acostumbrada: “Yo no concibo, dice, que una decisión tan justa sea criticada por M. DUVERGIER. Porque cada uno ha quedado propietario de la cosa que le pertenecía antes de la convención, concluye que no ha podido haber sociedad; porque es un error frecuente en él pensar que las aportaciones sociales deben tener necesariamente por efecto procurar a la sociedad la propiedad o el goce de la cosa. Pero no hay idea más peligrosa que ésta. Como lo dice muy bien M. CHAMPIONIERE, la sociedad no exige que haya aportación en propiedad, ni aun en goce (*jouissance*). Basta que se le aporte el simple destino venal de la cosa de la cual se sigue siendo propietario. Este destino es una cualidad útil, susceptible de ser explotada y puesta a provecho; es en el sentido de nuestro artículo (el 1833 del Código Civil francés) un bien que cesa de estar exclusivamente en el patrimonio del propietario, y que pertenece en lo sucesivo a la sociedad llamada a sacar partido de ese bien. Nuestro artículo no exige nada más; tal aportación basta para atribuir a la sociedad esta alguna cosa sobre la cual se ejerce su industria. En la especie de CELSO y de ULPIANO, el destino venal no debía ser utilizado sino en tanto que los cuatro animales hubieran sido reunidos en cuadriga; y es porque la muerte prematura de uno de los caballos ha hecho desvanecer esta condición el motivo por el cual la sociedad queda rota; ahora bien nada impide subordinar una aportación a una condición”.³⁹

Nosotros creemos que la solución de CELSO, aprobada por ULPIANO, es impecable. En ambos casos hay sociedad; en el primer caso el fin de la sociedad no es hacer los caballos comunes, no es crear una

38 *Le Droit Civil Français. Du Contrat de Société*, núms. 46 y 51.

39 TROPLONG. *Du Contrat de Société*. Nº 11.

copropiedad, ni siquiera establecer una comunidad de usufructo o de uso, sino venderlos: *non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem*. En el segundo caso, sí existe esa copropiedad por expresa voluntad de las partes: *si id actum dicatur, ut quadrigae fieret eaque communicaretur*.

El caso de la "cuadriga" tiene la mayor importancia para nuestra tesis, porque ella pone de manifiesto que es elemento esencial del contrato de sociedad, no la creación de una copropiedad con la conjunción de las aportaciones, ni siquiera una comunidad de usufructo o de uso; sino que la comunidad que necesariamente debe existir en toda sociedad es simple y sencillamente "una comunidad de medios" para la realización del fin social. Y al propio tiempo, este célebre caso de la cuadriga nos hace ver claramente cuán falsa es por incompleta la clasificación que hacen todos los tratadistas modernos, al distinguir las aportaciones sociales en aportaciones en propiedad (*apports en propriété*) y en aportaciones en usufructo o en goce (*apports en usufruit ou en jouissance*),⁴⁰ porque puede haber aportación de "medios para la realización del fin social" que no cabe dentro de ninguno de los extremos de dicha clasificación, y la cual por lo mismo amerita desde el punto de vista de la ciencia del derecho una completa revisión. La aportación en el caso que nos ocupa es el derecho de vender el caballo; pero no la propiedad, ni el uso o goce del mismo.

ULPIANO cita otro caso en que CELSO se ocupa del problema del riesgo de la cosa objeto de una aportación social: "También estudia CELSO que si aportásemos dinero para comprar mercancías y mi dinero se perdiese, ¿para quién perecerá?, y dice que si aconteciese la pérdida después de haberlo entregado a la sociedad, perece para ambos socios, por ejemplo, si pereció llevándolo a lejanas tierras para comprar mercaderías; pero si antes de haberlo entregado pereciere, no conseguirás cosa alguna, porque no perece para la sociedad: *quia non societati perit*".⁴¹

La importancia de este caso consiste en que se distingue entre las aportaciones de cuerpos ciertos y las de cosas genéricamente designadas, y se establece respecto de estas últimas que, aunque el contrato de sociedad es consensual, la aportación no se perfecciona sino mediante la tradición de la cosa aportada: *genus numquam perit*.

40 THALLER. *Traité Elementaire de Droit Commercial*. Nº 234.

41 D. 17. 2. 58. 1.

También tiene de notable este texto las palabras *societate perit* usadas para designar el conjunto de todos los socios, y lo cual hace pensar a algunos comentadores que el texto ha sido alterado, pues está perfectamente definido que la *societas negotiationis alicuius* no fué, ni pudo ser en derecho romano una persona jurídica, a diferencia de la *universitas*. Nosotros no creemos que el texto esté alterado, sino que es tan sólo una expresión abreviada y cómoda para designar a todos los socios, pero sin elevar la sociedad al rango de persona moral.

Participación en las ganancias y en las pérdidas.—La conjunción de las aportaciones crea entre los socios una comunidad de medios para la realización del fin social; la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios crea entre ellos una comunidad de fin, y consiguientemente un interés común.

La realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios es, pues, otro de los elementos constitutivos característicos de la *societas negotiationis alicuius* y en general de toda *societas quoestuaría*. Sin embargo, al hacer esta afirmación, tocamos una de las cuestiones más debatidas en materia de sociedades, tanto entre los jurisconsultos romanos, como entre los modernos, y es por esto y por tratarse de un elemento fundamental en la estructuración del contrato de sociedad, por lo que vamos a estudiarlo con algún detenimiento, y no sólo a la luz de los textos romanos, sino de las diversas tesis sostenidas sobre el particular por los jurisconsultos modernos.

Derecho romano.—Ya vimos que en el primitivo derecho romano, la *societas* fué un contrato real que se confundía con la comunidad, y que la *societas* no era otra cosa que una comunidad contractual, y de esta suerte, fueron considerados como sociedades y daban lugar a la *actio pro socio*, la convención por la cual dos personas convienen en comprar en común un terreno contiguo para que no se les tape la luz,⁴² la convención por la cual dos vecinos convienen en construir una pared medianera⁴³ o por la cual dos personas se obligan a hacer a gastos comunes la reparación de un canal común.⁴⁴

Sin embargo, nos inclinamos a creer que a pesar de dar lugar estas convenciones a la *actio pro socio* no fueron consideradas por los juris-

42 D. 17. 2. 52. 13.

43 D. 17. 2. 52. 13.

44 D. 17. 2. 52. 12.

consultos romanos como verdaderas sociedades. Fundamos nuestra opinión en dos razones: una histórica y otra exegetica. Históricamente, nos explicamos la existencia de la *actio pro socio* en esta clase de convenciones, porque esta acción era propia en sus orígenes de toda comunidad contractual, y el objeto de ella era la colación de las aportaciones, no la división de las ganancias o utilidades, ya que la acción para reclamar esa división fué la *actio communi dividundo*. Esos casos se refieren pues a la infancia de la *societas*, a los tiempos en que ella se confundía con la comunidad contractual; que han quedado como reliquias en los textos; pero que ya no tienen cabida dentro de la forma avanzada de la *societas negotiationis alicuius*, ni les vienen en modo alguno los principios jurídicos que gobiernan esta clase de sociedad. Todas las grandes cuestiones que se suscitaron en el foro romano acerca de la división de las ganancias y las pérdidas entre los socios; todas esas grandiosas discusiones, de que en breve vamos a ocuparnos, entre mucianos y servianos, de las cuales nos guardan memoria inequívoca los textos acerca de esos problemas, ni remotamente pudieron suscitarse respecto de la pared medianera, ni de la reparación de un canal común, sino respecto de la sociedad lucrativa, en la que la finalidad de los socios es realizar utilidades pecuniarias divisibles entre ellos. Esto no quiere decir que no reconozcamos que en derecho romano fueron consideradas como *societas*, asociaciones que no tenían por objeto la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios; pues ya vimos que el fin de los socios en la *societas omnium bonorum*, a lo menos en los primitivos tiempos, fué la vida en común; pero insistimos en que se trata de formas arcaicas que quedaron ofuscadas, por no decir olvidadas ante las excelencias comerciales y jurídicas de la *societas negotiationis alicuius*.

El romanista ACCARIAS dice a este respecto: "Las partes persiguen un resultado común, y en su pensamiento este resultado consiste en un beneficio del cual cada uno tendrá su parte. Pero hay que hacer aquí dos observaciones. Desde luego no hay que creer que toda sociedad proceda de un espíritu de especulación. Sin duda es por este espíritu, muy lícito por lo demás y muy fecundo, que nacen y viven las que tienen por objeto operaciones comerciales; pero seguramente, no se le encuentra ni en las sociedades de todos los bienes o de todas las ganancias, ni aun en ciertas sociedades a título particular en que los contra-

tantes se proponen solamente disminuir, al unirse, los gastos que ocasionaría para cada uno una acción aislada”.⁴⁵

Derecho moderno.—No están de acuerdo los tratadistas en que el fin de la sociedad deba ser necesariamente la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios. Tenemos conocimiento de cuatro tesis diversas a este respecto, que vamos a tratar de exponer brevemente.

Primera tesis.—Quienes sustentan esta tesis piensan que no es necesario que la sociedad tenga por objeto la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, ni siquiera que sea forzoso que su fin sea lucrativo, sino que puede ser un fin cualquiera religioso, educativo, científico, artístico, recreativo, etc., etc. VIDARI opina que la definición que da de la sociedad el art. 1697 del Código Civil italiano, comprende también las asociaciones que no persiguen la realización de un fin lucrativo, sino educativo, literario, recreativo, religioso, etc. GUILLOUARD reconociendo que en el derecho positivo francés es esencial que la sociedad tenga por fin la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, aboga por “una reforma de nuestra legislación en un sentido más liberal: las asociaciones en las cuales se reúnen para orar a Dios, para practicar la caridad, para fomentar el desarrollo de las ciencias y de las letras, deberían ser consideradas como sociedades y regidas por las leyes del contrato de sociedad”.⁴⁶

Segunda tesis.—Esta tesis profesada por multitud de ilustres escritores, proclama que el fin de la sociedad debe ser la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios. Es la tesis de LYON-CAEN ET RENAULT, quienes enseñan que “la segunda condición esencial para que haya sociedad es que las partes tengan por objeto realizar beneficios pecuniarios divisibles entre ellas.”⁴⁷ AUBRY ET RAU señalan como carácter esencial del contrato de sociedad “un fondo común creado con intención de hacerlo valer y de dividir los beneficios que resultén de las operaciones hechas por medio de este fondo.”⁴⁸ PAUL PONT la defiende vivamente contra las objeciones de M. GUI-

45 *Précis de Droit Romain*. Tomo II. Pág. 337.

46 *Traité du Contrat de Société*. N° 67.

47 *Manuel de Droit Commercial*. N° 111.

48 *Cours de Droit Civil Français*. Tomo VI. Pág. 6.

LLERY ⁴⁹ y HAYEM, citando a DOMAT asienta que “los miembros de las sociedades se proponen un objeto esencialmente material: dividir entre ellos las ganancias o las pérdidas que resulten de la explotación de los bienes que han convenido poner en común.” ⁵⁰ Es la tesis adoptada por nuestros códigos civiles de 1870 y 1884, y a la cual nos afiliamos decididamente a reserva de exponer más tarde el motivo de nuestra decisión.

Tercera tesis.—Mientras los partidarios de la segunda tesis sostienen que “la palabra *beneficio* en materia de contrato de sociedad no significa una ventaja cualquiera, sino un provecho pecuniario”, los que profesan esta tercera teoría, opinan que no es necesario que el beneficio sea pecuniario precisamente, sino que basta que sea apreciable en dinero. “Pero notemos, dice TROPLONG, que aunque la sociedad no tuviese por objeto dividirse una suma de dinero, no por ello sería menos una sociedad propiamente dicha, con tal que la ventaja que procure sea apreciable en dinero.” ⁵¹ “¿Quién nos autoriza a decir, escribe M. GUILLERY, que la ganancia o el provecho deba ser pecuniario necesariamente? ¿No basta que sea apreciable en dinero?” “No es necesario, dice DALLOZ, que el beneficio que debe ser el objeto de la sociedad consista en una suma de dinero por dividir; basta que sea una ventaja común apreciable a precio de dinero.” ⁵²

Cuarta tesis.—Hay autores para quienes no es esencial en el contrato de sociedad que el beneficio sea pecuniario, ni siquiera apreciable en dinero, más aún, ni siquiera divisible entre todos los socios; sino que basta una utilidad cualquiera, aunque los socios la obtengan separadamente. “Según la jurisprudencia y la doctrina actuales, dice PLANIOL, la sociedad ha de tener necesariamente por finalidad la realización y la partición de beneficios, y se representan estos beneficios bajo la forma de dividendos en dinero, distribuidos a los socios al fin de cada ejercicio, como si esta forma pecuniaria del provecho fuese necesaria a la concepción misma de la sociedad. No es esto lo que dice el Código, ni lo que nos enseña la tradición. Para POTHIER, la sociedad es el contrato por el cual dos o varias personas ponen en común, ya sus

49 *Op. cit.* Núms. 68, 69 y 70.

50 *Etude Historique et Critique Concorrant les societes les Societes Civiles.* N° 7.

51 *Du Contrat de Société.* N° 13.

52 *Repertoire.* Voz: *Société.* N° 94.

bienes, ya su industria, para retirar de ellos el provecho común. (Costumbre de Orleans. Introducción al tit. XI, N° 1.) Ahora bien, el provecho que se puede retirar de ciertos bienes comunes no es necesariamente un beneficio en dinero, un enriquecimiento anual, análogo al de los comerciantes; sino que puede ser también el simple uso de las cosas, consistente en retirar en naturaleza, la utilidad que pueden dar”.⁵³

VIVANTE es del mismo parecer: “Las ganancias, los beneficios, la utilidad social, frases equivalentes en el derecho italiano, comprenden toda ventaja patrimonial de origen social, que va a acrecer la fortuna particular de los socios o a disminuir las cargas. Esta definición más amplia que la tradicional, que comprende únicamente las utilidades que se dividen entre los socios, es hecha necesaria por la consideración de que en la definición debemos comprender todos los beneficios que los socios pueden realizar por medio de una sociedad”.⁵⁴

Para estos tratadistas, dos individuos que compren a medias un reloj para saber las horas no son simples copropietarios, sino verdaderos socios, porque con ello obtienen una utilidad, aunque no sea pecuniaria, ni divisible, ni apreciable en dinero.

Hagamos ahora una breve crítica de estas teorías. El art. 2688 del Código Civil vigente en el Distrito Federal parece inclinarse por la tercera tesis, al exigir que el “fin común” sea “de carácter preponderantemente económico”, frase imprecisa que supone la posibilidad de que el “fin común” presente diversos caracteres, pero para que haya sociedad en el sentido de la definición legal se requiere, que entre esos diversos caracteres prepondere el económico, lo cual queda naturalmente a la apreciación judicial. De manera que conforme a esta definición, no serán socios los dos individuos que compran a medias un reloj para saber las horas; pero sí lo serán dos personas que teniendo que seguir la misma ruta dentro de la ciudad, tomen a medias un automóvil de alquiler. Dejemos a un lado esta defectuosa definición legal y abordemos el estudio de las teorías expuestas.

La palabra “sociedad” se aplica a toda clase de asociaciones o agrupaciones de hombres y aun a ciertas agrupaciones de animales. Se usa para designar el género humano, cuando hablamos de la sociedad humana, se usa también para designar las agrupaciones de ciertos animales

53 *Traité Elementaire de Droit Civil*. Tomo II. N° 1943.

54 *Trattato di Diritto Commerciale*. Tomo II. N° 323.

gregarios, como cuando se habla de las sociedades animales, de las abejas y de las hormigas. Hay una "sociedad de las naciones", hay una sociedad política, hay una *societas sine imperio* constituida por las relaciones y lazos económicos existentes entre los individuos de un mismo Estado, o de diferentes Estados, hay una sociedad conyugal, hay sociedades filantrópicas, científicas, religiosas, hay sociedades civiles, hay sociedades comerciales, colectivas, comanditas, anónimas, pero no porque todas estas agrupaciones reciban el nombre de sociedades son de la misma naturaleza, ni poseen la misma estructura, ni funcionan de la misma manera, ni pueden regirse por las mismas reglas, y son enteramente distintas unas de otras.

De esta suerte, cuando se trata de definir científicamente la sociedad se tropieza con la dificultad, de que es una palabra que se emplea para denotar muchas cosas enteramente diversas, que entre sí sólo tienen de común: la idea de grupo y la idea de fin.

PLATÓN en el *Politicus* creyó encontrar el criterio diferencial de los grupos humanos, en el orden político, en el número de miembros que forman la asociación, y de este modo si un hombre tiene bajo su dominio unos cuantos esclavos será un amo, si tiene un número mayor de personas será un padre de familia, si tiene más será un presidente o un rey, pues no existe ninguna diferencia substancial entre una gran familia y un pequeño Estado, y el gobernante será presidente o rey según que gobierne conforme a las leyes de la ciencia política, siendo alternativamente gobernante y súbdito o que gobierne de modo absoluto.

ARISTÓTELES criticó a PLATÓN diciendo que no es el número de miembros lo que caracteriza a las distintas asociaciones, sino su fin. La asociación conyugal tiene por finalidad la procreación de la especie; la familia tiene por fin la satisfacción de las necesidades diarias, la asociación de varias familias para algo más que fines efímeros es la aldea; y la asociación compuesta de varias aldeas, en su forma completa, es el Estado, en el cual se realiza por la primera vez el fin de completa independencia; "porque así como el Estado se formó para hacer posible la vida, así también existe para hacer la vida feliz".

Para ARISTÓTELES, pues, toda asociación persigue la realización de un fin, que considera bueno, y es este fin el que caracteriza cada asociación modelando su estructura y trazando las normas que la deben regir.

Este criterio aristotélico nos da, en nuestro concepto, la solución del problema que estudiamos. La palabra sociedad puede aplicarse a todas las asociaciones que se quiera, pero las asociaciones son enteramente distintas entre sí, según que sean distintos los fines que cada una de ellas se proponga realizar. El Estado, la Sociedad de las Naciones, la sociedad conyugal, una sociedad anónima persiguen la realización de fines distintos, y por consiguiente poseen diversas estructuras y se gobiernan por distintas reglas. De la misma manera podemos usar la palabra sociedad para designar las asociaciones que persiguen la realización de fines no lucrativos, las que persiguen un fin lucrativo que consista en la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, o simplemente de utilidades apreciables en dinero, o de simples utilidades apreciables en dinero o no; pero no podemos dar a esas distintas asociaciones la misma estructura jurídica, ni regirlas por los mismos principios. Podemos decir con MELA⁵⁵ que si dos vecinos construyen a gastos comunes una pared medianera son socios; pero no podemos dar a la medianería la misma estructura jurídica de una sociedad que persigue la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, ya sea una colectiva o una comandita o una anónima, ni aplicar a la medianería las mismas reglas que rigen las relaciones jurídicas de los miembros de estas sociedades.

Creemos, pues, que las asociaciones humanas que persiguen la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre sus miembros, constituyen un fenómeno jurídico sui generis, que debe regirse por un estatuto legal propio. En consecuencia, la finalidad de realizar utilidades pecuniarias divisibles entre los socios es el segundo elemento esencial y característico de la *societas negotiationis alicuius*, o sea de la sociedad mercantil.

Problemas jurídicos romanos acerca de la división de las ganancias y de las pérdidas entre los socios

Ocupémonos, ahora, de los diversos problemas que se presentaron al estudio y solución de los jurisconsultos romanos con relación a la división de las ganancias y de las pérdidas entre los socios.

55 D. 17. 2. 52. 13.

Los textos preven cinco casos distintos:

I. Cuando al celebrar el contrato de sociedad, los socios nada dijeron respecto de la división de las ganancias y de las pérdidas entre ellos.

II. Cuando al celebrar el contrato de sociedad sólo fijaron las partes en las ganancias, pero no en las pérdidas y viceversa.

III. Cuando confiaron a un socio o a un tercero la fijación de las partes.

IV. Cuando los socios fijaron ellos mismos las partes en el contrato.

V. Cuando habiendo sido fijadas las partes en el contrato de sociedad queda aún por saber si esa fijación es justa o injusta. A este respecto nos ocuparemos de la *Magna Quæstio* de GAYO y la *societas leonina* de ARISTÓN.

Primer caso.—Omisión de la fijación de las partes en el Contrato Social.

Dos soluciones debieron presentarse a la consideración de los juriconsultos romanos. Una en el sentido de que las partes de los socios en las ganancias y en las pérdidas fuesen proporcionales al monto de sus respectivas aportaciones; aplicando al efecto, las normas de la justicia distributiva de ARISTÓTELES, basada en la proporción geométrica, y que consiste en dar desigual entre desiguales. La otra solución fué dar a todos y cada uno de los socios partes iguales, no obstante la desigualdad de sus aportaciones.

Los textos nos dicen que esta última solución fué la adoptada.

Las Instituciones del Emperador JUSTINIANO expresan que: "Si en el contrato no se fijaron las partes de los socios en la ganancia y en la pérdida, esas partes serán iguales. *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatur convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur.*"⁵⁶ GAYO dice: *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen æquis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse.* "Es cierto que la ganancia y la pérdida son comunes y soportadas igualmente por todos los socios, cuando no se ha convenido cómo serán repartidas."⁵⁷ UL-

⁵⁶ Inst. Lib. III, Tit. XXV. Nº I.

⁵⁷ Inst. III. 150.

PIANO asienta: *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat.*⁵⁸

Esta solución parecería sumamente extraña, si no viéramos en ella un recuerdo de la fraternidad que impera en el *consortium*, y una aplicación, por mera tradición histórico-jurídica a la *societas negotiationis alicuius* o sea a la sociedad mercantil de una regla nacida al calor del *jus fraternitatis* en el seno del *consortium* o de una *societas universorum bonorum* constituida entre miembros de una misma familia.

A pesar de que los textos nos presentan esta solución como cierta, creemos con ARNO que la diferencia de lenguaje entre GAYO *Illud certum est* y ULPIANO *esse constat* y la Novela 113 en que el Emperador LEÓN sintió la necesidad de repetir la vigencia de ese mismo principio, nos revelan la existencia de discusiones y divergencias entre los jurisconsultos romanos acerca de este punto. “Os exhorto, dice ARNO, a dar la más grande importancia a tal diferencia de lenguaje: el serviano dice: *et illud certum est*, el muciano se limita a valerse del *constat* dejando bien entrever que su pensamiento personal es diverso, inspirado en sus antiguos (*veteres*) antecesores, y propende a una igualdad geométrica y no aritmética”.⁵⁹

Pero no debemos ser muy acervos al criticar el principio romano que consagró la referida tradición histórica; porque si bien se han librado de ella muchos códigos modernos, como nuestros Códigos civiles de 1884, art. 2276, y el de 1932, art. 2728 que adoptan la regla muciana de la proporcionalidad, hay otros, como el Código Civil suizo art. 533 y el Código Civil alemán art. 722, que se adhieren a la norma serviana y estatuyen que en el silencio del contrato las partes de los socios son iguales tanto en las ganancias, como en las pérdidas, sin atender a la desigualdad de las aportaciones.

Segundo caso.—Cuando sólo se fija la parte en las ganancias, pero no en las pérdidas y viceversa.—Los textos establecen en este caso que la parte omitida debe ser igual a la señalada. “*Sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omnisum est similes partes erunt.*”⁶⁰ “*Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa: in ea quoque quod praetermissum est eandem*

58 D. 17. 2. 29.

59 Op. cit. Pág. 191.

60 GAYO. Inst. III. 150.

partem servari."⁶¹ "Es evidente que si el contrato no ha expresado más que la parte en un solo interés, por ejemplo, en la ganancia o en la pérdida solamente, la parte en el interés omitido es la misma".

Tercer caso.—Cuando los contratantes confiaron a un socio o a un tercero la fijación de las partes sociales en las ganancias y en las pérdidas. La teoría muciana del Boni viri arbitrium.

De este caso no se ocupan las Instituciones de JUSTINIANO, ni las de GAYO.

De la primera especie se ocupa POMPONIO en el siguiente texto: *Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea est redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*⁶²

HULOT traduce en lengua francesa este texto diciendo: POMPONIUS au liv. 9 sur Sabin.—*Si vous contractez une société avec moi, sous la condition que vous serez le maître de régler la part que chacun de nous aura, ce règlement DOIT ETRE FAIT PAR UN ARBITRE qui pourra fixer les parts entre nous suivant sa prudence, sans être obligé de les faire égales; car on peut supposer qu'un des associés ait fait des fonds plus considérables, ou que ses peines et son industrie soient plus précieuses que celles de l'autre.*

La traducción que hace de este texto RODRÍGUEZ DE FONSECA es la siguiente: *LEY VI. Si contraxeses conmigo sociedad con la condición de que has de señalar las partes de ella, esto se ha de reducir a arbitrio del Juez; y así conviene para que no seamos socios por partes iguales, como si el uno ha de contribuir a la sociedad con mayor industria, trabajo o cantidad.*

Según estas traducciones cuando en el contrato de sociedad se pacte que la parte de cada socio en las ganancias y en las pérdidas sea fijada por un socio, no es el socio designado al efecto, sino un árbitro o un juez quien debe señalarlas.

Estas traducciones no nos parecen correctas. Nosotros traducimos el texto de este modo:

"Si contrajeses conmigo una sociedad con la condición de que tú has de señalar las partes en ella, la cosa debe sujetarse a arbitrio de buen varón; y es conveniente el arbitrio de buen varón, para que no

61 Inst. Lib. III. Tit. XXV. N° III.

62 Dig. 17. 2. 6.

seamos socios por partes iguales, como si alguno ha de contribuir a la sociedad con más trabajo, industria o dinero”.

Las palabras *ad boni viri arbitrium eo res redigenda est* deben entenderse, pues, no en el sentido de que un árbitro o un juez, extraños a la sociedad señalen las partes sociales, sino que las señale el socio designado al efecto, pero procediendo al hacer la designación, no arbitrariamente, sino según “el arbitrio de un buen varón”, por lo cual el socio que haga la designación no está obligado a fijar partes iguales, sino que puede señalarlas proporcionales al monto o importancia de las aportaciones.

El principio general romano es que todo contrato en que su cumplimiento o la contraprestación quedan a la voluntad de uno de los contrayentes es nulo. ULPIANO dice: *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione*.⁶³ GAYO enseña: *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum*.⁶⁴ PAULO asienta: *Illam autem stipulationem si volueris; dari? inutilem esse constat*.⁶⁵

Pero en materia de sociedad esta regla no fué aceptada por los mucianos, quienes establecieron la distinción entre el *arbitrium merum* y el *arbitrium boni viri*. El *arbitrium merum* y con mayor razón el *arbitrium dolo malo* en opinión de los mucianos anula el contrato; pero no así el *arbitrium boni viri*, porque en tal caso el socio al designar las partes sociales no procede como mejor le plazca, sino conforme al criterio de un buen varón, teniendo siempre a la vista la proporcionalidad que debe de reinar entre la magnitud de las partes sociales y la magnitud de las aportaciones.

Para los servianos todo contrato en el cual se deja al arbitrio de una de las partes la determinación de los elementos de la obligación, ya se trate de *arbitrium merum* o de *arbitrio boni viri* es nulo.

La segunda especie, o sea cuando en el contrato de sociedad se estipula que la parte de cada socio en las ganancias y en las pérdidas sea fijada por un tercero, la tratan los siguientes textos: PROCULUS lib. 5 Epistolarum. *Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partes societatis constituerit: Nerva constituit, ut ex*

63 D. 45. 1. 17.

64 D. 18. 1. 35. 1.

65 D. 45. 1. 46. 3.

*treinte socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id jure societatis sit, an nihilominus ex aequis partibus socii simus. Existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus, quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset; arbitrorum enim genera sunt duo; unum ejusmodi, ut sive aequum sit, sive iniquum parere debeamus: quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est. Alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat.*⁶⁶ PAULUS lib. 4 Quaestionum. *Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.*⁶⁷ PROCULUS lib. 5 Epistolarum. *In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse: eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*⁶⁸ PAULUS lib. 4 Quaestionum. *Unde si Nervae arbitrium ita parvum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.*⁶⁹ PROCULUS lib. 5 Epistolarum. *Quid enim, si Nerva constituisset ut alter ex millesima parte, alter ex millesimis partibus socius esset? Illud potes conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus: veluti si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae, in societatem collaturus erat.*⁷⁰

Traducidos estos textos son como sigue:

“Celebraste conmigo una sociedad, bajo la condición de que Nerva nuestro común amigo, señale las partes sociales en la sociedad. Nerva decidió que tú tuvieses un tercio en la sociedad y yo dos tercios. Preguntáis, ¿si debemos estar a lo que ha sido decidido por este amigo, o si, aun después de esta decisión, se puede decir que somos socios por partes iguales? Estimo que deberíais mejor preguntar si somos socios en las porciones que nos han sido fijadas, o si lo somos en las porciones que un buen varón *virum bonum* debiera haber constituido; porque hay dos clases de árbitros: unos, a la decisión de los cuales debemos estar, ya sea justa o injusta, tal cual sucede cuando se ha electo un árbitro por compromiso. Hay otros, la decisión de los cuales debe ser dada conforme al arbitrio de buen varón *ad boni viri arbitrium*, aun cuando

66 D. 17. 2. 76.

67 D. 17. 2. 77.

68 D. 17. 2. 78.

69 D. 17. 2. 79.

70 D. 17. 2. 80.

haya sido designada la persona del árbitro”.⁷¹ “Es lo que sucede en materia de locación, cuando las partes convienen que una obra será hecha de la manera que decida quien da la cosa en locación”.⁷² “Estimo que, en la cuestión propuesta, debe seguirse el arbitrio de buen varón *arbitrium boni viri*; con tanta más razón cuanto que el contrato de sociedad es de buena fe”.⁷³ “En consecuencia, si la decisión de Nerva es tan desazonable que la injusticia de ella sea evidente; podrá ser corregida por el juez que deba conocer del contrato de sociedad, que es de buena fe”.⁷⁴ “¿Qué sería, en efecto, si Nerva hubiese decidido que uno fuese socio en una milésima parte y otro en dos milésimas? Puede ser conveniente según arbitrio de buen varón *virī boni arbitrio* que no seamos socios en partes iguales, como si alguno contribuye a la sociedad con más trabajo, industria, gracia o dinero”.⁷⁵

En el primero de dichos textos D. 17. 2. 76, se principió planteando la cuestión de saber si cuando las partes confiaron a un tercero, a Nerva, la fijación de las partes sociales, y Nerva las fija desiguales, el socio que se considera perjudicado con la decisión de Nerva, puede atacar por medio de la *actio pro socio* esa decisión, invocando el principio serviano que estatuye que en el silencio de los contratantes las partes sociales deben ser iguales, aun cuando las aportaciones fueren desiguales. Pero PRÓCULO que es muciano y por lo mismo sigue el principio de la proporcionalidad de las partes sociales con el monto de las aportaciones, dice que la cuestión está mal planteada, porque no se trata de saber si las partes sociales pueden o no ser desiguales, puesto que admite que sí pueden serlo, sino si la fijación hecha por Nerva atribuyendo a cada socio partes desiguales es justa o injusta, y dice que si en el compromiso se pactó estar a la decisión del árbitro, fuese justa o injusta, los socios deben pasar por ella; pero si el árbitro lo fué de derecho, entonces no queda a su voluntad ni a su capricho fijar como quiera el monto de las partes sociales, sino que debe proceder con arbitrio de buen varón, y si no lo hace, si pronuncia una resolución injusta, entendiéndose por tal aquella en que no se guarda la proporción debida entre las partes sociales atribuidas a cada socio y el monto de sus respectivas aportaciones, entonces la decisión del árbitro puede ser judicialmente

71 D. 7. 2. 76.

72 D. 7. 2. 77.

73 D. 17. 2. 78.

74 D. 17. 2. 79.

75 D. 17. 2. 80.

reclamada por medio de la *actio pro socio*; bien entendido, que la decisión no es injusta por el solo hecho de que se atribuyan a los socios desiguales partes, puesto que las aportaciones pueden ser distintas, y uno de ellos contribuya a la sociedad con más trabajo, industria o dinero.

ARNO piensa que los textos atribuidos a PAULO están alterados, porque PAULO es serviano, a la inversa de PRÓCULO, y los compiladores para presentar concordantes en parecer a ambos jurisconsultos, a pesar de que profesaban distintas opiniones, adulteraron los textos.

Para concluir este punto añadiremos que CELSO⁷⁶ enseña que si el árbitro muere antes de señalar las partes sociales, no hay sociedad; puesto que la intención de los contratantes fué que no hubiese sociedad de otro modo que el determinado por el árbitro.

La teoría del *boni viri arbitrium* es sumamente notable. En Roma existieron dos concepciones fundamentales del derecho; conforme a la primera, que es la primitiva o más antigua, por derecho *jus* se entendió *quod jussum est*, lo que está mandado y sancionado por el Estado, *quod populus romanus jubet atque constituit*, ya sea justo o injusto y hasta contrario a la naturaleza: el poder del ciudadano romano sobre su esclavo es un derecho, aunque la esclavitud sea una institución jurídica contraria a la naturaleza humana *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur*; el derecho en este sentido es el orden social impuesto y conservado por la fuerza pública, es un derecho formalista, egoísta, inflexible, estricto, *jus strictum*, propio y exclusivo de los ciudadanos romanos *jus civile quiritium* que tiene como fuente el *imperium*, la *summa majestas*, la *potestas summa*, ya radique en la plebe *quod plebs scrivit as rotum esse jussit* o en el senado *quod senatus jubet atque constituit*, o en el príncipe *Sed et quod principi placuit legis habet vigorem, cum, lege Regia quae de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat*. Pero cuando los jurisconsultos romanos, bajo la influencia de la filosofía griega, emprendieron el estudio científico del derecho, nació otra concepción que CELSO expresa en breve definición diciendo *just est ars boni et aequi*, el derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo; de suerte que todo derecho para merecer ese nombre debe ser bueno y equitativo; el derecho tiene como fuente no el *imperium*, sino la justicia. A esta última concepción del derecho en Roma debe su origen la teoría del *boni viri arbitrium*, es una consagración de la

76 D. 17. 2. 75.

equidad, ante el rigorismo del derecho positivo. Ni en nuestro derecho, ni en la generalidad de los países que tienen el derecho romano como base de sus instituciones jurídicas ha tenido acogida la equidad fuera de la ley escrita, seguramente por temor a la arbitrariedad del juez encargado de administrar justicia; a diferencia de lo que ocurre en el derecho anglo-sajón en donde la equidad prevalece sobre el *summum jus*, de tal modo que aun después de fallado un juicio por un tribunal común puede venir la jurisdicción de equidad *Jurisdiction of Equity* no a revocar el fallo de ese juez, sino a ordenar a la parte que obtuvo en la sentencia o al funcionario encargado de ejecutarla, que no la ejecute. *A court of equity cannot interfere with the records of another court or strike therefrom a judgment entered by such other court. The relief is limited to enjoining the parties from proceeding to enforce the judgment. In other words the mandate of the court of equity does not address itself to the common law court, but it directs its injunction to the parties, and, if need be, to the executive officers of the law, and prohibits those from suing out, and these from executing, any process in pursuance of the judgment in reference to which relief is being granted.*⁷⁷

Cuarto caso.—Cuando los contratantes fijaron ellos mismos en el contrato de sociedad la parte de cada quien en las ganancias y en las pérdidas.—En este caso los jurisconsultos servianos rindiendo culto al principio de la libertad de las convenciones, establecen que debe estarse a lo pactado en el contrato de sociedad.

*Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent. Nec enim unquam dubium fuit quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem, duas partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia.*⁷⁸

JUSTINIANO en el pasaje preinserto de la Instituta nos presenta este principio como indiscutible y cierto: *Nec enim unquam dubium fuit*; pero parece, al contrario, que sí hubo oposición de opiniones entre mucianos y servianos respecto de este asunto. Porque mientras que los servianos se apegaban fuertemente al principio de la libertad de las convenciones, los mucianos, atentos a los dictados de la equidad, no podían consentir que un socio tuviese en la sociedad mayor parte que otro, a

77 *Ruling Case Law*. Voz: *Judgment* N° 179. Pág. 726.

78 *Inst. Lib. III, Tit. XXV. N° 1.*

menos de que esa desigualdad en las ganancias y pérdidas estuviese justificada por una desigualdad de aportaciones. Así resulta claramente del siguiente texto de ULPiano: "Si no fueren fijadas las partes sociales, consta que deben ser iguales. ¿Pero es válida la convención de que uno tenga dos o tres partes y el otro una? Es válida si un socio aportó a la sociedad más dinero o trabajo, o por alguna otra causa".⁷⁹

El romanista ACCARIAS no ve contradicción alguna entre JUSTINIANO y ULPiano: "Sea una convención, dice, que trata desigualmente a los socios, que por ejemplo atribuye a Primo los dos tercios del beneficio o de la pérdida y a Segundo un tercio solamente. ¿Es válida? ULPiano (L. 39 Pro. soc.) responde que sí con tal que las aportaciones de Primo sean superiores a las de Segundo. Las Instituciones (parr. 1 sup) contestan sí sin distinción. ¿Es decir que hay contradicción entre el jurisconsulto y el emperador? En otros términos ¿subordina ULPiano la validez de la convención a la prueba previa de la desigualdad de las aportaciones? Y por su parte ¿quiere JUSTINIANO, decir que la igualdad probada de las aportaciones no impida que las partes sean desiguales? No lo creo. La verdad es, según yo, que en la opinión de todos tal convención no es válida sino en tanto que las aportaciones sean realmente desiguales; pero que hace presumir esta desigualdad y que, en consecuencia, es tenida por válida hasta prueba en contrario".⁸⁰

VINNIUS. *Quaest. Select.* Lib. 1. c. 53; VOET, *Pro. socio* Nº 8, ARNO, *Il Contratto di Società*, pág. 240 si creen que existe esa contradicción entre JUSTINIANO y ULPiano, y es esta la opinión que nosotros profesamos, fundándonos en que lo contrario sería colocar a JUSTINIANO entre los partidarios de la tesis muciana, que exige la proporcionalidad de las partes sociales con las aportaciones, siendo así que el Emperador siguió la tesis serviana, y él mismo nos dice que la opinión de SERVIO SULPICIO prevaleció sobre la de QUINTO MUCIO. Esta oposición de pareceres es tan sólo uno de tantos aspectos de la pugna entre mucianos y servianos: los mucianos son los representantes de la equidad, y en este sentido su tesis es sumamente fuerte; los servianos son los representantes del derecho, del jus, y desde este punto de vista su tesis es sumamente fuerte también, porque si bien es cierto que desde el punto de vista de la equidad repugna que si las aportaciones son iguales las participaciones en las ganancias y en las pérdidas sean desiguales, también lo es que

79 D. 7. 2. 29.

80 *Precis de Droit Romain*. Tomo II. Pág. 343. 4ª edición.

desde el punto de vista del derecho positivo esa desigualdad debe admitirse, por respeto al principio de la libertad de las convenciones, ya que en derecho estricto resulta igualmente repugnante declarar nulo un contrato de sociedad por el solo hecho de que siendo iguales las aportaciones, en el contrato de sociedad se pacta que las partes sociales no sean exactamente iguales.

Son tan fuertes ambas tesis, la muciana y la serviana, que todavía hoy los tratadistas modernos al abordar el problema, se contradicen a sí mismos, pues decidiéndose aparentemente por la tesis serviana, caen inconscientemente en la muciana, al decir que aunque las aportaciones sean aparentemente iguales, en realidad son desiguales, pues los contratantes deben haber tenido motivos, que a ellos y no al juez toca apreciar, para considerar esa desigualdad, a pesar de la aparente igualdad.⁸¹

Quinto caso.—Cuando habiendo sido fijadas las partes sociales en el contrato de sociedad esa fijación es contraria a la equidad.

Las cuestiones que bajo este rubro vamos a tratar nos confirman la divergencia de opiniones entre mucianos y servianos: los primeros representando la equidad, los segundos el derecho. Estas cuestiones, ambas fundamentales, son la *magna quaestio* y la *societas leonina*, en las cuales se plantea el problema de saber si el principio de la libertad de las convenciones debe o no ser atemperado, en materia de contrato de sociedad, por los dictados de la equidad.

La Magna quaestio.—Magna quaestio autem fuit, “Pero fué una gran cuestión, dice GAYO, saber si puede celebrarse un contrato de sociedad de tal manera que uno de los socios tenga en las ganancias una parte mayor de la que reporte en las pérdidas. QUINTO MUCIO ha pensado que esto es contrario a la naturaleza de la sociedad *contra naturam societatem esse censuit*. Pero SERVIO Sulpicio, la opinión del cual prevaleció, *cujus praevaluit sententia* estaba tan persuadido de que la sociedad puede contraerse de ese modo, que ha dicho que se puede celebrar un contrato de sociedad tal que quien no soporte ninguna pérdida, participe sin embargo en las ganancias, con tal que su industria parezca tan preciosa que sea equitativo *ut aequum sit* admitirlo bajo estas condiciones en la sociedad; es constante, en efecto, que una sociedad puede existir de manera que uno de los socios aporte dinero y el

81 DUVERGIER. *Du Contrat de Société*. Nº 259 y 266. LINDLEY. *A Treatise on the Law of Partnership*. Cap. III.

otro no, y que sin embargo, los beneficios sean comunes entre ambos socios: frecuentemente, en efecto, el trabajo equivale a dinero *pro pecunia valet*".⁸² El Digesto nos da los siguientes rasgos biográficos de QUINTO MUCIO y de SERVIO SULPICIO.

"41.—QUINTO MUCIO, hijo de Publio, gran pontífice, ha sido el primero que constituyó el derecho civil, redactándolo todo entero en dieciocho libros. 42.—Tuvo varios discípulos: los principales son Aquilius Gallus, Balbus Lucilius, Sextus Papirius, Gaius Juventius. Servius asegura que Gallus fué quien tuvo máxima autoridad entre el pueblo. Sin embargo, SERVIO SULPICIOUS los menciona a todos: pero como sus obras no se conservan completas, y no están al alcance de todos los hombres, sólo las conocemos por las obras de Servius, que están completas. 43.—Servius mismo merece un lugar entre los jurisconsultos célebres; tenía el primer rango entre los oradores, o a lo menos el segundo, después de Marco Tulio Cicerón. Se dice que habiendo ido a consultar a Quinto Mucio sobre un asunto que interesaba a uno de sus amigos, Servius no pudo comprender lo que Mucius había decidido; lo interrogó una segunda vez, y tampoco entendió la contestación del jurisconsulto, lo cual le atrajo de parte de él este reproche: "que era vergonzoso que un patricio educado noblemente, y que profesaba la elocuencia, no supiese derecho." Herido por esta especie de afrenta, Servius se aplicó a estudiar el derecho civil, y tomó las lecciones de los jurisconsultos que acabamos de mencionar. Fué formado por Balbus Lucilius y sobre todo por Gallus Aquilius quien vivía en Cercines. Es por esto por lo que tenemos varios libros de él escritos en Cercines. Murió en una embajada, y el pueblo romano le erigió una estatua en la plaza pública: se la ve todavía hoy en la plaza de Augusto. Ha dejado cerca de ciento ochenta volúmenes, de los cuales nos quedan varios. 44.—Servius formó también varios discípulos, todos los cuales han escrito sobre la jurisprudencia: Alfenus Varus, Gaius, Aulus Ofilius, Titus Caesius, Aufidius Tucca, Aufidius Namusa, Flavius Priscus, Gaius Ateius, Pacuvius, Labeo Antistius, padre de Antistius Labeo. Cinna, Publicius Cellius." D. 1. 2. 41, 42, 43 y 44.

En este texto se plantean dos cuestiones distintas y se ofrecen de cada una de ellas dos soluciones diversas.

La primera cuestión es la *Magna Quaestio* y consiste en saber si en un contrato de sociedad se puede válidamente pactar que un socio tenga en las ganancias una parte mayor de la que deba de sufrir en las pérdidas.

La Tesis Muciana.—QUINTO MUCIO resolvió el problema por la negativa, pues le pareció ese pacto contrario a la naturaleza de la sociedad *contra naturam societatis*. QUINTUS MUCIUS *contra naturam societatis talem pactio nem esse existimavit et ob id non esse ratam*

*habendam.*⁸³ MUCIUS libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat.⁸⁴

La Tesis Serviana.—Servio Sulpicio, la opinión del cual prevaleció, estimó válido ese pacto. *Sed Servius Sulpitius, cujus praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit.*⁸⁵ SERVIUS SULPITIUS, *cujus sententia praevaluit, contra sensit: quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti.*⁸⁶

GAYO ha hecho muy bien en llamar a esta cuestión la *Magna Quaestio*, porque efectivamente el espíritu vacila entre ambas soluciones. De las muchas concepciones que los filósofos griegos hubieron de la justicia, ARISTÓTELES acoge dos: la legalidad y la igualdad. La justicia legal consiste en la observancia de la ley; es la concepción socrática de la justicia. Para SÓCRATES la justicia consiste en obedecer la ley, porque este es el medio de mantener la concordia en el seno de la sociedad, y por lo mismo, de conservar el orden social. La igualdad es la equidad. “Lo justo, dice ARISTÓTELES, es lo que es legal y lo que es igual; lo injusto es lo que contrario a la ley y lo desigual.” En consecuencia, es contrario a la justicia que un hombre se atribuya mayor bien que el que le corresponde, o menor del que debe sufrir.⁸⁷

La tesis muciana está, pues, enteramente justificada, al afirmar que en igualdad de circunstancias, es inicuo y contrario a la naturaleza de la sociedad, que es un contrato de buena fe, que uno de los socios lleve en la ganancia mayor parte y menor parte en la pérdida que su consocio; y surge entonces la cuestión de saber si el derecho debe sancionar y reconocer ese pacto inicuo y ventajoso o si debe declararlo nulo.

La tesis serviana ha prevalecido, tanto en el derecho romano, como en el moderno; pero quienes la sustentan, caen siempre en la necesidad de buscar en las aportaciones, aunque aparentemente iguales, una desigualdad que justifique la desigualdad de las partes sociales. ULPIANO, que es muciano, acepta la desigualdad de las partes sociales, a condición de que las aportaciones sean desiguales. *Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam an valeat? placeat valere, si modo*

83 Inst. Lib. III, Tit. XXV N° 2.

84 PAULO. D. 17. 2. 30.

85 GAYO. Inst. III. 149.

86 Inst. Lib. III. Tit. XXV. N° 2.

87 Etica. Lib. V. Cap. II.

*aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*⁸⁸

Hay otros autores que justifican la tesis serviana, aun cuando nada exista en el contrato que compense la desigualdad en las partes sociales, pues estiman que en tal caso existe una mezcla de sociedad y donación, por lo que a la diferencia concierne. De esta opinión son MOLITOR, MAYNZ, VAN WETTER y TROPLONG. Este último dice: "Pero SULPITIUS hizo prevalecer una opinión contraria, que yo creo la mejor. Desde luego este pacto, no suprime la comunicación de los beneficios que es substancial en la sociedad. Además, se explica muy bien por una mezcla de donación, que dentro de ciertos límites, no repugna a la sociedad".⁸⁹

Sin embargo, esta explicación no nos parece correcta, porque el contrato de sociedad es por su naturaleza oneroso, y ya vimos que no puede tener por causa una donación *Donationis causa societas recte non contrahitur*.⁹⁰

Nosotros creemos que la tesis serviana ha sido preferida por los legisladores, porque teniendo que optar entre la equidad y la libertad de las convenciones han estimado que es muy riguroso exigir una igualdad exacta, que podría ser muy peligrosa y molesta para las transacciones y el movimiento de los negocios.

La *magna quaestio* fué magna para los jurisconsultos romanos, porque ellos no admitieron la lesión sino respecto de la venta, las particiones extrajudiciales y asuntos de menores; si la hubieran generalizado a todos los contratos onerosos la *magna quaestio* hubiera desaparecido, porque la lesión es una institución jurídica que tiene por función social conciliar la equidad con la libertad de las convenciones. El Estado debe respetar la libertad de los contratantes; pero al mismo tiempo no puede prestar su sanción y apoyo a convenios iniquísimos. Por esto el Código Civil que nos rige abandonando el sistema excepcional romano en materia de lesión, la ha extendido a todos los contratos onerosos.

La segunda cuestión que se plantea en el pasaje preinserto de CAYO es si puede válidamente pactarse que un socio sea exonerado de las pérdidas, o en otros términos, si la división de las pérdidas entre los socios es o no, al igual de la división de las ganancias, de la esencia del contrato de sociedad.

88 D. 17. 2. 29.

89 *Du Contrat de Société*. Tomo II. Nº 633.

90 D. 17. 2. 5. 2.

Los servianos no creen que la división de las pérdidas entre todos los socios sea de la esencia del contrato de sociedad, y por lo mismo consideran válido el pacto por el cual alguno de los socios sea excluido de lastarlas. Así nos lo dice ULPIANO que es muciano, citando a CASSIUS que es serviano, *Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat.*⁹¹

Los mucianos piensan lo contrario, pues para ellos sí es de la esencia del contrato de sociedad que las pérdidas sean divididas entre todos los socios. Así resulta de un pasaje de PAULO que es serviano en el que citando a PROCULUS que es muciano nos dice: *Sed Proculus putat hoc ad caeterorum onus pertinere, quod ab aliquibus servari non potest: ratione defendi posse, quoniam cum societas contrahitur, tam lucri, quam damni communio initur.*⁹²

Paulo para defender mejor la doctrina de SERVIUS SULPICIUS y hacerla menos repugnante la presenta con un correctivo, que consiste en no considerar como ganancias, sino lo que resulte después de deducidas las pérdidas, y no considerar como pérdida, sino lo que resulte después de deducidas todas las ganancias, y de esta suerte nos dice: *Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societati sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*⁹³

De donde resulta, atenta la explicación de Paulo, que en realidad el socio no queda exento en absoluto de lastar las pérdidas, sino tan sólo de concurrir a la pérdida que resulte después de compensadas todas las ganancias habidas con las pérdidas sufridas, o lo que es lo mismo, lasta las pérdidas, pero tan sólo en proporción menor de los demás socios.

La equidad exige de tal modo que quien está a las ganancias esté igualmente a las pérdidas que LORD LINDLEY nos enseña que en el derecho inglés esta regla ha prevalecido desde 1775 hasta 1860, aun cuando no exista entre las partes un contrato de sociedad. Y por considerar muy interesantes las palabras de Lord Lindley, a continuación las transcribimos: *In the year 1775, De Grey, C. J. laid down the propo-*

91 D. 17. 2. 29.1

92 D. 17. 2. 67.

93 D. 17. 2. 30.

sition in *Grace vs. Smith* that every man who has the share of the profits of a trade, ought also to bear his share of the loss. Eighteen years afterwards, viz., in 1793, this doctrine was discussed and approved in the celebrated case of *Waugh v. Carver*; and ever since that time until 1860 it was considered as clearly established, that by the law of England, all persons who shared the profits of a business incurred the liabilities of partners therein, although no partnership between themselves might have been contemplated.⁹⁴

La exoneración de las pérdidas al socio industrial.—El argumento de SERVIO Sulpicio para fundar su tesis, argumento que hacen suyo tanto GAYO, como JUSTINIANO, es casuístico, pues se basa en la situación del socio industrial, respecto del cual se justifica la exoneración en las pérdidas, “a condición que su industria parezca tan útil, que sea equitativo admitirlo en esas condiciones” *si modo opera ejus tan pretiosa videatur, ut aequum sit, eum cum pactione in societatem admitti*. Ulpiano nos ofrece otro ejemplo de exoneración de las pérdidas en Dig. 17. 2/29. 1. diciendo: “Cassius piensa que se puede celebrar un contrato de sociedad bajo la condición de que uno de los socios no sufrirá parte alguna de las pérdidas. Pero esta convención según Sabino no es válida, sino en caso de que el socio se obligue a aportar trabajos o industria que equivalgan al daño o pérdida; porque hay personas la industria de las cuales es más preciosa a la sociedad que el dinero. Lo mismo es si un socio debe hacer un viaje por mar o por tierra y corre él solo los peligros. *Si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus*.”

El Código Civil vigente en el Distrito Federal ha consagrado la tesis serviana en el art. 2735 que textualmente dice: “Salvo pacto en contrario, los socios industriales no responderán de las pérdidas”.

Sin embargo, la excepción no es más que aparente; pues no es exacto que el socio industrial no laste las pérdidas, ni que pueda ser exonerado de lastarlas.

La tesis serviana ha sido desde hace varios siglos analizada por los comentadores, quienes invariablemente llegan a la conclusión que acabamos de exponer. Troplong resume esas conclusiones diciendo: “Pero en realidad los jurisconsultos romanos han jugado con las palabras cuando han dicho que la convención de que se trata contiene una

94 A Treatise on the Law of Partnership. Pág. 55.

excepción de la contribución a las pérdidas. Esta excepción no está más que en la corteza de las palabras; pero no está en las cosas. En efecto, cuando los socios vienen a rendirse cuentas de los resultados de la operación social, es bien entendido, que se debe, ante todo, calcular las pérdidas y deducirlas del activo, y que no es sino a condición de esta deducción previa como se llega a fijar la masa de los beneficios por repartir. PAULO lo declara expresamente en la ley 30 pro Socio, y JUSTINIANO ha reproducido su decisión como el temperamento necesario a la opinión de Sulpicius. Ahora bien según esta base de cálculo, es claro que el socio que ha aportado su industria contribuye necesariamente a las pérdidas, porque si la sociedad nada ha ganado, perderá su trabajo y sus penas; quedará sin recompensa. Si hay beneficios por repartir, estos beneficios serán tanto menores mientras más fuertes hayan sido las pérdidas. Por ejemplo, Titius y Seius están en sociedad para traficar con vino y con aceite. Titius debe tener una parte igual a la de Seius en las ganancias; pero no debe de sufrir ninguna pérdida. Supongamos que el negocio de aceites da 200,000 francos de pérdida y que el de vinos da 400,000 francos de ganancia. En este caso, Titius no puede exigir que los 400,000 francos de ganancia sean repartidos por igual entre él y Seius: porque entonces la sociedad sería verdaderamente leonina. Sino que antes de repartir las ganancias, hay que deducir las pérdidas, lo cual una vez hecho, no dejará más que una ganancia de 200,000 francos a repartir entre ellos. En este estado de cosas el autor de la Disertación Teológica sobre la Usura ha tenido razón de decir que el socio industrial participa en las pérdidas cuando no tiene parte más que en la ganancia que resulta después de deducir todas las pérdidas. Y desde entonces la proposición de Ulpiano, de Gayo y de Justiniano nada tiene de espantoso para la justicia distributiva: entra dentro de la regla ordinaria, que la pérdida es común.⁹⁵

Destruída así esta aparente excepción, llegamos a la conclusión que no solamente es esencial en el contrato de sociedad que todo socio tenga derecho de participar en las ganancias, sino también que tenga la obligación de lastar la parte de las pérdidas que le corresponda. Así lo enseñan Laurent,⁹⁶ Troplong,⁹⁷ y tal fué la tesis de Lord Lough-

95 *Du Contrat de Société*. Tomo II, N° 648.

96 *Principes*. Tomo XXVI. N° 155.

97 N° 647.

BOROUGH, quien se expresó en estos términos: *In order to constitute a partnership, communion of profits and loss is essential.*⁹⁸

La Societas Leonina.—Dice ULPiano en Dig. 17. 2. 29. 2 que “ARISTÓN refiere la opinión de Cassius en el sentido de que no se puede contraer una sociedad, de tal modo que uno de los socios participe de las ganancias pero no de las pérdidas, *alter lucrum tantum* y otro sufra las pérdidas, pero no tenga derecho de participar en las ganancias, *alter damnum sentiret*, CASSIUS solía llamar leonina esta sociedad. Y nosotros somos de opinión que una sociedad es nula cuando se conviene que uno de los socios tenga todas las ganancias, y el otro no tenga ninguna participación en ellas, pero laste todas las pérdidas. Es un género iniquísimo de sociedad aquel en que alguno tiene que sufrir las pérdidas, sin tener esperanza de ganancias”.

Se llamó leonina esta sociedad porque es la que nos dice Esopo en su fábula que celebró el león con una vaca, una cabra y una oveja, y después de corridos los riesgos de la empresa, y llegada la hora del reparto, el león hizo cuatro partes, y tomó la primera por ser león, *quia leo*; la segunda se la adjudicó por ser fuerte, *quia sum fortis*; la tercera, por valer más que todos los demás socios, *quia plus valeo* y la cuarta, porque la pasaría muy mal quien se atreviera a disputársela, *Malo afficietur, si quis quartam tetigerit*.

De suerte que en este tipo de sociedad, toda la ganancia es para un socio y toda la pérdida para otro. Y es en esta forma como la condena el art. 2696 del Código Civil vigente en el D. F. que dice: “Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.

Este texto legal parece consagrar en todo su rigor la *societas leonina* de ARISTÓN, pues exige que los provechos pertenezcan *exclusivamente* a alguno o algunos de los socios y, copulativamente, todas las pérdidas a otro u otros. Y entonces cabe preguntar si será leonina una sociedad en la que se parte que todas las ganancias pertenezcan exclusivamente a uno de los socios y las pérdidas se lasten por igual entre todos, o bien que todos los socios tengan derecho de participar en las ganancias y uno solo de ellos laste todas las pérdidas. En todos estos casos la sociedad es leonina, como lo enseña TROPLONG.⁹⁹ Nuestro legislador

98 Coope v. Eyre.

99 *Du Contrat de Société*. N° 629.

en vez de usar la copulativa “y” y dar un texto inicuo y confuso debió haber dicho sencillamente que es nula toda sociedad en la que se pacte que un socio sea excluido de participar en las ganancias o de lastar las pérdidas.

Affectio societatis.—La *affectio societatis*, el *animus societas*, el *animus coeundoe societatis*, el *animus contrahendae societatis*, es decir, la intención de formar una sociedad, es señalado por la generalidad de los romanistas modernos como el tercer elemento específico constitutivo del contrato de sociedad.¹⁰⁰

Sin embargo, el estudio de los textos nos revela la existencia de cuatro teorías diversas acerca del *animus societas* entre los jurisconsultos romanos.

Primera tesis.—Conforme a la primera y más antigua tesis, el *animus societas* no juega ningún papel importante en la estructuración jurídica de la *societas*. Toda comunión es sociedad. Es la tesis de los casianos; y así “CASSIUS escribió que la acción social tiene lugar en caso de que uno de los socios hubiere hecho algún gasto en la reparación de un canal común”.¹⁰¹ “Y MELA escribió que si dos vecinos aportan cada quien un medio pie de terreno para construir una pared medianera de un pie de espesor, destinada a servir de soporte para apoyar las vigas del uno y del otro; y si después de construída uno de los socios quiere impedir al otro que apoye sus vigas en el muro medianero, da lugar a la acción de la sociedad. Lo mismo si estos vecinos han comprado en común un terreno, a fin de que no se le quite la vista a sus predios, y aquel a quien hubiere sido entregado el terreno rehusare dar al otro lo que la buena fe exige, habrá lugar en este caso igualmente a la acción social”.¹⁰² Es la tesis de PAULO, quien nos dice que si una cosa es legada a dos personas existe entre ellos sociedad, no por el consentimiento, sino por la cosa “*si duobus res legata sit; nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res*”.¹⁰³

La tesis de PAULO fué consagrada por el Emperador ALEJANDRO, quien reputó sociedad el condominio existente entre un hermano y el comprador de la porción del otro hermano.¹⁰⁴

100 GIRARD. *Droit Romain*. Pág. 571.

101 Dig. 17. 2. 52. 12.

102 D. 17. 2. 52. 13.

103 D. 10. 2. 25. 16.

104 Cod. 3. 17. 3.

Segunda tesis.—Una segunda teoría nos es presentada por JULIANO quien no considera como sociedad toda comunidad, sino solamente aquella en que existe una gestión común. No basta, pues, para que haya sociedad la existencia de una comunidad, de una *communio rerum*, sino que es indispensable, además, una *communiter gestum*. Así se desprende del siguiente texto:

“Estando a la venta un fundo contiguo a dos fundos vecinos, el dueño de un fundo pide al del otro que compre el fundo de venta, y le ceda la mitad que linda con su fundo. En seguida, él mismo compró el fundo de venta, sin que lo supiera el vecino con quien había tenido ese arreglo. Se pregunta, si este último tiene alguna acción contra el que compró el fundo. JULIANO contesta que la cuestión propuesta es de hecho y compleja: porque si la intención de las partes fué que el vecino comprara ese fundo y lo dividiese en seguida con el otro vecino, entonces aquel con quien se tuvo ese arreglo no puede tener ninguna acción contra el vecino que hubiere comprado el fundo; pero si las partes han tenido la intención de gestionar ese negocio en común *ut quasi negotium gereretur, societatis iudicio tenebor*, aquel que hubiere comprado el fundo quedaría obligado al otro en virtud de la acción social a cederle la parte que quedara después de que él hubiese tomado la suya.”¹⁰⁵

Tercera tesis.—La tercera tesis es de GAYO, quien piensa que no toda comunidad es sociedad, sino solamente aquellas que deben su origen a la voluntad, esto es, las comunidades contractuales. Y así una comunidad entre copropietarios de un mismo fundo o entre coherederos no es sociedad y solamente da lugar a la *actio communi dividundo* o a la *actio familiae herciscundae* respectivamente. Pero si la comunidad es voluntaria, como en el caso de que dos personas compren una cosa en común entonces en concepto de GAYO, existe entre ellas una sociedad. *Con societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est veluti inter eos quibus eadem res testamento legata est.*¹⁰⁶

La tesis de GAYO fué consagrada por una constitución de los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO, puesto que en un caso de comunidad creada sin *animus societas*, sin intención de formar sociedad, da a uno de los comuneros la *actio pro socio*.

¹⁰⁵ D. 17. 2. 52.

¹⁰⁶ D. 10. 3. 2. y D. 17. 2. 34.

“Manifestando que habéis comprado un fundo en comunión *conjuncto dominio* con vuestro patrón y que los dos habéis sido puestos en posesión de ese fundo, el derecho exige que el dominio os pertenezca a los dos; pero como decís que vos sólo habéis pagado el precio y los gastos, recuperaréis por medio de la acción de la sociedad lo que vuestro asociado hubiera debido pagar por esta causa”.¹⁰⁷

Cuarta tesis.—La cuarta teoría es de QUINTO MUCIO, sostenida por ULPIANO y consiste en considerar como *societas*, no toda comunidad, aun cuando fuere una comunidad voluntaria o contractual, sino solamente aquellas en que existe la *affectio societatis*, el *animus societas*, o sea la intención de los contratantes de crear entre ellos una sociedad, esto es, la intención de celebrar un contrato de sociedad.

Así resulta de los siguientes textos, en los cuales ULPIANO desecha la tesis de CASIO, de JULIANO y de GAYO que venimos de exponer. “La acción social no puede tener lugar sino en tanto que hay un contrato de sociedad; no basta que una cosa sea común entre varias personas, a menos que esta comunidad tenga por origen un contrato de sociedad, porque se puede estar en comunidad sin una convención expresa de sociedad, por ejemplo, cuando por casualidad una persona se encuentra tener en común con otra alguna cosa y sin haber tenido la intención de asociarse, como sucede en el caso de una misma cosa legada a dos personas o comprada en común por dos personas, o cuando una sucesión es dejada o una donación es hecha a dos herederos o donatarios, o cuando dos personas compran separadamente las porciones que pertenecen a dos copropietarios sobre una cosa sin tener por ello la intención de asociarse”.¹⁰⁸ “Porque cuando una sociedad es contraída por una convención expresa, ha lugar a la acción social, *pro socio actio est*, pero cuando la comunidad existe sin convención, sino en virtud de la cosa, *in re ipsa*, o en virtud de un negocio gestionado en común *negotio communiter gestum* no procede esa acción”.¹⁰⁹

ULPIANO considera la *affectio societatis* como el criterio decisivo para distinguir la sociedad de la comunidad voluntaria, y lo aplica para resolver aquellos casos dudosos que fueron objeto de encontradas opiniones entre los jurisconsultos romanos.

107 Cod. 4. 37. 2.

108 D. 17. 2. 31.

109 D. 17. 2. 32.

El caso de la compra de una cosa en común.—De este caso ya nos hemos ocupado. Ya vimos que GAYO considera como sociedad la compra de una cosa en común.¹¹⁰ Ahora sólo añadiremos que MELA es del mismo parecer: “De la misma manera, dice, si estos dos vecinos han comprado en común un terreno, a fin de que no se le quite la vista a sus propiedades, y aquel a quien hubiere sido hecha la entrega del terreno comprado, rehusase entregar al otro lo que la buena fe exige, tendrá lugar igualmente la acción de la sociedad”.¹¹¹

Para ULPIANO si la compra se hizo *affectio societatis*, esto es, con la intención de celebrar un contrato de sociedad, existe sociedad; si no existe únicamente una comunidad voluntaria.¹¹²

El caso de la margarita.—El mismo criterio aplica ULPIANO para resolver el célebre caso de la “margarita” que tanto apasionó a los jurisconsultos romanos y que ha merecido la atención y examen de los jurisconsultos modernos.

Si margarita tibi vendenda dedero. “Si te doy una perla para que la vendas, de manera que si la vendes en diez, me devuelvas diez; si la vendes en más tendrás el exceso; paréceme, *mihi videtur*, que si ha obrado con intención de formar una sociedad, si *animus contrahendae societatis id ac tum sit*, procede la acción pro socio; de lo contrario, existirá una acción *praescriptis verbis*”.

Sin embargo, fué tan discutido este caso, como acabamos de decirlo, que el mismo ULPIANO nos enseña que para quitar toda clase de dudas, se creó una acción especial que se llamó *actio de estimatio*.

“La acción estimatoria ha sido propuesta para quitar dudas. Pues se dudó mucho, si cuando se da una cosa para venderla estimando su precio, procede la acción de venta a causa de su estimación, o la de arrendamiento, porque parece que arrienda la cosa para venderla, o la acción contraria de arrendamiento, como si fuesen alquilados los servicios de quien recibe la cosa para venderla, o bien, si procede la acción de mandato. Se ha creído que lo mejor es proponer esta acción; porque todas las veces que no se pueda fijar sin ambigüedad el nombre de un contrato, y, que sin embargo convenga dar alguna acción, se da la acción estimatoria expositiva de la convención *estimatoriam praescriptis verbis actionem*: porque se ha gestionado un negocio civil y de buena fe.

110 D. 10. 3. 2. y D. 17. 2. 34.

111 D. 17. 2. 52. 13.

112 D. 17. 2. 31 y 17. 2. 32.

Por lo cual se deben aplicar a esta acción todos los principios que rigen las acciones de buena fe".¹¹³

ULPIANO nos da a conocer la opinión de SABINO en el siguiente texto: "Si en un precio cierto te doy una cosa para que la vendas, de tal manera que si la vendes en más, el excedente sea para ti, opino que no proceden ni la acción de mandato, ni la acción pro socio, sino una acción *in factum quasi alio negotio gesto*; porque el mandato debe ser gratuito y porque no se puede decir que se ha contraído una sociedad con quien no nos admite como socios, sino que se ha reservado un precio cierto".¹¹⁴

TROPLONG acepta la solución de ULPIANO: "36. Sin embargo, ¿podrá la voluntad de las partes, claramente expresada, apropiarse esta convención a una sociedad? Sin duda, esta voluntad no se establecerá fácilmente, a quien la alegue le incumbe probarla. Pero en fin si esta prueba de la intención es completamente rendida, no le repugnará al juez declarar la existencia de una sociedad. ULPIANO lo decide así y su sentimiento es aprobado por todos los autores. (CUJAS, FAVRE, POTHIER, FELICIUS) En efecto, puede suponerse tal hipótesis, en que el revendedor, teniendo interés en no estar bajo el peligro de un mandato revocable, prefiere una sociedad que le permite llevar hasta el fin una operación de la cual espera obtener los beneficios. 37. ¿Cómo encontrar sin embargo en este negocio los elementos de una sociedad? Este contrato tiene por condición el reparto de los beneficios, y aquí, el que se ha encargado de vender la cosa está expuesto a no recibir nada, en tanto que el propietario recibirá íntegramente el precio. POTHIER contesta esta objeción de manera satisfactoria; basta para la validez del contrato de sociedad, que haya esperanza de beneficios, y nada impide hacer depender de ciertas condiciones la parte en los beneficios. Por lo demás, todos los otros elementos del contrato de sociedad se encuentran en rigor: la persona encargada de vender aporta su industria y sus cuidados; la otra aporta la venalidad de la cosa. Las partes tienen como mira un beneficio, el propietario al reservarse cierto precio, el revendedor estipulando que todo el sobreprecio le pertenecerá. Hay comunicación condicional del producto de la negociación, puesto que si el precio monta a 1,500, el uno tendrá 1,000 y el otro 500. ULPIANO ha tenido, pues, razón de decir que si la voluntad de las partes viniese a doblar ciertas

113 D. 19. 3. 1.

114 D. 19. 5. 13.

semejanzas, se encontraría una sociedad en la especie discutida. Se encontrará en ella, en efecto, lo análogo de una sociedad comandita y la base de esta célebre combinación".¹¹⁵

DUVERGIER sostiene lo contrario. En su concepto, aunque haya *animus societatis*, no hay sociedad, porque faltan los elementos esenciales de este contrato. "¿Pero este contrato es una sociedad? Es lo que considera POTHIER, como un punto fuera de toda discusión, con tal de que las partes hayan tenido la intención de asociarse, *si animo societatis contrahendae id actum sit*. Es esto, al contrario, lo que me parece dudoso. ¿No sería igualmente razonable admitir que el propietario de las joyas ha dado a aquel con quien ha tratado un mandato asalariado, y que el salario consiste en la suma excedente a la que ha sido fijada como *mínimum* del precio de venta? De que las partes hayan tenido vagamente la intención de asociarse, no se sigue que se hayan asociado. Es necesario, además, que su intención haya recibido los desarrollos convenientes, es decir, que todas las relaciones que deben existir entre socios se hayan establecido entre ellos; que todos los efectos que debe producir una verdadera sociedad resulten de su convención. "Entre el propietario de las joyas u otros objetos, y el que se encarga de venderlos, mediante la porción del precio que excede a un límite determinado no hay propiedad común. La industria del uno se ejerce sobre una cosa que no cesa de pertenecer al otro. No hay propiamente hablando beneficio que se parte entre ellos; la suma total mediante la cual se consuma la venta es el precio de los objetos vendidos; es la representación, desde luego del valor intrínseco de los objetos, y en segundo lugar de los trabajos, de los cuidados y aun de los gastos que han podido ser necesarios para hacerlos llegar a un comprador".¹¹⁶

La affectio societatis es un carácter general, pero no específico del contrato de sociedad.—Ya vimos que la generalidad de los romanistas señalan la *affectio societatis* el *animus societatis* como uno de los caracteres específicos del contrato de sociedad. Ahora tenemos que añadir que igualmente la generalidad de los tratadistas modernos ven en el *animus societatis* un carácter específico del contrato de sociedad. TROPLONG, DUVERGIER, PONT, GUILLOUARD, PIC todos participan de la misma creencia. Este último dice: "*Affectio societatis*: criterio económico. El tercer carácter específico del contrato de sociedad es un ele-

115 *Du Contrat de Société*. Núms. 36 y 37.

116 *Du Contrat de Société*. Núms. 45 y 50.

mento intencional *la affectio societatis*, o intención común de todos los cocontratantes de agrupar sus esfuerzos en vista de un objeto común”; y después de indicar que la expresión *affectio societatis* es equívoca, agrega: “¿Cuál será pues el criterio que permita restituir al contrato maquillado su verdadero carácter jurídico, y deducir de él lógicamente todos los corolarios legales que comporta? Este criterio en nuestra opinión es de orden esencialmente económico. Todo contrato de sociedad presupone no solamente la intención de realizar beneficios por un grupo de capitales, intención que se puede descubrir en el simple préstamo, acompañado de una cláusula de participación; sino la voluntad bien definida de parte de todos los coasociados de cooperar activamente en la obra común. Se discierne en otros términos, en toda sociedad un pensamiento de cooperación económica, o más exactamente, una voluntad de cooperación activa en vista de un fin común, que es la realización de un enriquecimiento con la puesta en común de los capitales y de la actividad de los socios”. (*Des sociétés commerciales*. N. 65).

En nuestro concepto, ni en derecho romano, ni en derecho moderno la *affectio societatis*, el *animus societas* esto es, la intención de celebrar un contrato de sociedad puede ser considerado como un carácter específico de este contrato.

Evidentemente que los contratantes deben tener la intención de celebrar un contrato de sociedad para que la sociedad exista; pero este requisito no es más que el consentimiento, pues en todo contrato, sea sociedad, sea venta, sea arrendamiento, sea un mutuo, las partes contratantes deben tener la intención de celebrar el contrato que convengan, porque sin esa intención, el concurso de voluntades, el consentimiento no existe y por lo tanto tampoco existe también contrato alguno entre ellas.

En derecho romano, el siguiente texto de POMPONIO resuelve la cuestión al señalar como esencial en todo contrato la intención de las partes de celebrarlo, sea venta, sea arrendamiento, sea mandato. “En todas las convenciones, sean de buena fe o de derecho estricto, hay nulidad si las partes contratantes están en el error sobre lo que hacen, por ejemplo, si aquel que compra o que toma en arrendamiento no piensa lo mismo que aquel con quien contrata. Hay que decir la misma cosa respecto de la celebración de un contrato de sociedad, si las partes disienten y si una piensa una cosa y la otra otra cosa, esta socie-

dad que debe ser fundada sobre el consentimiento de las partes no vale".¹¹⁷

En derecho moderno todos los autores están concordes en decir que es esencial que los contratantes tengan la intención de celebrar el contrato que se propongan, pues si mientras uno quisiere celebrar un contrato de venta, el otro creyere que se trata de un arrendamiento, el contrato es nulo por error respecto de la naturaleza de la convención. Y así PLANIOL nos dice: "1051. Error sobre la naturaleza de la convención. Una parte propone a la otra hacerle entrega de una cosa y se la entrega, pero una cree que se trata de una donación, cuando la otra tiene la intención de hacer un simple préstamo o un depósito. No hay contrato, porque las dos partes han querido cosas diferentes. Sus voluntades no se han encontrado y no se ha formado ningún acuerdo."¹¹⁸

El vicio es de tal modo grave que no es de aquellos que importan nulidad del acto, sino que lo hacen inexistente, precisamente porque falta el concurso de voluntades, el consentimiento, y por esta causa opinamos que la *affectio societatis*, el *animus societas*, aunque necesario para la existencia de toda sociedad es un requisito general, pero no específico de ese contrato, porque se confunde con el consentimiento de los contratantes, sobre la naturaleza de la convención.

LIC. MANUEL CERVANTES.

117 D. 44. 7. 57.

118 *Traité Elementaire de Droit Civil*. N° 1051.