

«SOCIETAS» Y «CONSORTIUM»

ALVARO D' ORS
Universidad de Navarra

I

Sobre la romanística de los últimos decenios había influido poderosamente la teoría de Wieacker (1936 y 1952) ¹ acerca de la derivación del contrato de sociedad respecto del *consortium ercto non cito*, comunidad individida entre los *sui*, o producida mediante *legis actio*, sobre la que los nuevos fragmentos de Gayo habían dado una estimulante información ². Esta teoría tendía a presentar el contrato de sociedad en estrecha relación con la comunidad de bienes, aunque no se dejara de reconocer que una copropiedad sólo era necesaria en la sociedad de bienes y no en la de negocios. Tal asociación venía reforzada por el hecho de que ya la sistemática del *ius civile* trataba juntamente la copropiedad y la sociedad ³. Esta tendencia venía a determinar consecuentemente la de proponer como más típica y genuina la sociedad de todos los bienes, que era la más fácilmente comparable con el *consortium* hereditario o "artificial". En efecto, Lenel había propuesto, en su reconstrucción del Edicto, una fórmula modelo que se refería, como caso más normal, a una sociedad de todos los bienes ⁴.

Por otro lado, la relación con la copropiedad tendía a presentar

¹ F. WIEACKER, *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* (1936) 1. Un resumen de la proyectada parte II: *Das Gesellschafterverhältnis des Klassischen Rechts*, en ZSS. 69 (1952), p. 302-344.

² Vid. la bibliografía en IGLESIAS, *Derecho Romano* ⁶, p. 597 n. 5. Una exposición de la doctrina dominante en este tema presenta ARIAS-RAMOS, *Los orígenes del contrato de sociedad: "consortium" y "societas"*, en *Rev. de Der. Priv.* 301 (1942), p. 141-153.

³ Vid. la rúbrica de los comentarios *ad Sabinum* de Pomponio (libs. 12 y 13), Paulo (lib. 6) y Ulpiano (lib. 3).

⁴ *EP* ³ § 109. La *demonstratio* rezaría así: "Quod As. As. cum No. No. societatem omnium bonorum coit...".

el contrato de sociedad como constituido por varios socios, y en este sentido hablaba Arangio Ruiz (en su monografía sobre el contrato de sociedad [1950], que no se apartaba fundamentalmente de la línea de Wieacker) de aquel contrato como "plurilateral"⁵.

Esta doctrina establecida ha sido enérgicamente sacudida ahora por Guarino, en su libro de 1972⁶, al que habían precedido varios estudios publicados en 1968⁷.

El punto acertado del que parte toda la crítica de Guarino es el de que la *actio pro socio* se da entre dos personas, y no es una acción de liquidación general como puede ser la *actio communi dividundo*. De ahí una serie de consecuencias congruentes, aunque quizá no siempre admisibles.

Según Guarino, la sociedad típica es una sociedad de sólo dos socios que buscan un provecho común sin poner bienes en común. En tal tipo de sociedad dualística y puramente obligatoria es congruente que la muerte, *capitis deminutio*, concurso o renuncia de uno de los dos socios ponga fin a la sociedad, pero no así la acción *pro socio*, que servía para el arreglo de cuentas entre los dos socios sin poner fin a su relación contractual. Sólo excepcionalmente, se habría dado en el derecho clásico una sociedad con copropiedad, sociedad de todos los bienes, y una sociedad de varios socios, para lo cual, aunque no se admitiera la subrogación por los herederos, el contrato no se disolvía por la muerte de uno de los socios, ni por otra de aquellas cuatro causas que sí extinguían la sociedad de sólo dos socios. Sólo en época postclásica se habría configurado como prototipo de sociedad la de comunidad de todos los bienes, que se extinguía por cualquiera de aquellas cuatro causas y por el ejercicio de la *a. pro socio*.

En 1975, Kaser ha tomado posición ante la nueva teoría de Guarino, con una aceptación bastante general, aunque no sin algunas divergencias⁸. Fundamentalmente, se centran éstas en dos puntos: en la limitación, sostenida por Guarino, de la sociedad normal a la de sólo dos socios (aunque Kaser admite que era la más frecuente), y en la exclusión que Guarino hace de la copropiedad como complemento normal del contrato, al menos en la forma de sociedad de todos los bienes. Según Kaser, no existió razón alguna para que los

⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (1950); ofr. la recensión de Wieacker en ZSS. 69 (1952), p. 488-506.

⁶ A. GUARINO, *Societas consensu contracta* (1972).

⁷ A. GUARINO, en *Studi Grosso* 3, p. 1 [= *Labes* 14 (1968) 2, p. 139], y en *Studi Volterra* 5, p. 135 [= *Archivio Giuridico* (1968), p. 212].

⁸ M. KASER, *Neue Literatur zur "societas"*, en *SDHI*. 41 (1975), p. 278-338.

compiladores (aun menos los prejustinianos) alteraran fundamentalmente el derecho clásico del contrato de sociedad, para configurarlo como una forma de copropiedad de varios socios.

En ese mismo escrito, Kaser se refiere a los estudios de Bona (1967 y 1968⁹) sobre el mismo tema, en especial sobre el análisis de la base textual utilizable y en torno a la cuestión concreta del alcance de la *a. pro socio*, sobre todo, en caso de renuncia dolosa o intempestiva de un socio. La posición de Kaser sobre el contrato de sociedad aparece ahora resumidamente en la segunda edición (1975) del segundo volumen de su tratado¹⁰.

Incidentalmente, Kaser se refiere a otros nuevos estudios: de Bianchini (1967 y 1972¹¹), Cornioley (1970¹²), Litewski (1972¹³) y Thomas (1974¹⁴).

II

A la luz de la posible independencia entre *consortium* y sociedad deben considerarse algunos puntos que, en cierto modo, se habían implicado en la derivación de ésta respecto a aquél.

a) En primer lugar, la cuestión del llamado "transitus legalis". En el antiguo *consortium* natural, la adquisición en común de los bienes se producía en virtud de la misma herencia, pero en el *consortium* que se podía producir mediante una *legis actio*, ésta misma hacía que los bienes, incluso los mancipables, se hicieran de la propiedad civil común de todos los *consortes*. Ahora bien, el mismo efecto se tendría que producir, según la secuencia de Paulo-Gayo colocada en cabeza del título del Digesto sobre la sociedad (D. 17. 2. 1. 1 y *eod.* 2), en la *societas omnium bonorum*, en virtud de una como *traditio tacita*, sin necesidad de actos de transmisión especiales. Para Guarino, este efecto del contrato de sociedad reflejaría el concepto postclásico centrado en la sociedad de todos los bienes, en tanto

⁹ BONA, *Contributi alla storia della "societas universorum quae ex quaestu veniunt" in diritto romano*, en *Studi Grosso* 1, p. 383, y *Società universale e società questuaria generale in diritto romano*, en *SDHI.* 33 (1967), p. 366.

¹⁰ M. KASER, *Das römische Privatrecht* 2 (1975) 2, p. 409-413.

¹¹ M. BIANCHINI, *Studi sulla "societas"* (1967); cfr. mi recensión en *Iura* (1968), p. 147; y "*Societas iuris gentium e "societas iuris civilis tantum"*", en *Annali della Fac. Giur. Genova* (1972), p. 92.

¹² CORNIOLEY, *De la "communicatio rerum" dans la "societas omnium bonorum"*, en *Festgabe von Lübtow* (1970), p. 493.

¹³ LITEWSKI, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain*, en *Rev. Hist. du Droit* (1972), p. 70.

¹⁴ J. A. C. THOMAS, "*Solutio Societatis ex actione*" and "*dissensus sociorum*", en *Tulane Law Review* (1974), p. 1099.

Cornioley se inclina a interpretar el verbo *communicari* que utiliza Paulo en el sentido de que los socios responden de aquellos bienes recíprocamente, sin el efecto de una adquisición real. Kaser, por su lado, acepta la explicación dada por Kunkel (en un estudio poco conocido, publicado en el homenaje en memoria de Andreas Schwarz en 1954¹⁵), según el cual, la misma convivencia y posesión conjunta de los socios familiares podía producir el efecto de la comunicación real, aunque sólo de propiedad bonitaria cuando de *res Mancipi* se tratase, en cuyo caso haría falta una *mancipatio* o una *in iure cessio* para que se produjeran los efectos de la copropiedad civil.

Esta singularidad del "transitus legalis", al no poder explicarse por el régimen del *consortium*, viene a explicarse por el recurso de la *traditio tacita*, pero quizá sea excesivo querer ver en el mismo contrato de sociedad una *iusta causa traditionis*. Ya Wieacker consideraba forzada tal causa¹⁶, pero Kaser adhiere a la crítica que contra él hacía Kunkel a este propósito¹⁷. En mi opinión, quizá sea innecesario buscar en este caso una causa, precisamente porque no hay verdadera *traditio*; tampoco la *derelictio* es una causa de *traditio* en el caso del *iactus missilium* (aunque sí lo sea de la *usucapio* de las *res Mancipi*, o a *non domino derelictae*).

Con todo, esta excepcional *tacita traditio* quizá se explica mejor por la convivencia familiar de los socios, por aquel *ius quodammodo fraternitatis* (D. 17. 2. 63. pr., *i. f.*) que parece propio del contrato de sociedad, pero que era la base del *consortium*. El mismo hecho, que subraya también Kaser, de que las palabras *societas* y *socii* sean aplicables igualmente a los *consortes* confirma la idea de que existe cierta afinidad entre el *consortium* y la *societas*. Esto explicaría que el "beneficio de competencia", aunque se introdujera como cláusula especial de la fórmula y no como parte esencial de su *condemnatio*,¹⁸ fuera constante en la acción de sociedad de todos los bienes y pudiera darse también en otro tipo de sociedad, como dice Ulpiano D. 17. 2. 63. pr. Y no deja de ser significativo que el modelo de acción propuesto en el Edicto fuera precisamente el de esa sociedad de todos los bienes; en efecto, como acertadamente dice Kaser, no puede aceptarse la idea de Guarino de que la *demonstratio* de esa fórmula modelo hablara simplemente de *societatem coire* sin indicar concretamente el objeto. Esto constituye un argumento fuerte contra la teoría de Guarino de que la sociedad normal es sin comunidad

¹⁵ W. KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische consortium*, en *Annales Fac. Droit d'Istanbul* 4 (1954) p. 56.

¹⁶ WIEACKER, en *ZSS.* 69 (1952), p. 388 ss.

¹⁷ KUNKEL (n. 15), p. 77 n. 46.

¹⁸ Como creía LENEL, *EP.* 3, p. 297.

de bienes, pura relación obligacional entre dos socios que buscan una ganancia en común.

b) Una segunda cuestión es la de las dudas que refleja y supera Justiniano acerca de la validez de una sociedad, de cualquier tipo, suspensivamente condicionada (CI. 4. 37. 6). La doctrina establecida ponía esta particularidad, extraña al régimen general de los contratos consensuales, en relación con la *legis actio* creadora del *consortium*, la cual parece ser que entraba entre los *actus legitimi*¹⁹. Contra esto observa ahora Guarino, y acepta Kaser, que los *actus legitimi* tampoco toleran el *dies*, siendo así que D. 17. 2. 1. pr. dice que la sociedad puede contraerse *vel ad tempus vel ex tempore*.

La cuestión de la sociedad *ad tempus* es, en realidad, una cuestión distinta —la del pacto de no renunciar—, pero la afirmación de una sociedad *ex tempore*, colocada en el mismo comienzo del título *pro socio*, quizá no sea un argumento suficiente. Según Kaser, puede explicarse la intolerancia de la condición (suspensiva) por la razón de que, suponiendo la sociedad un consentimiento durativo de los socios, que puede depender de las circunstancias de los cambios de propiedad, la constitución del contrato no se podía hacer depender de una condición suspensiva; pero esto mismo vale para negar el término suspensivo. Así, cabe decir que las dudas quizá podían referirse tanto al *dies* como a la *condicio*, y, no pudiendo explicarse bien esta particularidad desde el punto de vista del contrato consensual, no resulta tan aventurado pensar que también aquí el modelo del *consortium* constituido por *legis actio* pudo influir en aquellos juristas que dudaron de que los efectos del contrato pudieran quedar suspendidos por una *condicio* o por un *dies*, y que probablemente gran parte de la Jurisprudencia clásica (como después Justiniano) había superado ya esa dificultad por alejamiento del modelo del *consortium* en su perspectiva del contrato consensual de sociedad.

c) Otro argumento que inducía a pensar en cierta conexión con el *consortium* era la interpretación de D. 4. 7. 12²⁰ en el sentido de

¹⁹ La inclusión del *consortium* en la lista de los *actus legitimi* no se funda en los textos (de los que no quedan rastros de tal forma antigua de sociedad), pero se infiere del carácter de la *legis actio* constitutiva.

²⁰ MARCIANO 14 *inst.*: *Si quis iudicii communit dividundo evitandi* (Degenkolb: *mutandi*) *causa rem alienaverit, ex lege Licinia ei interdicitur ne communi dividundo iudicio experiatur: verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem qui partem alienaverit communi dividundo iudicio si agere velit, non audietur: is vero qui emit si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur qua cavetur ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat.*

que la ley Licinia, que extendió la *legis actio per arbitri postulationem* a los procesos de división de la copropiedad, hubiera prohibido la enajenación de la cosa entera por uno de los socios, lo que supondría un régimen anterior de solidaridad entre los socios, en todo igual al del *consortium*.

Según Kaser ahora²¹ (que acepta la corrección de Kniep *ei <emptori*), lo que la ley Licinia prohibió fue el ejercicio de la acción divisoria por parte del comprador, y concretamente en la hipótesis de un pacto de no dividir. Para ello pone en relación ese texto de Marciano con otro de Ulpiano (D. 17. 2. 16. 1) en el que se dice que, en caso de pacto de no dividir, el socio no puede enajenar. Francamente, que el pacto de no dividir pudiera tener efectos tan "reales" como la nulidad de la venta de su cuota por uno de los socios parece excesivo para el derecho clásico. Como otros textos permiten pensar, tal pacto sólo podía tener efecto entre los mismos contratantes, bien en la forma negativa de una excepción (oponible a la *actio communi dividundo*), bien en la forma positiva de dar lugar a una *actio pro socio* a causa de renuncia intempestiva por parte del demandado, o mejor, por su incumplimiento del contrato²². Parece probable que sólo los compiladores reforzaran la eficacia de tal pacto, sea mediante la extensión de la excepción también en contra del comprador que quisiera ejercitar la acción divisoria²³, sea mediante una vaga afirmación de "imposibilidad" (*nec vendere poterit*), a no ser que exista una justa causa (*nisi aliqua iusta ratio intercederit*)²⁴. Según Kaser, este reconocimiento de la posible excepción a la intempestividad de la venta cuando se pactó la no-división procedería de la observación "elegante" de Pomponio (en Ulp. D. 17. 2. 14) de que para nada había de servir el pacto si la renuncia del socio estaba justificada; pero quizá no deba confundirse el pacto de no-dividir con el de no-apartarse de la sociedad: sólo en este segundo supuesto puede hablarse de renuncia in-

²¹ Cfr., para un momento anterior, su *Röm. Privatrecht* 1^a, p. 142 n. 6.

²² D. 17. 2. 65. 6.

²³ D. 10. 3. 14: *emptor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur qua auctor eius summovertur*; 17. 2. 16. 1: *exceptionem adversus emptorem locum habere*. Estas "exceptiones in rem" no parecen clásicas.

²⁴ D. 17. 2. 16. 1 cit. Parece admitirse aquí que el comprador podría pedir la división, y precisamente por eso se niega el derecho a vender: *ne alla ratione efficiat ut dividatur*. Pero a continuación (vid. supra n. 23) se resuelve el problema mediante la "exceptio in rem" contra el comprador que intente ejercitar la acción divisoria. Así, el *nec vendere poterit*, en el contexto de este fragmento 16, viene a significar que "no debe", y atenta contra el contrato el socio que vende su parte, pues la venta es válida (*venditionem quidem non impediri*).

tempestiva²⁵. En todo caso, no resulta claro el expediente procesal por el que se puede declarar nula la venta en caso de no haber existido una *iusta ratio* para vender.

La interpretación de Kaser no parece evidente, y obliga a una sospecha muy profunda sobre el texto de Marciano, el cual presenta la prohibición de la ley Licinia en relación con el supuesto de una *alienatio iudicii communi dividundo evitandi causa*.

No podemos entrar aquí en el examen de todas las interpretaciones de este difícil texto, pero nos parece que la expresión *rem alienaverit* debe entenderse en el sentido de la venta de una cosa entera por uno de los socios, pero no de todo el objeto de la copropiedad, sino de una sola cosa del conjunto de cosas en copropiedad²⁶. Tal venta se hacía para excluir del juicio divisorio una cosa determinada²⁷, y proceder luego al juicio divisorio, solicitado por el mismo enajenante de aquel objeto. La ley Licinia habría prohibido la acción divisoria a tal socio enajenante, con el fin de impedir su maniobra en fraude de sus socios.

Pero no hay que perder de vista que en época de la ley Licinia —hacia el 210 a.C.— no había fórmulas y, mucho menos, contratos propiamente dichos, por lo que difícilmente podemos pensar que aquella ley se refiriera a socios y no, precisamente, a *consortes*, aunque Marciano haya aplicado a los *socii omnium bonorum* lo que la ley decía de los unidos por un *consortium*.

²⁵ D. 17. 2. 14 cit.: *Si convenerit inter socios ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse ne societate abeat. . . .* La observación de Pomponio que sigue se refiere al pacto *ne abeat* y no al pacto *ne dividatur*.

²⁶ Si se tratase de todo el objeto en copropiedad, no tendría sentido el excluir la acción divisoria del vendedor, pues ya había dejado él de ser copropietario. Si sigue teniendo la acción divisoria y por eso hace falta prohibir que la ejercite, es porque sigue siendo copropietario en el resto de las cosas no vendidas. En consecuencia, no hay que corregir *ei* > *emptori*; es él quien podría intentar la división.

²⁷ *Evitandi causa* no debe corregirse en *mutandi causa*, pues no se trata de trasladar su cuota de propiedad a otro, como en el segundo supuesto del fragmento 12 (*si partem alienaverit*), sino de excluir un objeto del conjunto que se quiere dividir. La explicación *verbi gratia recipiat*, que algunos editores colocan a continuación de *rem alienaverit*, no es que resulte desplazada, sino que es en sí misma ininteligible. En efecto, el *potentior emptor* de la *res* vendida se presenta como licitador en una subasta, y actuaría como testafiero del enajenante, el cual habría de recuperar lo enajenado a bajo precio por la licitación: *potentior emptor per licitationem vilius eam* (ante eod.: *rem alienaverit*) *accipiat et per hoc iterum ipse* (sc.: *venditor*) *recipiat*. Esto es incongruente, pues, de haber licitación, ésta tendría lugar, en todo caso, a consecuencia de la acción divisoria sobre el resto de la copropiedad, de la que ya había salido la *res* vendida. Así, parece obligado pensar que esta explicación torpe ha sido introducida como glosema en el texto de Marciano; recordaría una maniobra típica de la *translatio ad potentiores* frecuente en época tardía: compra del todo, por un comunero, mediante licitador interpuesto en la subasta del objeto cuya división se ha solicitado judicialmente.

Así, pues, la ley Licinia pensaba, efectivamente, en el caso de venta de una *res* entera por uno de los *consortes*, hecha con el fin de abusar de la acción divisoria, y prohíbe en tal supuesto que se ejercite esa acción. Esto reflejaría, como ya se había pensado, una propiedad solidaria, pero precisamente la del *consortium*. Por lo demás, parece muy probable que desde siempre (ya en la época de Q. Mucio Escévola, como dice Kaser) la propiedad por cuotas fuera la ordinaria en el contrato de sociedad, y por eso cabe admitir que D. 50. 17. 26, que habla de enajenar contra la voluntad de otros, nada tenga que ver con el régimen de la sociedad.

En la segunda parte del texto de Marciano, añade éste que incluso en el régimen propio de la sociedad, de copropiedad por cuotas (*partem alienaverit: no rem alienaverit!*), el que enajena la suya, a pesar de la *restitutio in integrum* que procede en el caso de *alienatio iudicii mutandi causa*, se ve privado de la acción divisoria (*non audietur*), no pudiendo hacerlo tampoco el comprador, en virtud del edicto relativo a la *alienatio iudicii mutandi causa*²⁸. El hecho de que Marciano no hubiera tenido dificultad en enlazar el régimen del *consortium* (y su propiedad solidaria) con el de la *societas*²⁹, aunque nada pruebe en contra de la idea de que el contrato de sociedad nunca conoció el régimen de propiedad solidaria propia del *consortium*, induce a pensar, sin embargo, que incluso para los juristas tardo-clásicos existía cierta afinidad entre *consortium* y *societas*.

d) Que todo contrato de sociedad —no sólo el de todos los bienes— se extingue por muerte, *capitis deminutio*, concurso o renuncia de uno de los socios, parecía ser, según la doctrina influida por Wieacker, un indicio de derivación del régimen del *consortium*. Aunque según Guarino, no consta que ese régimen fuera del *consortium*, sí parece probable, como dice Kaser, que lo fuera. Por otro lado, Guarino afirma que esas cuatro causas de disolución eran inevitables en la sociedad típica de sólo dos socios, pero que no extinguían la sociedad anómala de varios socios; tal sospecha carece de base textual, y procede del prejuicio de que, cuando se habla de sociedad

²⁸ En este segundo supuesto no se trata, efectivamente, de *evitare* el juicio divisorio sobre un objeto vendido, sino de hacer entrar a otra persona en la división de un objeto del conjunto en copropiedad; por eso se habla aquí de *mutare*. Pero también aquí se prevé el posible ejercicio de la acción divisoria por parte del socio enajenante —y se le prohíbe que lo haga: *non audietur*—, de modo que también aquí la enajenación (ahora de la *pars* alicuota) se refiere a un solo objeto y no a todo el patrimonio en copropiedad.

²⁹ Precisamente de la *societas omnium bonorum*, pues se trata de copropiedad de un conjunto de bienes, uno de los cuales es vendido por uno de los socios.

sin más, se está pensando en la de sólo dos socios. Nada puede apoyar la idea de que sólo los compiladores introdujeran esas causas de extinción en la *societas omnium bonorum*. Kaser parece admitir que existieron discusiones entre los clásicos —suprimidas como es frecuente, por los compiladores— respecto a la continuación de la sociedad entre los socios subsistentes, pero quizá no haya motivo para pensar que los clásicos tuvieran dudas al respecto. Que Paulo (D. 17. 2. 65. 3) cite a Casio para decir que el socio que renuncia a la sociedad libera a los otros socios respecto a él, pero no se libera él respecto a aquéllos, eso no parece indicar que se trate de una opinión particular de Casio, sino de una manera compendiosa que aquél tenía de indicar que, aunque la sociedad se extinga por la renuncia de un socio, queda éste obligado a indemnizar por su renuncia intempestiva (cfr. *h.l.* 6). Por otro lado, aun admitiendo que la excepción *nisi in coeunda societate aliter convenerit* (Paul. D. 17. 2. 65. 9 = Inst. 3. 25. 5) sea auténtica, no dice esto nada apremiante en contra del principio general de la extinción de la sociedad por la muerte de un socio. En realidad, tal pacto de continuar la sociedad en los supervivientes era una forma de *societas sub conditione*, probablemente imposible en época clásica.

Pero Kaser no cree que este régimen de extinción sea indicio de afinidad con el *consortium*, sino que se podría explicar, en la sociedad de varios socios, por el hecho de que la desaparición de un socio venía a alterar gravemente la relación social: en los casos de existir una copropiedad, porque los herederos u otras personas que se subrogaran en la cuota del socio desaparecido no podían entrar como nuevos socios sin un nuevo acuerdo social; incluso sin haber copropiedad, porque quedaba aumentada en proporción al socio desaparecido la propia responsabilidad de los socios subsistentes. Pero esta explicación no hace más que reforzar la afinidad con el *consortium*.

e) Aparte de estas cuatro causas de extinción, suele admitirse que también extingue la relación social el ejercicio de la *actio pro socio*; según Guarino, en cambio, al no ser ésta una acción de liquidación servía (como también las acciones del arrendamiento) para exigirse las deudas recíprocas de los socios (normalmente sólo dos) sin necesidad de extinguir la relación contractual. En efecto, Paul. D. 17. 2. 65. 15 habla de una acción *pro socio manente societate*.

Kaser, aun manteniendo que la *actio pro socio* servía normalmente para liquidar la relación contractual, admite que, por excepción (*nonnunquam* dice el texto citado de Paulo), podía darse *manente societate*, mediante una *praescriptio* que limitara el efecto con-

suntivo de la *litis contestatio* o, dice también Kaser, mediante unas palabras en la *demonstratio* que sirvieran para el mismo fin, con lo que —dice él, pero no creo se le pueda seguir— tendríamos una *actio* “*utilis*”.

En realidad, Paulo (frag. 65, 15 cit.), dice que, en algunos casos (*nonnunquam*), resulta necesario (*necessarium est*) ejercitar la acción *manente societate*, porque, a causa de existir varios contratos pendientes, no interesa extinguir la sociedad, pero hay que reclamar del socio que retiene lo que debería comunicar; y pone como ejemplo la sociedad de arrendatarios públicos (*societas vectigalium causa coita est*). Aunque no se quiera limitar esta posibilidad a la sociedad de arrendatarios públicos, parece evidente que nada nos obliga a sospechar del principio general (D. 17. 2. 63. 10; 64 y 65 pr.) de que el ejercicio de la *actio pro socio* extingue la sociedad, y precisamente a causa de aquel *ius quodammodo fraternitatis* (D. 17. 2. 63 pr., i.f.), que parece excluir la perduración del vínculo cuando la deslealtad de uno de los socios ha dado motivo a otro para una reclamación procesal.

Pero en todos estos casos de extinción, no hay que olvidar que la simple continuación de hecho entre los mismos socios, de algunos de ellos, o también con nuevos socios, bastaba para reconstituir el contrato, puramente consensual, incluso con mantenimiento tácito de los pactos anteriormente convenidos.

f) Finalmente, Gai. 3. 149 nos informa de la *magna quaestio* acerca de la admisibilidad del socio industrial, que Q. Mucio Escévola negaba pero Servio defendió con éxito. La doctrina criticada por Guarino explicaba la actitud de Escévola por suponer que pensaba en el esquema paritario de la antigua *societas omnium bonorum*, en la que el trabajo que pudiera aportar uno de los comuneros, como ocurriría con los *consortes*, no alteraba el régimen de reparto por cabezas. Es más, Bona llegó a creer que la *magna quaestio* sólo se refería a la sociedad de ganancias y no a la de todos los bienes. Para tal restricción, como dice Kaser, no hay apoyo textual, pero, por lo demás, no deja de resultar algo contradictorio que en una sociedad que se dice de todos los bienes, alguno de los socios no aporte bienes sino sólo trabajo.

En todo caso, la sociedad en que un socio no aporta más que trabajo parece más reciente que la de bienes (incluso aquella en que éstos no entran en copropiedad). Según Kaser, un tal socio debería haber empezado por entrar en el reparto como los demás socios tanto para el activo como para el pasivo, pero no podía entrar en la restitución de los bienes aportados, pues él nada había aportado

que fuera restituible. Sólo en un momento posterior se impuso la idea de que la aportación de trabajo equivalía a la de capital y, en consecuencia, se admitió que el socio industrial podía entrar en el reparto de los bienes sin por ello entrar en el reparto de los perjuicios, aunque como dice Ulpiano D. 17. 2. 29. 1, siguiendo a Sabino, esto sólo era posible cuando la aportación de trabajo era estimable en una cantidad mayor o igual, pero no menor a la de las pérdidas: *si tanti sit opera quanti damnum est*. Con razón dice Kaser que esta restricción no supone (como cree Bona) una diferencia con el principio de Casio de que puede un socio participar en el *lucrum* y no en el *damnum*, sin restricciones, como refiere también Gai. 3. 150: no se trata más que de una explicación de la opinión de Servio en favor del socio industrial.

Así, la *magna quaestio* no constituye, en verdad, un argumento en favor de una derivación de la *societas* respecto al *consortium*, pero sí parece contradecir la idea de Guarino de que la sociedad paritaria de todos los bienes es sobrevenida y no pudo servir de modelo típico para el régimen del contrato de sociedad. Si éste hubiera empezado por ser un contrato de sólo dos socios y sin copropiedad, no se ve qué dificultad hubiera podido existir para la admisión de un socio industrial. Si no fue así, y el convenio entre un capitalista y un trabajador se configuró mejor a modo de locación, como vemos en los formularios de los contratos agrarios de Catón, hay que pensar que ello se debía a la idea de que la sociedad suponía aportación de bienes, con lo que volvemos a encontrarnos con la posible influencia del *consortium*.

III

Cabe admitir, pues, que una derivación directa del contrato de sociedad respecto al *consortium* no puede probarse con claridad, y que ese contrato surgió independientemente, en relación con los otros contratos consensuales, y estimulado especialmente por las nuevas necesidades de una economía mercantilista. Sin embargo, el hecho de que sirviera “también” para flexibilizar el régimen del *consortium* mediante una nueva forma de *societas omnium bonorum* en la que los socios participaban por cuotas y no ya solidariamente en la copropiedad, parece indicar que esa utilización (si se quiere, secundaria) del nuevo contrato, tuvo suficiente importancia para que algunos principios del antiguo *consortium* influyeran en la configuración jurisprudencial de su régimen, hasta el punto de que los pre-

tores propusieran como fórmula modelo precisamente la de esa *societas omnium bonorum*. Que sólo en la época de los compiladores este tipo de sociedad cobrara importancia como sostiene Guarino, carece de toda verosimilitud en atención a las condiciones económicas del momento.

En resumen, la teoría de Guarino, como ocurre con revisiones similares, ha obligado a contrastar una doctrina establecida, en este caso, por el poderoso influjo de Wieacker. Aunque con ciertas reservas, Kaser parece atraído por la crítica de Guarino. Sin embargo, aquella doctrina que ponía en relación el régimen del contrato de sociedad con el del *consortium* quizá no haya quedado totalmente invalidada, si bien debemos admitir que se trata mejor de una afinidad presente en el pensamiento de la jurisprudencia clásica que de una estricta derivación institucional. Para explicarlo con una analogía, el *consortium* pudo influir en la *societas* como la *mancipatio* en el contrato de *emptio-venditio*, y esta asociación de instituciones resulta del mismo orden sistemático que encontramos en las obras sobre el *ius civile*.