

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**APORTACION HISTORICA
DEL DERECHO ROMANO AL
CONTRATO DE SOCIEDAD**

Tesis que para obtener el Título
de Licenciado en Derecho, presenta

MANUEL FUX GUIVERS

MEXICO, D. F.

1971



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES.

A MI ESPOSA.

A MIS HIJOS.

INDICE

INTRODUCCION Y MOTIVOS	Pág. 7
------------------------------	--------

CAPITULO I

ANTECEDENTES.	Pág. 10
--------------------	---------

- A) El estado de indivisión de la familia primitiva romana; el consorcio ercto non cito.
- B) El aspecto contractual de la sociedad, el contrato de sociedad.
- C) Personas Jurídicas, la personalidad de la Sociedad.

CAPITULO II

CONTRATOS CONSENSUALES	Pág. 20
------------------------------	---------

- A) La Sociedad: Concepto, Caracteres.
- B) Requisitos necesarios para la válida formación de toda sociedad.
- C) Diversas Clases de Sociedad.
- D) Efectos de la Sociedad.
- E) Extinción de la Sociedad.

CAPITULO III

SEGUNDA VIDA DEL DERECHO ROMANO	Pág. 45
---------------------------------------	---------

- A) Edad Media.
- B) El Contrato de Commenda.
- C) Evolución del Derecho Romano hasta el advenimiento del Código Napoleón.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO Pág. 54

- A) Francia.
- B) Alemania.
- C) España.
- D) Italia.
- E) México.

CONCLUSIONES Pág. 79

BIBLIOGRAFIA Pág. 81

INTRODUCCION Y MOTIVOS

A nadie escapa el enorme desarrollo que en nuestros días, y en todo el mundo ha alcanzado tanto la actividad económica, como la puramente social; encajando en la primera la industrial y la mercantil, y en la segunda la social o civil. Esto ha traído como consecuencia la utilización frecuente de todo tipo de sociedades y asociaciones en sus variadas formas y diversas modalidades, precisamente dado ese gran desenvolvimiento y el empleo constante de esas formas de unión se hace necesario el estudio y análisis de ellas, y qué mejor que conocerlas desde su origen, desde su nacimiento que nos van a facilitar el entendimiento más cabal de la creciente importancia de la empresa colectiva, y aquí cabe la frase feliz de nuestra maestra, Lic. Sara Bialostosky, que al respecto nos dice:

“No es posible, ni en Derecho ni en ninguna otra ciencia social, saber a dónde vamos, sin saber de dónde venimos”.

Surge la pregunta, dónde y cuándo encontramos los antecedentes de la sociedad, planteada a través de los tiempos por los historiadores del Derecho, en el presente ensayo, que calificamos de modesto, no pretendemos descubrir, ni discutir si el origen se remonta al “*consorcio erecto non cito*” romano, a la “*commenda*” italiana, o a la “*gezamtehand*” alemana, sino sólo precisar que los caracteres esenciales de nuestras sociedades actuales encuentran gran similitud en los tipos de sociedad antigua romana, por ejemplo nuestras sociedades mercantiles se asemejan a las “*societas vectigalium*”.

Damos así a nuestro trabajo una proyección histórica muy útil y necesaria para la formación humanística del jurista. Debido a su larga vigencia (V.a.C. hasta VI d.C.), tomamos el Derecho Romano para estudiar la génesis de la sociedad, pues dada la

universalidad y profundidad de este derecho es donde mejor podemos encontrar los motivos económicos, políticos y culturales que propiciaron la creación de dicha institución. Y aquí mencionamos la afirmación del ilustre maestro W. Roces: "El Derecho Romano es la conciencia histórica del Derecho". Agregamos también siempre en favor del Derecho Romano, su gran utilidad histórica, ya que nuestro Derecho actual tiene sobre todo por orígenes: las costumbres y el Derecho Romano; títulos enteros de nuestro Código Civil, especialmente la teoría de las obligaciones, han sido sacados de esta última fuente; para que comprendamos bien sus disposiciones es menester conocer las leyes antiguas de donde ellas nacen, éste es el medio más seguro de apoderarse de su verdadero espíritu y de apreciar su valor, el estudio de nuestras leyes se ensancha y se eleva cuando es iluminado por la historia, se descubren los lazos que las unen con el pasado, las causas de sus imperfecciones, y se está mejor preparado para asegurar su progreso. Los romanos tuvieron una aptitud especial para el derecho, así como los griegos para la filosofía, la lógica notable y la gran delicadeza de análisis y de deducción, son características que en mucho admiramos a aquellos jurisconsultos romanos. Por otra parte, el conocimiento del Derecho Romano es parte central de este estudio, en el que vemos tanto los capítulos de antecedentes, contratos consensuales, concepto de sociedad, sus requisitos, sus clases, sus efectos y extinción, así como también la segunda vida del Derecho Romano, comprendiendo la Edad Media y la evolución del Derecho Romano hasta el advenimiento del Código Napoleón; para terminar hablamos en este trabajo en su Capítulo IV del Derecho Comparado, mencionando al derecho francés, alemán, español, italiano y el nuestro, en materia de sociedades el Código Civil Mexicano de 1870, sigue fundamentalmente al Derecho Romano, a través de la antigua legislación española. El Código Civil de 1884, reproduce literalmente a su antecesor en cuestión de sociedades y ya en el Código Civil de 1928, introduce cambios sustanciales en la conformación de la sociedad, basado en los Códigos alemán y suizo de las Obligaciones.

En esta exposición de motivos, rindo sincero testimonio de gratitud a mi maestro, Dr. Félix Pichardo Estrada, de quien recibí sus sabias enseñanzas en los dos cursos de Derecho Romano, que se imparten al inicio de nuestra carrera. Así mismo, expreso mi agradecimiento a la maestra de Derecho Romano de nuestra Facultad, Lic. Sara Bialostosky, quien me guió y orientó, facili-

tándome material de estudio, haciéndome observaciones siempre útiles, a ella mi reconocimiento a su preparación intelectual y a su don de gentes, muchísimas gracias.

Quiero mencionar especialmente a mi padre, Don Abraham M. Fux, gran admirador de la cultura y de quienes la poseen, quien siempre me alentó e inspiró para seguir adelante y así llegar a la meta propuesta. Y finalmente, agradecer profundamente a todos mis queridos maestros, que a lo largo de la carrera me impartieron su cátedra, interesante y entusiasta.

A todos, muchísimas gracias.

CAPITULO I

- A) El Estado de la indivisión de la familia primitiva romana; *el consorcio ercto non cito*.
 - B) El aspecto contractual de la sociedad, el contrato de sociedad.
 - C) Personas Jurídicas, La personalidad de la Sociedad.
- A) EL ESTADO DE INDIVISION DE LA FAMILIA PRIMITIVA ROMANA. EL CONSORCIO *ERCTO NON CITO*

El Derecho Privado Romano reconoce por base el ordenamiento de la familia, el de la *gens* y el de las relaciones intergentilicias e interfamiliares.

La familia primitiva romana no ha recibido sus leyes de la ciudad; “no es obra del legislador, por el contrario, se ha impuesto al legislador” es en la familia donde ha encontrado su origen.

La familia estaba integrada por las personas sometidas a la patria potestad del *pater familias*. El *pater familias* tenía no sólo el “*ius vitae necisque*” sobre todas las personas a él sometidas, sino también un poder absoluto sobre todo el patrimonio doméstico, poder, pero no propiedad, como lo prueban algunos testimonios todavía en la época clásica, la propiedad era común de los miembros libres de la casa y el poder del padre se reducía al derecho de administración y disposición del mismo; los hijos no tenían derecho de intervención en tales actos; sus derechos se patentizaban con la muerte del *pater familias*, es decir, que en el momento en el cual los hijos de familia *heredes sui* se emancipaban de la potestad paterna, adquirían el poder de disposición sobre su parte de patrimonio, eran pues, herederos de sí mismos.

Si después de ese instante el caudal familiar quedaba indi-

viso, se originaban una peculiar multiplicación del poder doméstico patrimonial, debido a que cada partícipe adquiría para sí el pleno poder de disposición sobre el patrimonio común. Este estado de copropiedad es designado con la expresión latina "*consortium ercto non cito*". Forma de división comunitaria de hecho, que derivaba de la estructura de la familia y del derecho sucesorio arcaico, impregnada de ambiente de *fraternitas* familiar.

Podríamos afirmar, no sin ciertas reservas que este estado de indivisión de la familia romana, de orden natural, fué imitado para administrar ciertos tipos de propiedades, creando así un consorcio artificial.

Hasta 1933, época en que se descubrieron los nuevos Fragmentos de las Institutas de Gayo, se tenía del antiguo consorcio entre hermanos, "*ercto non cito*" una idea muy vaga; a partir de esa fecha son más de uno los autores que toman el consorcio como punto de partida para explicar el origen de la sociedad.

¿Qué tanto aportó este consorcio, que no se le puede considerar sino como una copropiedad pero con características diferentes, a la formación del contrato de sociedad?

Seguiremos para contestar este interrogante los lineamientos de Arangio Ruiz y de Franz Wieacker. El primero, historiador, parte del consorcio como punto de partida, para explicar el origen de la sociedad tomando como base no sólo los fragmentos por él descubiertos, sino también el hecho de que aún a fines de la República existió la tendencia viva en los juristas romanos de reconocer una liga entre el viejo consorcio y el contrato consensual relativamente nuevo, lo que explica dicho autor "no sólo por el tradicionalismo, sino por una evolución similar que hubiera hecho desembocar en el contrato consensual con otras corrientes aquel consorcio".

Gayo, en el ya tan comentado paso, considera al "*consorcio ercto non cito*" como sociedad tanto natural como legal. El consorcio se relacionaba con la herencia, era la consecuencia jurídica de la relación de hermandad, pero no se reducía sólo a los bienes sucesorios sino comprendía los que en el futuro adquirirían por cualquier índole los integrantes del mismo. No tenemos datos fidedignos para afirmar si esta copropiedad era administra-

da por alguno de los herederos en especial, pero de hecho debió tener un administrador, posiblemente el hijo mayor; lo que sí podemos deducir de las fuentes, es que cada uno de los socios divisivos tenía la responsabilidad total y sólo era limitada por la responsabilidad del otro, ("*concursum partes fuit*").

La participación de cada uno de los socios era la misma, independientemente del monto de la herencia original o de lo que fuera acreciendo con aportaciones futuras. Ya desde la Ley de las XII Tablas Siglo V a. C., se preveía la posibilidad de salir de este estado de indivisión ejerciendo la "*actio familie erciscundae*" a través de una de las 5 "*legis*", la "*iudicis postulatio*".

La vieja institución de copropiedad apta a un mundo poco desarrollado, de economía cerrada, agrícola por excelencia, debió perder mucho su popularidad cuando un grupo cada vez mayor de ciudadanos romanos buscó otras vías de ganancias; mucho debió influir en su decadencia, también, aquella normal insuficiencia, que se llevó a cabo a principios del siglo II a.C. de atribución y división de los campos a familias numerosas.

Pero a pesar de estos motivos, la necesidad de permanecer en el fundo paterno se sintió, hubo también la necesidad de unir varios fundos en un solo, a fin de recabar del conjunto un mayor rédito y, por lo mismo, tanto entre hermanos, como entre extraños, se continuó en la unión de ese consorcio.

Wieacker, considera que el consorcio, comunidad doméstica, formado por un acto de fraternidad (seguramente se refiere a la época cito en la cual ya hay un acto de voluntad), utilizando una de las "*legis actio*", da su impronta a la sociedad del derecho clásico, sin desconocer el paso o modulación, de una forma estricta formalista a una consensual.

En el momento en que el consorcio *non cito* deja de ser tal y es cito, es porque se habla de comunión deseable, lo cual podía lograrse a través del ejercicio de la ya citada acción divisoria, la "*familie erciscundae*".

De este modo vemos por primera vez aflorar la voluntad de los asociados; es decir, que la voluntad viene a ser aquí la amalgama que mantiene la unión, y cuando cesa, mediante la deduc-

ción de la acción ya citada, el consorcio se extingue. Esto se explica, por otra parte, en virtud del proceso de liberalidad que corre simultáneo del derecho arcaico con el derecho de los véteres en la temprana República, mismo fenómeno que se encuentra en el matrimonio, en el divorcio, en los herederos ya no necesario sino voluntario, etcétera.

Aquí se reconoce a la voluntad la posibilidad de crear efectos jurídicos. La voluntad sólo servía para destruir y por el principio romano de simetría de formas del "*contrarius actus*", lógico es pensar que posteriormente se le dió el efecto de construir pero no una "nuda voluntad", sino adherida a formas simultáneas, como por ejemplo la entrega o aportación, es decir la voluntad no es la causa civil que perfecciona el contrato, pero sí es la concausa; estaríamos en un momento intermedio, entre el "*consortium non cito*", "*consorcio cito*", y la "*societas rei*" y la "*societas consensu*".

Lo que explica el paso del *consortium cito* a las *societas rei* son tres razones:

a) Que desde el punto de vista sociológico (sustratum de lo jurídico) la forma comunitaria que encontramos en los dos tipos de consorcio, forma que carece de fin común, deviene teleológica en la cual la voluntad viene a ser causa eficiente, o sea que la forma comunitaria devino en forma asociativa.

b) El principio de libertad, desde el punto de vista psicológico viene a ser la imperante en el Derecho Romano y el consentimiento jurídicamente es reconocido como capaz de generar efectos de creación o conocimiento de derechos y obligaciones mientras que en la etapa anterior, en la del "*consorcio cito*", el consentimiento sólo era capaz de extinguir los derechos y obligaciones propios de la situación consorcial o de indivisión. Si ampliado el poder jurídico del consentimiento, aún cuando, como ya vimos anteriormente, no era causa sino concausa, siendo hasta la sociedad consensual cuando la voluntad es causa única.

En cuatro etapas podemos dividir dicha evolución:

1.—El consentimiento no tiene ningún efecto jurídico.

2.—El consentimiento puede extinguir una situación jurídica, pero sólo mediante el ejercicio de la acción "*familiae erciscundae*".

3.—El consentimiento puede jurídicamente hacer nacer el contrato en unión de ciertas formalidades: la aportación, según la hipótesis de Arangio Ruiz. El formulismo riguroso, según Wieacker.

4.—El consentimiento por sí solo es causa eficiente y causa extintiva. El espíritu de conservación de los juristas romanos no permitía fácilmente crear instituciones ex-novo, solamente acudían a ello cuando dentro de los moldes existentes no encontraban la que encuadrara en los fines que perseguían, de lo contrario utilizaban las formas ya creadas matizándolas en función de las exigencias prácticas.

El contrato de sociedad no nació intempestivamente, sino fué el resultado del proceso formativo a que hemos hecho alusión en líneas anteriores.

B) EL ASPECTO CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD. EL CONTRATO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO CLASICO

La sociedad clásica muestra residuos de aquel consorcio a través de dos reproducciones, una en la formación de la sociedad del Derecho Civil (Spruch Formel-fórmula estricta rígida), y la otra en la de la sociedad de buena fe de la época clásica, en la cual encontramos la fraternidad entre socios, la *actio pro socio* con carácter infamante y el "*beneficium competentiae*".

Para Arangio, hubo también dos fases distintas en el pensamiento jurídico.

... en la primera se daría la sociedad consensual del derecho de gentes por un lado y otra constituída sólo por un acto solemne, y en una segunda fase de madura reflexión se habría identificado el consentimiento con el acuerdo de voluntades, que en todo caso vinculaba a las partes y la transmisión de los bienes la "*datio rei*" habría sido la ejecución de las obligaciones así contraídas.

Es importante hacer notar que mientras Arangio reconoce estos antecedentes, sólo a la "*societas omnium bonorum*" y no a las

“*aliciuis negotiationis*”, las que hace derivar del comercio internacional, Wiaecker deriva del consorcio la *omnium bonorum* y de ahí todos los otros tipos de sociedad clásica, exceptuando la *societas vectigalium* y aquella sociedad penal entre el patrón y libertos.

Pero la aportación realmente original de este autor es la diferencia que hace entre el consenso referente a la sociedad, que se representa como consenso permanente, por un lado y el consenso de los demás contratos consensuales “*locatio conductio*”, “*emptio-venditio*” mandato por otro lado, para quien el consenso de contradecir representa a la libertad del formalismo jurídico exterior. El consenso permanente consiste en un permanecer reunidos voluntario de los socios, que no obstante la posibilidad de disolver la sociedad se puede remontar a la convivencia efectiva de la comunidad doméstica. Esta peculiaridad resalta más aún en la acción que se deriva de la sociedad, la *actio pro socio*, que muestra todas las particularidades de una acción infamante.

Son los compiladores al dar especial importancia al consentimiento de la voluntad los que identifican “*consensus*” con “*conventio*”, lo que originó que posteriormente el consenso permanente de la época clásica deviniera en el “*animus societatis*” y redujeran el concepto de *societas* solamente al propio contrato consensual. Esta confusión, que pasa de los bizantinos al Derecho Civil actual ha representado más de una dificultad y más de una polémica que al respecto se ha suscitado. Independientemente de nuestra opinión al respecto, si podemos afirmar que los orígenes de la sociedad como negocio contractual no están perfectamente aclarados, su aparición en el ramo de los contratos consensuales es relativamente tardío, y fue el resultado del proceso formativo a que hemos hecho alusión en líneas anteriores.

La sociedad como figura contractual ya plasmada e incorporada en el campo del *ius civile*, tenía las siguientes características:

- a) Sinalagmático perfecto.
- b) De buena fe.
- c) “*Intuitae personae*”, y
- d) Oneroso.

Para su formación se requería la reunión de dos o más personas que debían tener un interés común y lícito, el aporte recíproco de cada una de ellas, un elemento subjetivo la "*affectio societates*" o "*animus contrahendae*" o sea la intención de constituir una sociedad, que era la esencia misma del contrato.

Teniendo en cuenta al fin perseguido por los contratantes, las sociedades se dividían en "*societas quaestuarie*" si tenían por objeto un lucro y *societas non quaestuarie* si los socios perseguían una finalidad exenta de lucro.

Si la aportación consistía en todo el patrimonio se denominaban universales, "*omnium bonorum*", y particulares. Esta se subdividía en: "*societas universarum ex quaesti veniunt*", si el aporte eran cosas u objetos determinados, que eran de dos categorías, "*unius rei*" y "*alicuius negotiationes*"; entre estos últimos encontramos la sociedad de publicanos ("*vectigalium o publicanorum*") que debido a su naturaleza jurídica la consideramos como antecedente de las sociedades mercantiles.

La sociedad romana no era una persona jurídica, su eficacia sólo era interna, por lo cual los terceros únicamente se relacionaban con el socio que celebraba con ellos un negocio y los efectos fructuosos o infructuosos de cada negocio repercutían en primer término en el patrimonio del socio que lo había llevado a cabo, teniendo éste a su vez el deber de distribuir ganancias o en su caso sacrificar parte proporcional de las pérdidas.

Del contrato de sociedad se deriva una acción especial, la "*actio pro socio*", que era el medio idóneo para hacer efectivas las obligaciones recíprocas de los socios que tenían carácter infamante pero el "*reus*" sólo podía ser condenado "*in quod facere potest*", es decir, gozaba del "*beneficium competentiae*".

La división del patrimonio social se hacía por la "*actio communi dividundo*".

La sociedad se extinguía "*ex rebus*", "*ex personis*", "*ex voluntate*" y "*ex actione*".

Este contrato de sociedad del Derecho Romano Clásico, reduce las relaciones de los socios a facultades para dar y recibir cuentas, renuncia a la creación de un patrimonio, le niega efec-

tos exteriores y se limita a la corrección del abuso de confianza. Nos muestra la sociedad clásica la antipatía absoluta del espíritu jurídico, reinante en Derecho Romano, contra obligaciones cooperativas.

Pero no podemos negar que la sociedad, pese a su pobreza estructural satisfizo las necesidades de la economía antigua, agrícola y posteriormente la del capitalismo un poco incipiente de la época imperial.

C) CONSIDERACIONES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN ROMA. LA PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD EN DERECHO ROMANO:

En todo el ámbito del derecho romano no es posible hallar un problema tan oscuro y difícil como el concerniente a las llamadas personas jurídicas.

Para los juristas modernos dicho problema también ha sido motivo de grandes discusiones.

Los romanos no entraron en ese campo de especulaciones filosóficas. Como en tantas otras ocasiones, con su gran sentido práctico, crearon la institución cuando les hizo falta, y comenzaron a desarrollarla al ritmo de las necesidades.

La razón de ser de las personas jurídicas está en la necesidad de cooperación de los hombres ya que hay cosas que el individuo aislado no puede alcanzar. La reunión con otros para obtener un fin, da origen a una comunidad de intereses, que llega a ser concebida como independiente de los individuos integrantes del grupo, dando lugar a que se le considere como un ente separado.

En el Derecho arcaico romano no existía la persona jurídica porque no era necesaria; en una sociedad de economía individual la personalidad jurídica pertenece aún al mundo de lo por venir, faltaba la razón económica fundamental para la existencia de ellas, las que suponen un patrimonio colectivo. Pero a medida que la vida económica se hizo más compleja y la división del trabajo se intensificó los individuos comprendieron que tenían intereses comunes entre sí y ese reconocimiento fué el motivo que los llevó a la asociación.

Las primeras asociaciones privadas de que tenemos conocimiento son la *sodalitas*, los "*collegio symphonicorum*" y los "*collegio decuriae*" sin capacidad patrimonial. Es en el concepto de *populus* romano donde encontramos el concepto de persona jurídica, nace en el campo del Derecho Público como una necesidad técnica; que se traslada al Derecho Privado hasta la época imperial cuando Roma, al incorporarse algunas ciudades les deja cierta autonomía. Estas ciudades conquistadas habían adquirido una personalidad similar a la del "*populus*" romano la cual al perder su soberanía mantuvieron dentro de ciertos límites. La personalidad de esas ciudades o municipios seguía siendo de índole pública por su condición de organismos administrativos y políticos; pero cuando realizaban actos de Derecho Privado, se fueron sometiendo paulatinamente a las mismas reglas vigentes para los particulares lo que lleva a Gayo al extremo de afirmar "que las ciudades son consideradas como particulares".

El patrimonio consagrado a fines públicos, el formado por la "*res publicae*" irrumpe en el comercio jurídico privado.

El patrimonio del municipio se rige por el Derecho Privado, lo que equivale a consagrar a esta entidad como persona jurídica.

"La creación de la *universitas* para los romanos, persona moral, como dice Cervantes, es la más grandiosa del Derecho Romano".

Tiene las siguientes características:

a) Patrimonio independiente de cada uno de los miembros de la colectividad, así el teatro, coliseo, lo son de la universidad y no del ciudadano individualmente.

b) El patrimonio es término correlativo a "*corpus*" o asociación de hombres y radica en ello el elemento cierto.

c) No importa que la colectividad desaparezca y que sólo un miembro subsista, queda la "*universitas*" hasta su liquidación.

En el contrato de sociedad el socio no constituyó para los jurisconsultos romanos, un problema, de personalidad jurídica, debido a que la persona del socio está perfectamente definida y cierta, no hay universalidad de bienes, ni patrimonio social dis-

tinto y separado del de los socios, sino un conjunto de bienes pertenecientes a todas ellas pro indiviso.

Debido a que la sociedad tenía solo existencia legal entre los otorgantes y no respecto a los acreedores o terceros, el problema que se les presentó y que resolvieron fue el de la simplificación de las obligaciones plurales, lo cual lograron utilizando la sociedad, que no emanaba de la naturaleza misma de la sociedad, no se presumía, sino que requería pacto expreso entre los asociados.

Casos excepcionales a la premisa anterior, los encontramos sin embargo, en el Digesto. La *fiducia* fué otro de los medios que utilizaron los juristas romanos para resolver las interrogantes que la pluralidad de derechos y obligaciones en las sociedades les planteaban.

La sociedad romana constituida de tal manera, con un gerente o socio administrador que obraba en nombre propio, no ameritaba que se le personificase y considerase como persona moral.

Hubo sin embargo, cierto tipo de sociedades que no corresponden al patrón antes mencionado, las "*societatis vectigalium*", de las que las actuales sociedades mercantiles han tomado numerosos caracteres y que encontramos en diversas normas dispositivas.

CAPITULO II

CONTRATOS CONSENSUALES (SOCIEDAD)

- A) La Sociedad: Concepto, Caracteres.
- B) Requisitos necesarios para la válida formación de toda sociedad.
- C) Diversas Clases de Sociedad.
- D) Efectos de la Sociedad.
- E) Extinción de la Sociedad.

A) LA SOCIEDAD CONCEPTO, CARACTERES.

La Sociedad (*societas*) es un contrato consensual, bilateral perfecto (o, mejor dicho, plurilateral) y de buena fe, por el que dos o más personas (*socii*) se obligan recíprocamente a aportar bienes, obras o actividades de trabajo para la consecución o logro de un fin lícito y de utilidad común.

En base a un pasaje de Modestino y a una frase equívoca de Gayo se ha sostenido que, al lado de la sociedad contraída por el consentimiento de los contratantes (*societas consensus contracta*), existió en Roma otra sociedad contraída por la entrega de la cosa (*societas re contracta*), que vendría a identificarse con aquella entidad que Justiniano en sus Instituciones ubica entre los cuasicontratos y que la dogmática moderna denomina "*communio incidens*" (sociedad o comunidad incidental). En realidad, el texto gayano genuino no alude para nada a la segunda variedad apuntada, como se ha podido comprobar con los nuevos pergaminos egipcios descubiertos, tratándose simplemente de una de las muchas teorías de signo postclásico con la

que se interpolaron algunos textos y contra la cual, en el fondo, Justiniano reacciona para tornar en concepto de sociedad a su originaria formulación clásica. Bien es verdad, como señala D'Ors, que la palabra *societas*, en su lata acepción, designa la agrupación de varias personas, y que dicha agrupación se da, tanto cuando involuntariamente se produce una situación de indivisión entre varios sujetos en relación a ciertos bienes, como cuando varias personas constituyen una personalidad social (de interés público) a la que se otorga personalidad jurídica distinta e independiente de la de los asociados ("*corpus*", corporaciones), como en fin, cuando se genera una agrupación privada por la libre voluntad de los contratantes.

Sin embargo, el término sociedad utilizado en su sentido estricto no abarca y comprende más que esta tercera modalidad.

La *societas*, "*stricto sensu*", se distinguía de la corporación o asociación (*collegium*) porque en Derecho Romano una personalidad social diferenciada y autónoma de la de los socios no puede surgir por libre voluntad privada, sino que se requiere una concesión ad hoc por parte de la única personalidad social originaria (el "*Populus Romanus*").

Por otra parte, distínguese la "*stricta societas*" de la "*Communio incidens*", entre otras, por las siguientes razones:

- a) Las obligaciones de los *socii* derivan de un contrato, las de los condóminos surgen de un cuasicontrato.
- b) La acción propia de la "*societas*" es la "*actio pro socio*"; la propia de la "*communio incidens*" es la "*actio communi dividundo*".
- c) La sociedad exige como requisito de validez la intención social (*affectio societatis*), la cual no se precisa para la válida existencia de la indivisión.

Al igual que sucede en la compraventa y en el arrendamiento, las partes que concluyen el contrato de sociedad se encuentran recíprocamente obligadas a hacer algo o a entregar algo, pero las obligaciones derivadas de este último se diferencian de las derivadas de los dos primeros, en primer lugar, porque aquellas son de una misma naturaleza para todos los socios y, en se-

gundo lugar, porque las prestaciones de las obligaciones que derivan de la "*societas*" nunca tienen carácter compensatorio, mientras que las propias de la venta y la locación sí tienen carácter compensatorio.

La sociedad es un contrato consensual ("*nudo consensu contrahitur*", dice Gayo), por lo que para su perfección no precisa que se verifique aportación alguna, sino que basta el mero consentimiento, importando poco la forma en que el mismo se manifieste:

"No hay duda de que podemos constituir sociedad así con una cosa, como con palabra, y por medio de mensajero". (Modestino).

Es un contrato sinalagmático perfecto, porque necesariamente produce recíprocas obligaciones entre las partes contratantes.

Es un contrato de buena fe, es decir, que las recíprocas obligaciones de los socios (de cada uno de ellos y todos entre sí) serán no sólo las expresamente convenidas, sino también todas aquellas que resulten exigibles de acuerdos a la buena fe ("*ex aequo et bono*").

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la sociedad romana venía a constituir entre los socios una especie de hermandad o derecho de fraternidad, carácter que, como apunta Caramés Ferro, hacía que los mismos debieran comportarse, en sus relaciones recíprocas, como hermanos y que la sociedad era, en consecuencia, el contrato de buena fe típico entre los que revestían este último carácter. Semejante circunstancia explica el hecho de que el demandado que resultare condenado en virtud de la *actio pro socio* podía invocar el *beneficium competentitae*, y que, por otra parte, si la condena de un socio se debiere a su propio dolo, no sólo se veía privado de tal beneficio, sino que además era tachado de infamia.

Tales consecuencias tienen como explicación la idea básica romana de que la sociedad venía a establecer una cierta hermandad o fraternidad entre los socios "*ius quodammodo fraternitatis*":

“La sociedad contiene en sí, en cierta manera, un derecho de fraternidad”.

Schulz advierte que el “*contractus societatis*” clásico pertenecía al “*ius civile*” y no al “*ius honorarium*”, y que de la afirmación de Gayo “*societas iuris gentium est*”, no debe deducirse, como hacen muchos autores, que la sociedad era una convención del Derecho de gentes, pues, en la referida frase, Gayo emplea la expresión “*ius gentium*”, no como contrapuesto al “*ius civile*”, sino para significar que la “*societas*” no corresponde al “*proprium ius civile*”, es decir, no está incluida entre aquellas instituciones propias y genuinamente romanas, sino que aparece en el Derecho propio de otros pueblos.

B) REQUISITOS NECESARIOS PARA LA VALIDA FORMACIÓN DE TODA SOCIEDAD

Para la válida constitución de cualquier sociedad se requería la presencia de los siguientes elementos esenciales:

a) Intención o voluntad de las partes contratantes de constituir verdadera sociedad y de quedar todas ellas vinculadas en la recíproca condición de socios. Esta intención social aparece denominada en las fuentes justinianeas con las expresiones: *affectio societatis* o *animus coeundae societatis* (también se habla de *animus contrahendae societatis* y de *habere tractatum*).

Esta intención de constituir sociedad podía darse de una manera expresa y formal, o bien, tan solo virtual o implícitamente, pero, en todo caso, era precisa su existencia ya que si la misma faltaba, por más que varios individuos, verificasen diversas aportaciones pensando en un interés común, no surgía sociedad, sino un estado de indivisión, o comunidad de bienes (*bonorum indivisio*).

b) Que todos los socios se comprometieren a contribuir recíprocamente con alguna cosa.

Efectivamente cada socio, debía contribuir con algo a la masa común; pero no se necesitaba que las aportaciones tuvieran un mismo valor o fuesen de la misma naturaleza; así, un socio puede aportar dinero, otro bienes (en propiedad o en simple uso), otro

obras, otro contribuir con sus propios servicios o actividad laboral, etc., aunque siempre se precisaba la aportación de todos y cada uno de los socios:

Puede contraerse sociedad, y es válida, incluso entre los que no tienen caudales iguales, pues muchas veces el más pobre su-ple con su trabajo lo que le falta al comparar su patrimonio.

Prevaleció el que aportando uno dinero y otro trabajo se pue-da contraer sociedad.

Cuando algún socio no aportaba nada a la masa común, no se generaba respecto a él la relación jurídica societaria, sino que se estimaba que el mismo era él beneficiario de una donación realizada por los otros miembros que sí contribuyeron.

No se contrae rectamente sociedad con finalidad de donación.

c) Un fin lícito u honesto, es decir, la sociedad debía con-stituirse para la consecución de un objeto o fin que en nada con-trariase los dictados del Derecho civil y del Derecho natural, y aún de la Moral general:

Si la sociedad se hubiere contraído para un delito, tal socie-dad será nula, porque, en general, es nula toda sociedad fundada para cosas inmorales.

d) Una utilidad o interés común. En cuanto el fin perse-guido en toda sociedad es común a todos los miembros de la misma, y en cuanto todos y cada uno de ellos debe aportar algo al caudal común, fácilmente se comprende que no tendrá validez aquella sociedad en que se acordare que uno de los socios, aún contribuyendo y soportando cargas y pérdidas, quedaba ex-cluído de participar en ganancias y beneficios. Un contrato de sociedad que no ofreciere interés alguno para uno de los socios era considerado inmoral y violatorio de la *affectio societatis* (ánimo de hermandad) que, en el sentir romano, debía preva-lecer en cualquier *societas*.

La sociedad en que uno de los socios participara de las pér-didas, pero no de las ganancias (considerada nula), recibió en la práctica romana la significativa denominación de sociedad leonina, así llamada por alusión a la que en una célebra fábula

obras, otro contribuir con sus propios servicios o actividad laboral, etc., aunque siempre se precisaba la aportación de todos y cada uno de los socios:

Puede contraerse sociedad, y es válida, incluso entre los que no tienen caudales iguales, pues muchas veces el más pobre suple con su trabajo lo que le falta al comparar su patrimonio.

Prevaleció el que aportando uno dinero y otro trabajo se pueda contraer sociedad.

Cuando algún socio no aportaba nada a la masa común, no se generaba respecto a él la relación jurídica societaria, sino que se estimaba que el mismo era él beneficiario de una donación realizada por los otros miembros que sí contribuyeron.

No se contrae rectamente sociedad con finalidad de donación.

c) Un fin lícito u honesto, es decir, la sociedad debía constituirse para la consecución de un objeto o fin que en nada contrariase los dictados del Derecho civil y del Derecho natural, y aún de la Moral general:

Si la sociedad se hubiere contraído para un delito, tal sociedad será nula, porque, en general, es nula toda sociedad fundada para cosas inmorales.

d) Una utilidad o interés común. En cuanto el fin perseguido en toda sociedad es común a todos los miembros de la misma, y en cuanto todos y cada uno de ellos debe aportar algo al caudal común, fácilmente se comprende que no tendrá validez aquella sociedad en que se acordare que uno de los socios, aún contribuyendo y soportando cargas y pérdidas, quedaba excluido de participar en ganancias y beneficios. Un contrato de sociedad que no ofreciere interés alguno para uno de los socios era considerado inmoral y violatorio de la *affectio societatis* (ánimo de hermandad) que, en el sentir romano, debía prevalecer en cualquier *societas*.

La sociedad en que uno de los socios participara de las pérdidas, pero no de las ganancias (considerada nula), recibió en la práctica romana la significativa denominación de sociedad leonina, así llamada por alusión a la que en una célebre fábula

de Esopo, traducida por Fedro, formaron el león y el asno, y en la que el león se queda con la presa correspondiente a ambos: *nominor quia leo* ("porque me llamo león").

"Refiere Aristón que Casio dictaminó que no puede contraerse una sociedad tal que uno tenga sólo la ganancia y el otro soporte la pérdida (esta sociedad se suele llamar leonina); y estamos conformes en que tal sociedad en que uno obtenga ganancias y otro no obtenga ganancia alguna, sino que sufre la pérdida, es nula, porque es muy injusta aquella sociedad en que a uno le espera el daño y no el lucro".

C) DIVERSAS CLASES DE SOCIEDAD:

Es factible clasificar los variados tipos de sociedad existentes en Roma, atendiendo a diversos criterios.

Así, desde el punto de vista de la índole o naturaleza de los aportes de los socios, pueden clasificarse en: *societates rerum*, cuando se aportan bienes; *societates operarum*, cuando hay compromiso de contribuir con obras o actividades, y *societates mixtae*, cuando se aportan conjuntamente bienes y trabajo.

Desde el punto de vista de la extensión o amplitud de los aportes, pueden clasificarse en: sociedades universales (*omnium bonorum*) o generales, cuando los socios contribuyen con la totalidad de sus bienes presentes y futuros (patrimonio); sociedades de las ganancias (o *lucri*), cuando se comprometen a aportar los bienes que adquieren a título oneroso o las ganancias de sus actividades (por ejemplo, los productos de su trabajo), y sociedades particulares (o *unius rei*), cuando los aportes consisten en cosas específicamente determinadas.

Finalmente, desde el punto de vista del fin que persiguen, pueden clasificarse en: *societates quaestuariae* o de especulación, cuando se orientan a la obtención de un lucro pecuniario, y *societates non quaestuariae*, si el fin a que tienden no es la obtención de lucros o beneficios de tipo económico.

La variedad de figuras sociales no debe llevarnos a considerar que los romanos llegaron a la admisión de tal diversidad a partir de un concepto unitario-abstracto de sociedad.

No puede pretenderse que las normas reguladoras del contrato de sociedad tengan un origen unitario, sino más bien que en el complejo normativo que el Derecho justiniano configura como una unidad, el contrato consensual de sociedad, homogeneizado y con sustancialidad propia, es el resultado de una labor de conjugación y mezcla armonizadora de reglas particulares relativas a instituciones de muy diverso origen y sustancia y de muy dispar desenvolvimiento histórico.

Hoy, la doctrina más consecuente, a pesar de que para ello no exista una muy sólida fundamentación en los textos romanos, participa del criterio de que existen, por lo menos, tres fuentes u orígenes diversos e independientes, que sólo al final de la evolución del Derecho Romano se conjugaron, legal y doctrinalmente, para elaborar un sistema unitario relativo a la sociedad romana.

Así, se señala que la *societas omnium bonorum* deriva del primitivo *consortium familiare o domesticum*, la *societas quaestus* de las *societates publicanorum* y la *societas unius rei* de la *politio*.

La concepción apuntada parece la más racional y lógica si se tiene en cuenta los variadísimos fines a que atendían los diversos tipos de sociedad existentes en Roma, que llevan a la conclusión de que el origen de los mismos se ha de encontrar necesariamente determinado por relaciones e intereses económico-sociales de muy variada naturaleza. Unase a ello la característica del pensamiento jurídico romano, tan poco dado, sobre todo en las primeras etapas de su desarrollo, o formulaciones abstractas omnicomprendivas, para concluir que difícilmente puede admitirse que el Derecho Romano de los primeros tiempos configuró un concepto unitario de sociedad.

Por ello, encontramos acertado el pensamiento de Pacchioni señalando que la sociedad, en cuanto concepto general, forzosamente es el resultado de todo un proceso de abstracción jurídica, que parte del dato fáctico y empírico de la pluralidad de sociedades existentes en la realidad jurídico-social, cada una con fisonomía y funciones peculiares: "No parece, pues, verosímil que los juristas romanos crearan una teoría de la sociedad en abstracto, de la cual distinguirán luego los diversos tipos; pero es, sin embargo, admisible, que hubiera, al principio, tipos distintos

de sociedad, y solo más tarde mediante la consideración de sus elementos se sacarían, por abstracción, reglas generales”.

Pasemos a la consideración de las diversas clases:

a) *Societas omnium bonorum.*

Sin duda alguna, tal variedad societaria fué la que los juristas clásicos tomaron más en consideración y la que más influyó en el modelaje y configuración de las otras especies, inspirando numerosas reglas relativas a las mismas; si bien, encontramos exagerado, a tenor de lo dicho, el parecer de Girard, según el cual la *societas omnium bonorum* representa la primera forma de sociedad en Roma de la que derivaron todas las demás.

Como ya se ha señalado, la *societas omniu bonorum* derivó del antiguo *consortium familiar*, hecho que parece incontrovertible después del descubrimiento en El Cairo de los fragmentos de las Instituciones de Gayo que faltan en el manuscrito de Verona. El *consortium familiare* era una comunidad o sociedad doméstica formada por la coherederos (*filiifamilias*) a la muerte del pater, los cuales, no deseando verificar, la partición de la herencia, acordaban (elemento consensual) permanecer en comunidad aportando a la misma sus respectivas porciones hereditarias (fenómeno corriente en todos los pueblos de economía agraria).

Esta comunidad hereditaria, formada por los *filiifamilias* (convertidos ya en *sui iuris*) y aún por los *agnati*, venía a ser, como acertadamente expresa Uría. “La prolongación libre de la comunidad natural o, por mejor decir, civil, que había existido entre ellos durante la vida del *paterfamilias*.”

Los fragmentos gayanos recientemente descubiertos, nos permiten tener noticia de ciertas peculiaridades relativas al *consortium domesticum*: así, que los extraños podían ligarse en un consorcio, semejante a la comunidad hereditaria estudiada, a través de un proceso ficticio, a imagen de la *in iure cessio*, ante el *pretor*, en el cual en forma solemne se reconocían recíprocamente como integrantes de una sociedad fraternal (consortes de una *fratrum societas*); también que cada miembro del consorcio podía disponer, con efecto vinculante para todos, de los bienes pertenecientes a la comunidad.

La *societas omnium bonorum* se caracteriza porque los contratantes se comprometen a aportar al caudal común la totalidad de su patrimonio, es decir, todos sus bienes presentes y futuros, tanto los adquiridos por acto inter vivos, como los adquiridos por mortis causa, a título oneroso o a título gratuito:

“Cuando especialmente se ha contraído sociedad de todos los bienes, se adquirirá entonces para la comunidad, así la herencia, como el legado como lo que se donó o por cualquier otra causa fué adquirido”.

Obviamente, también las deudas de cada socio, tanto presentes como futuras, resultan asumidas por la sociedad.

La jurisprudencia discutió si deberían o no aportarse el caudal común aquellas indemnizaciones y reparaciones pecuniarias que percibe un socio por razón de delito cometido contra él o los suyos (*título poenae*) Neracio defendió la tesis afirmativa: “Afirma Neracio que en la *societas omnium bonorum* cada socio está obligado a conferir a la masa común incluso aquellas cantidades de dinero a las que tenga derecho por razón de injurias contra él o contra alguno de sus hijos preferidos. Los miembros de la referida sociedad no tienen obligación de atribuir a la masa común lo que obtuvieran por razón de alguna causa *prohibita*.

En el mismo sentido se manifiesta Paulo (o lo que por cualquier otra causa o razón se adquirió, que abarca lo obtenido por ejercicio de una acción penal).

Otro es el parecer de Ulpiano, en base de una argumentación que los intérpretes suelen criticar.

“No hay obligación de atribuir al patrimonio común lo obtenido por razón de un hurto u otro crimen consumado contra algún socio, porque es indigno y torpe la participación en tales lucros. Por lo demás si tales bienes se aportaron vendrán a formar parte del caudal común”.

Por lo que respecta al caso contrario, es decir, cuando el socio sea el autor del delito, los juristas Atilicino, Sabino y Casio opinaron que el miembro de una *societas omnium bonorum* no puede pretender que sea la masa común la que soporte las penas

pecuniarias al mismo impuestos, por razón de un crimen, a no ser que el socio hubiere sido injustamente condenado.

Es significativo que en la *societas omnium bonorum* por el mismo acto constitutivo de la misma se consideraban transferidos al patrimonio común todos los bienes actuales (aunque no los créditos ni los bienes futuros), sin que fuere precisa la *traditio*:

“En la *societas omnium bonorum* todas las cosas que son propias de los socios se hacen comunes inmediatamente y automáticamente”.

b) *Societas lucri (u omnium quae quaestu veniunt)*.

En este tipo de sociedad la aportación común de los socios se limitaba a las ganancias que obtuvieren durante la subsistencia de la misma.

El caudal común se integraba por las adquisiciones que verificaren los socios a título oneroso:

En el caso de la *societas quaestus* sólo se confieren a la masa común los lucros nacidos de una causa onerosa, por ejemplo, de una compraventa o de un arriendo.

Por lo que respecta a deudas y obligaciones, sólo se hacían comunes las que tuvieren por causa las mencionadas adquisiciones.

Por el contrario, no se aportaban los bienes y deudas que pertenecieren o soportaren los socios en el momento de la conclusión del contrato.

En fin, tampoco afluyen a la masa común todas aquellas adquisiciones verificadas por los socios a título gratuito, tales como las obtenidas por herencia, legado, fideicomiso y donación inter vivos o mortis causa, pero sí sus rentas e intereses.

Tal variedad societaria parece que tuvo su origen en las agrupaciones que constituían esclavos manumitidos al mismo tiempo por un *paterfamilias*. Tales *libertos*, que ordinariamente carecían de todo recurso, convenían en asociarse al objeto de poner en común y repartirse todas las ganancias que obtuvieren por razón de sus actividades y labores:

“Dos *colibertos* constituyeron sociedad de lucro, ganancia y utilidad”.

Posteriormente la *societas lucri* podía constituirse con cualesquiera personas.

Celebrado contrato de sociedad, si las partes no habían especificado qué clase de sociedad querían constituir, el Derecho Romano presumía la constitución de la variedad que estudiamos:

Y cuando no se hubiere distinguido, se entenderá constituida de todo lo proveniente de ganancia, esto es, de lucro derivado de compraventa o arrendamiento.

c) *Societas alicuius negotiationis*.

Era aquella que se constituía para la verificación de una serie de actividades y operaciones de la misma naturaleza y sentido (determinada, industria, cierta clase de comercio etc.).

La doctrina señala que el origen de esta variedad hay que buscarlo en las sociedades mercantiles helenas introducidas en Roma, por exigencias del comercio internacional en desarrollo. Singularmente, en un principio, tuvieron como principal finalidad el comercio de esclavos (Gayo 3,148) o el préstamo a interés (Trípticos de Transilvania).

Posteriormente, dentro del tipo estudiado, fueron las más importantes, con mucho, las denominadas *societates publicanorum* formadas para tomar en arriendo del Estado, mediante el pago de cantidades fijas al Fisco, la recaudación de impuestos y tributos. En sentido estricto eran, pues, arrendatarias de los impuestos, aunque solían dedicarse también a otras actividades, singularmente de tipo bancario.

Frente a la regla, estas *societates publicanorum* constituían verdaderas personas jurídicas con patrimonio propio, y estaban representadas por un *magister* o varios *magistri*.

Ya al final de la República, habían adquirido gran desarrollo y poderío, que, con gran frecuencia, degeneraba en abuso y atropello contra los contribuyentes.

d) *Societas unius rei*.

Era la sociedad constituída para la realización de una sola y determinada operación o negociación.

Tal variedad parece tuvo su origen en una relación, practicada con bastante frecuencia en la época antigua, denominada *politio*. En virtud de esta negociación, el propietario de un fundo convenía con un agricultor experto (*politor*, agrónomo) que éste mejoraría y bonificaría el predio, repartiéndose entre ambos, en la proporción que se acordare, los frutos y beneficios que produjere el fundo mejorado.

No debe confundirse la *politio* con el arrendamiento de cosas, singularmente con la colonia partiaria (en la que merces consista en una cantidad fija de frutos *pars quantae*), pues en aquella el *politor* entrega al propietario mayor o menor cantidad de frutos según cual sea la cosecha (participación en lucros y pérdidas), y sobre todo porque en la *politio* el fin principal que motivó su conclusión es el mejoramiento del fundo, circunstancia que nunca se da en la *locatio conductio rei*.

D) EFECTOS DE LA SOCIEDAD

En base a algunos textos del Digesto (fundamentalmente, D. 46, 1, 22) se sostuvo en tiempos pasados que la *societas* romana tenía personalidad jurídica, distinta de la de socios, y patrimonio propio y autónomo (la sociedad hace las veces de persona).

Hoy, la doctrina de que todas las sociedades romanas fueron personas, jurídicas o morales se encuentra completamente abandonada.

Precisamente sucedía lo contrario, la *societas* romana, en general, carecía de personalidad, no era persona jurídica. No constituyó tampoco una corporación, una organización con miembros variables, ya que si era factible que un nuevo miembro ingresare en la sociedad, hacía falta para ello el unánime consentimiento de los socios originarios.

Consecuentemente, pues los derechos y obligaciones del caudal común no venían atribuidos al ente social, como distinto e independiente de los socios, sino únicamente a la totalidad de los miembros o a aquellos que hubieren verificado la negociación

respectiva, según cual fuere la participación en la actuación del caso.

El patrimonio común, integrado por las aportaciones de los socios y por las sucesivas adquisiciones, venía a constituir, según expresa Schulz una *communio* muy semejante a cualquier otra (con las advertencias que ya hicimos en el lugar oportuno). Por tanto, cada socio tenía una parte de la propiedad de los bienes que integraban la masa común, y podía disponer de su parte sin necesidad de tener que esperar la liquidación y participación de los bienes comunes, si bien el adquirente de la misma no adquiría la cualidad *socius*.

De la misma manera, no existieron (al menos en la *societas* clásica) deudas de la sociedad, sino tan sólo deudas de los particulares socios.

Como ya significamos anteriormente, en la concepción romana una persona jurídica o personalidad social distinta de la de los miembros integrantes no podía surgir de la simple voluntad de los particulares, sino que hacía falta una autorización legislativa concesión del Estado (*Populus Romanus*).

La "personalidad supraindividual" era otorgada a ciertas entidades que cumplían funciones de utilidad pública, tal sucedía con las *civitates*, con los *collegia* y *sodalicia*, religiosos o funerarios, y con los gremios profesionales, todos los cuales obtenían la autorización del Senado (o del Príncipe) para funcionar como personas corporativas.

Como señala D'Ors: El auge del corporativismo en la crisis económica del siglo IV contribuyó a fortalecer el régimen de las personas sociales, a la vez que la legislación cristiana conducía al mismo resultado por el favor dispensado a las fundaciones piadosas (*piae causae*) con propia personalidad. Esto determinó una expansión de la idea de la personalidad social, que se aplicó incluso para configurar relaciones privadas como la de la herencia pendiente de ser aceptada (*hereditas iacens*).

La regla general fué, pues, que en Roma las *societates* privadas carecían de existencia jurídica distinta de la de los *socii*; sin embargo, por excepción, ciertas sociedades, como las *societates*

publicanorum y las concesionarias y contratistas de obras, trabajos y explotaciones públicas, constituyeron verdaderas personas colectivas o morales (*corpus*). Así lo expresó Gayo:

“Se reconoce el *corpus* sólo a algunas sociedades, como a las que se encargan de recaudar impuestos y a las que explotan minas de oro y salinas”.

A efectos de la sociedad entre las partes (*socii*).

En primer lugar, cada socio está obligado a efectuar la aportación a que se hubiere comprometido.

Si la aportación prometida consistiese en sus propios servicios, el socio vendrá obligado a realizar los correspondientes trabajos; si la aportación fuere de créditos, deberá verificar la oportuna cesión o transmisión.

Cuando el socio se hubiere comprometido a aportar bienes corporales, la transmisión de los mismos al patrimonio común exigirá la realización del modo legal adecuado para el traspaso del dominio, así: para las *res mancipi* se precisará la *mancipatio* o *in iure cessio*, y para la *res nec mancipi*, la *traditio*, debiendo advertirse, empero, que a través de los referidos negocios dispositivos únicamente transferirá el condominio pues él continúa siendo propietario juntamente con los otros socios, de acuerdo con las características apuntadas de la *societas* romana.

Sin embargo, como sabemos si la sociedad constituída era una sociedad universal o *societas omnium bonorum*, la simple conclusión del contrato era suficiente para la transferencia al patrimonio común de la propiedad de los bienes aportados, sin necesidad de *traditio* u otra formalidad (*transitus legalis*): *Omnnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur* (Paulo):

En la sociedad de todos los bienes, todas las cosas de los socios se hacen de inmediato comunes. Y esta transferencia se verifica automáticamente porque aún cuando no se verifique entrega especial, se presume que la hubo tácita y virtual, lo cual es suficiente para los fines de la *societas*.

Si la aportación de bienes prometida no implicare la transferencia del dominio de los mismos, sino tan sólo procurar a la

sociedad su uso y disfrute, bastará con verificar la simple entrega de las cosas o ponerlas a disposición de los socios.

Si la contribución de un socio al caudal común consistiere en una suma de dinero, si no la aporta en el momento oportuno, queda obligado al pago de intereses:

El socio que no aportó a su debido tiempo la cantidad prometida, deberá pagar los intereses, no en cuanto intereses sino porque su tardanza ha causado perjuicio a los otros socios.

Cuando no apareciere claro si un socio ha querido aportar la propiedad de los bienes prometidos o solamente el uso y disfrute de los mismos, y no fuere posible deducir cuál fué la intención de las circunstancias que propiciaron el contrato, ni del tenor o contenido del mismo, el Derecho Romano tenía establecidas las siguientes reglas:

Si las cosas fueren fungibles o consumibles, se presume que el aporte ha sido de propiedad.

Si las cosas fueren bienes inmuebles, rústicos o urbanos, implementos de trabajos u otros bienes susceptibles de generar utilidad común sin que se precise la transferencia de su propiedad, se presume que el aporte ha sido de uso y disfrute (usufructo).

En fin cada socio responde frente a los demás tanto de la evicción, como de los vicios ocultos de las cosas aportadas, siendo aplicables al respecto las reglas que tuvimos ocasión de considerar al estudiar tales situaciones a propósito de la compraventa romana.

A no ser que la sociedad tuviera una organización particular o que existiere acuerdo en contrario, cada socio tenía derecho para administrar los bienes y gestionar los negocios comunes:

Pero si no tuviera lugar la prohibición expresa de alguno de los asociados, los actos realizados por otro son válidos, y no se podrá pedir su rescisión judicial ni la declaración de nulidad.

En la verificación de tal gestión, los socios eran responsables de los daños que ocasionaren a los intereses sociales por dolo y culpa lata.

Esta debió ser la regla en el Derecho clásico, aunque no faltaron juristas de esta época que defendieran la tesis de que al *socius* debía exigírsele responsabilidad, en casos especiales, por culpa y custodia. Schulz menciona, como testimonio de la limitación de responsabilidad en el Derecho clásico, un contrato de sociedad del año 168, conservado en una inscripción en el que tan sólo se menciona la responsabilidad por *dolus*:

En las *Sententiae Pauli*, obra postclásica y prejustiniana, ya se recoge la responsabilidad por culpa. Por fin, en el Derecho justiniano, el *socius* responde, no sólo del dolo y culpa lata, sino también de la *culpa levis inconcreto*, es decir, de la ausencia de aquella diligencia que acostumbraba a poner en sus propios intereses y negocios (*diligentia quam quis suis rebus adhibere solet*):

¿Esta obligado el socio para con los demás a responder tan solo del dolo, como acontece con el depositario, o también de la culpa leve, es decir, de su descuido o negligencia?

Cuestión ha sido esta muy discutida. Mas ha prevalecido el criterio de que está obligado aún por razón de culpa. Ahora bien, esta no debe medirse por una diligencia exactísima, ya que basta que el socio ponga en los bienes y negocios sociales aquella diligencia y cuidado que habitualmente pone en sus propios bienes y negocios.

Los daños que eventualmente ocasionare un socio a los intereses sociales por no haber actuado con la diligencia exigida, no era posible resarcirlos o compensarlos con los lucros y beneficios que por su actividad se hubieren proporcionado a la *societas*, ya que los mismos eran algo que por la misma existencia de la sociedad correspondían a ella.

Que se exigiere a los socios en la gestión de los negocios comunes responsabilidad por culpa *levis in concreto* y no por responsabilidad por *culpa levis in abstracto*, se explica, escribe Caramés Ferro, porque se presumía que si no ponía más diligencia en la gestión de los negocios comunes, era porque no podían hacerlo, presunción que a su vez procede de la consideración de que al gestionar los negocios sociales, gestionaban también los propios.

Cuando la administración de la sociedad estuviere en manos de todos los socios, las consecuencias del particular negocio

concluído recaerían sobre todos y cada uno de los miembros de la sociedad; la dificultad surgía, por falta de representación directa, cuando uno de los socios expresa o tácitamente, estuviere encargado de la administración de los intereses sociales. En tal supuesto, como sabemos, las consecuencias de los actos realizados por el socio gestor recaían exclusivamente sobre su propia persona, tal como si hubiere actuado en nombre propio y no en el de la sociedad y, por tanto él sería el propietario de la cosa adquirida, el acreedor o el deudor, según cual fuere el negocio concluído.

Ahora bien, el socio que gestionare negocios sociales estaba obligado a rendir cuentas a la sociedad de todas las operaciones y actos verificados, debiendo transferir el patrimonio común los bienes adquiridos y los lucros y beneficios obtenidos.

Obviamente, por otra parte, los socios, no gestores estaban obligados a indemnizarle (*pro rata parte*) todos los gastos necesarios o útiles que hubiere adelantado, a reintegrarle las pérdidas que hubiere sufrido en el curso de la administración y a contribuir con él en el supuesto de que hubiere contraído deudas en provecho y utilidad de la sociedad.

De todas maneras, para que los consocios indemnizasen al socio administrador los gastos y pérdidas experimentados en interés de la cosa común, se requería que, previamente, dicho socio hubiese incorporado a la caja social todo lo adquirido en la administración de la sociedad;

“Un socio no queda obligado por el otro por derecho de sociedad a razón de una deuda, si las cantidades no ingresaron en la caja común”.

Por lo que respecta a la distribución entre los socios de las ganancias y pérdidas, hay que observar lo siguiente:

La regla general es que cuando nada se haya convenido sobre el reparto de las mismas deben dividirse por partes iguales, aunque los aportes sociales sean diferentes:

“Si los socios nada establecieron sobre la participación en el lucro y en el daño, es claro que las partes tanto en aquél como en éste deberán ser iguales para todos.

Si en el contrato se ha determinado el modo de distribuir los beneficios, pero no el de las pérdidas, debe aplicarse a estas últimas el mismo criterio convenido para los primeros (y a la inversa):

“Y si la determinación se refiere a sólo al lucro o sólo a la pérdida, la misma medida deberá aplicarse a aquello que no terminó”.

No han faltado quienes han sostenido que a falta de convenio expreso, la regla general fué que la participación en las ganancias y pérdidas sociales era proporcional al valor efectivo de las respectivas aportaciones de cada socio. Contra tal criterio se enfrenta, tanto el texto transcrito como el justiniano (Inst. 3, 25, 1), como uno clarísimo de Ulpiano (D. 17, 2, 29).

Se discutió si podía convenirse que un socio obtuviera mayores beneficios y menores pérdidas que el resto de los asociados;

“Si habiendo pactado entre sí Ticio y Seyo que a Ticio le correspondan dos partes de ganancias y una tercera parte de pérdidas y a Seyo dos partes de pérdidas y la tercera parte de ganancias, ¿será válido tal convenio?”.

Quinto Mucio Scaevola consideró que tal pacto era opuesto a la naturaleza del contrato de sociedad y, por tanto, inválido; por el contrario, Servio Sulpicio Rufo, cuya opinión fué la que prevaleció, estimó que tal convención era plenamente válida;

“Porque muchas veces es de tal manera estimable el trabajo de algunos socios en una sociedad, que es justo se les reconozca en la misma mejores condiciones”.

Y todavía más, cuando la aportación de un socio resulte singularmente calificada e importante, puede convenirse válidamente que tal socio participe en las ganancias, pero no en las pérdidas, ya que tal cláusula en nada contrariaba el requisito de que todos los socios debían participar en las pérdidas, pues se entendía aplicada al resultado neto de la sociedad, de manera que si el resultado final de las negociaciones sociales (compensación entre ganancias y pérdidas) arrojase pérdidas, el socio a cuyo favor se hubiere establecido el beneficio que comentamos nada po-

dría exigir alegando que en alguna concreta operación social se habían obtenido beneficios;

“Tanto más prevaleció la opinión contraria a Quinto Mucio, cuanto que consta también que se puede convenir en que alguno tenga parte en la ganancia y no resulte obligado lo que también el mismo Servio Sulpicio estimó aceptable, pero esto debe entenderse de modo que si hubiese obtenido ganancia en una cosa y pérdida en otra, sólo considere ganancia lo que supere después de hecha la compensación”.

Por el contrario, como ya sabemos era completamente inválida la cláusula por la que se estableciere que un socio participaría únicamente en las pérdidas y no en las ganancias (*societas leonina*).

En el patrimonio común, formado por las aportaciones de los socios, cada socio tiene una parte en la propiedad de los bienes que lo integran. Dicha parte puede enajenarla libremente el socio sin el consentimiento de los demás; es más cualquier socio podía traspasar o ceder a terceras personas los derechos que le correspondieran contra sus asociados.

Ahora bien, semejantes transmisiones o cesiones en nada modificaban sus vinculaciones personales con los restantes socios, y nunca el adquirente o cesionario adquiriría la cualidad de *socius*, ya que las *societas* romana, fundada en una relación de confianza entre determinadas personas, no admitía alteraciones personales; “A nuevos socios, nueva sociedad”.

De la misma manera, cada socio podía hacerse acompañar u otorgar a terceras personas participación en lo que a él le correspondiera en el patrimonio común pero no por ello dichos terceros pasaban a integrarse como socios de la *societas originaria*;

“Como el consentimiento es la base de la sociedad, es muy natural que no se considere como socio mío aquel en cuya admisión no tome parte ¿Mas si uno de los socios lo admite? Lo será para él, pero no para los otros, porque el socio de mi socio, no es mi socio (*nam socii mei socius, meus socius non est*).

Para la exigencia de las obligaciones y derechos recíprocos que surgen del contrato de sociedad, cada socio tiene contra los

demás la *actio pro socio* (acción para el socio), acción siempre directa, pues todos los socios se encuentran obligados, sustancial y recíprocamente, por igual.

La fórmula de esta acción no se ha conservado; fué una fórmula *in ius conceptae* y con cláusula *ex fide bona* (acción de buena fe).

El socio que en virtud de tal acción hubiere sido condenado gozaba del llamado *beneficium competentiae*, es decir, sólo estaba obligado a pagar dentro de sus posibilidades: *in id quod facere potest*.

Mas cuando la condena tuviere por fundamento el dolo o la culpa grave del socio, éste no disfrutaba de tal beneficio, aparte de que, automáticamente, quedaba tachado de infamia (*infamia iuris*):

Los que son condenados en cierta clase de juicios, se hacen infames de pleno derecho; tal sucede, por ejemplo, cuando la condena judicial recae sobre un socio, fiduciario, tutor, mandatario o depositario”.

Tanto la nota de infamia como el beneficio de competencia, característicos de la *actio pro socio*, se explican por el principio típico de la *societas* romana, subsistencia del antiguo *consortium*, de que entre los socios existe una cierta hermandad o fraternidad (*ius quodammodo fraternitatis*).

Debe advertirse, como aseveración de lo recién expresado: que, aún en el Derecho clásico, tan solo el *socius omnium bonorum* gozaba del *beneficium competentiae*.

Modernamente se ha sostenido que la *actio pro socio* tan solo se daba cuando ya se había extinguido la sociedad, así por ejemplo, no serviría para reclamar a un socio la aportación prometida, *manente societate*. Vendría pues, a ser una acción bilateral de liquidación por incumplimiento del contrato, y ordinariamente, implicaría la renuncia del socio que se opone a que continúe la sociedad.

Ahora bien, como esta acción fué de socio contra socio, no era factible obtener a través de ella una liquidación general de

la sociedad o partición del patrimonio común.

Para pedir la división del patrimonio común, cada socio podía intentar contra los demás la acción divisoria ordinaria (*actio communi dividundo*), la cual no nacía de la *societas*, sino del estado de indivisión en que se encontraban los bienes comunes.

B) EFECTOS DE LA SOCIEDAD FRENTE A TERCEROS.

Como hemos indicado en numerosas ocasiones, la sociedad romana, por regla general, carece de personalidad jurídica distinta de la de los socios.

La sociedad romana únicamente genera eficacia contractual, es decir, tan solo genera obligaciones, entre los socios (relaciones internas) que en nada trascienden al exterior.

Frente a las asociaciones dotadas de personalidad jurídica, la sociedad no supone una organización jurídica, dotada de unidad y autonomía, que opere como un sujeto individual en el campo del Derecho.

Frente a Terceros, la sociedad no era otra cosa que la suma o conjunto de los socios (personas naturales) que la integraban y en consecuencia, cuando uno de ellos concluía una particular negociación con un tercero, no se puede afirmar que era la *societas* la que resultaba vinculada, sino que la responsabilidad era puramente personal del socio actuante, sin perjuicio como sabemos de que el mismo viniera obligado, en virtud del contrato social, a realizar la oportuna transmisión o cesión para que alcanzaren a los demás socios los efectos derivados de los negocios concluidos en el curso de la gestión de los intereses comunes.

Ahora bien si todos los socios han concluido válidamente una negociación con terceros, es indudable que todos ellos resultarían acreedores o deudores, según sea el contrato, en proporción a sus respectivos aportes sociales, es decir, generalmente, y salvo pacto en contrario por partes iguales (*pro parte virili*).

Por otra parte si la regla general es que la responsabilidad es puramente personal del socio que actuó con el tercero, tal regla era susceptible de experimentar diversas excepciones:

Así, cuando el socio que concluyó un particular negocio con terceros estuviere válidamente actuando como representante de los demás, es decir, estuviere dotado con independencia del contrato social, de una especial autorización para actuar en nombre y representación de los demás (nunca en representación de la sociedad), los efectos derivados de la negociación concluída vinculan a todos los consocios no gestores.

De la misma manera, el acto particular y realizado por uno de los socios generaba efectos entre el tercero y los demás consocios, en el sentido de que éstos podrían accionar contra dicho tercero y a la inversa, cuando la operación verificada, aun realizada sin autorización, hubiere sido ratificada por los socios no contratantes, ya que la ratificación se equipara jurídicamente al mandato.

También aún cuando el socio contratante con tercero no hubiere actuado como representante de los demás, ni éstos hubieren ratificado a *posteriori* la negociación celebrada podrían los consocios resultar jurídicamente afectados, activa o pasivamente según los casos, con el tercero, cuando resultare que el socio actuante se hubiere comportado en la gestión de los negocios colectivos como un *negotiorum gestor* (gestor sin mandato).

Finalmente, los terceros que contrataron con un solo socio podían dirigirse contra los restantes consocios no contratantes, cuando resultare que los mismos hubieren resultado enriquecidos por la particular negociación concluída. Ello podían hacerlo, en base a los principios de la *negotiorum gestio* y por medio de la *actio in rem verso*, hasta el límite de lo que hubieren enriquecido los socios merced al negocio verificado por el socio contratante".

E) EXTINCION DE LA SOCIEDAD:

De acuerdo a un texto de Ulpiano muchos tratadistas de Derecho Romano suelen estudiar las causas de extinción de la sociedad romana agrupadas en cuatro categorías: *ex personis* (por razón de las personas), *ex rebus* (por razón de las cosas), *ex voluntate* (por razón de la voluntad) y *ex actione* (por razón de la acción);

"La sociedad se disuelve por las personas, por las cosas, por la voluntad o por la acción. Por eso si hubieren perecido los hom-

bres, o las cosas, o la voluntad o la acción, se entiende disuelta la sociedad. Los hombres perecen ciertamente por la *capitis deminutio máxima* y media o por la muerte; las cosas, en cambio, o cuando no queda ninguna, o hubieren mudado de condición, porque nadie es copropietario de la cosa que no existe ya, ni de la que ha sido consagrada o confiscada. Por la voluntad se disuelve la sociedad o con la renuncia.

Desmenuzando suficientemente el texto transcrito y relacionándolo con otros relativos a la materia, podemos establecer las siguientes causas de disolución de la sociedad romana;

a) La sociedad se constituye sobre el fundamento de una relación de confianza y afecto entre determinadas personas (*intuitu personae*). Esta fraternidad (*ius quodammodo fraternitatis*), que es la base de la *societas* romana, justifica que la misma se extinguiera necesariamente por la muerte de uno de los socios.

Resuélvase también la sociedad por la muerte del socio, porque quien contrae sociedad, elige para ello ciertas y determinadas personas.

El heredero del socio difunto no entraba a ocupar el lugar de su causante en la sociedad; ahora bien, en cuanto sucedía; a éste en todas sus relaciones jurídicas, venía obligado a concluir todas las gestiones que hubiere comenzado el difunto en cuanto miembro de la sociedad;

El heredero del socio aún cuando no sea verdadero socio, debe completar lo que empezó el difunto en su cualidad de miembro de dicha sociedad.

Contrariamente a lo que sucedía en el Derecho clásico, en el Derecho justiniano podía haberse previsto en el contrato que la muerte (o salida) de un socio no disolviese la sociedad entre los socios supervivientes (*nisi in coeunda societate aliter convenerit*).

Si extinguida la sociedad por la ruptura de la relación con uno de los socios (muerte o renuncia del mismo), y no pactada la continuidad, los socios restantes continuaren las operaciones sociales, se entendía que se había reconstituído entre ellos la sociedad por un nuevo contrato sin forma.

También los herederos del socio difunto podían ingresar en la sociedad mediante la conclusión de un nuevo contrato social, que generaba nueva *societas*.

b) Por la *capitis deminutio* máxima y media de cualquiera de los socios. En el Derecho clásico también por la mínima.

c) La sociedad romana se extingue también por la quiebra o por la confiscación de los bienes de un socio.

Afirma Labeón que cuando uno de los socios quiebra, y sus bienes son vendidos por los acreedores (*bonorum venditio*), para lograr de esta manera la satisfacción de sus derechos, se disuelve la sociedad.

También se disuelve la sociedad por la confiscación de los bienes porque el socio cuyos bienes en su totalidad pasan al Erario Público es tenido por muerto.

d) Por voluntad común de todos los socios (mutuo disentimiento), tal cual sucede en todos los contratos consensuales.

La sociedad se resuelve cuando todos sus miembros expresan su disentimiento.

e) Por la renuncia o retirada de uno de los socios:

Basta la renuncia de un solo miembro para que la *societas* se considere disuelta (*Voluntate distrahitur societas renuntiatione*).

Todo socio era libre de denunciar el contrato en cualquier momento retirándose de la sociedad (rescisión unilateral) siendo nulos los pactos en que se conviniere lo contrario.

La *renuntiatio* del socio supone la total extinción de la *societas* (salvo pacto de continuidad o constitución de una nueva sociedad por acuerdo no formal de los socios restantes).

Ahora bien, tal *renuntiatio* de uno de los socios (que normalmente estaba implicado en el ejercicio de la *actio pro socio*) debía no ser dolosa o fraudulenta (por ejemplo, para adquirir individualmente una ganancia que debería aprovechar a todos los socios) ni tampoco intempestiva (verificada en momento que originare daños a la sociedad).

La renuncia cuando era dolosa o intempestiva producía la siguiente consecuencia: los otros socios dejaban de estar obligados para con el renunciante, mientras que éste quedaba obligado a transferir los bienes que adquiriera al patrimonio común y a contribuir en las pérdidas que experimentase la sociedad;

Igualmente el que constituye sociedad por cierto tiempo, renunciando a ella antes de tiempo, libera de él al socio, pero no él para con el socio; y por tanto si con posterioridad se hubiese logrado algún provecho, no participa de él; pero si hay pérdida, pagará igualmente su parte, a no ser que la renuncia haya sido hecha por alguna necesidad.

f) Por el vencimiento del término o plazo establecido en el contrato (salvo tácita prórroga), o por el cumplimiento de una condición resolutoria.

g) Por la realización de la operación, negocio o fin para el cual fue precisamente constituida la sociedad (*societates unius rei*);

Si la sociedad se formó para alguna cosa, se disuelve al finalizarse el negocio.

h) Porque el fin de la sociedad se hizo imposible o ilícito.

i) Por la pérdida o desaparición total de patrimonio social (*publicatio*) o su sustracción al comercio (conversión en *res sacra* o *res pública*).

j) Finalmente la sociedad romana se extinguía cuando se transformaba por medio de la *stipulatio* o cuando se ejercitaba la *actio pro socio* para reclamar las obligaciones existentes entre los socios, que implicaba, como sabemos la renuncia del socio reclamante a que continúe la sociedad (liquidación de la sociedad o rescisión unilateral).

CAPITULO III

SEGUNDA VIDA DEL DERECHO ROMANO

- A) Edad Media.
- B) El Contrato de *Commenda*.
- C) Evolución del Derecho Romano hasta el advenimiento del Código Napoleón.

A) EDAD MEDIA.

La invasión de los hunos en Europa oriental (372), y su presión sobre los ostros y visigodos, provocó, en varias etapas, una serie de importantes movimientos migratorios, como consecuencia de los cuales el Imperio Occidental se dispersó sobre diversas monarquías germánicas, que seguían, empero, reconociendo en teoría la soberanía de "el" Emperador, o sea, en este caso, el Emperador del Imperio Oriental, con capital en Bizancio.

Los germanos se adherían al sistema de la personalidad del derecho: derecho germánico para los germanos, derecho romano para los antiguos habitantes de sus territorios. Este derecho romano, empero, que se aplicaba en las regiones occidentales del mundo mediterráneo y de Francia-Burgundia, era un derecho romano "vulgar", un derecho clásico mal comprendido, degenerado. Se encuentra un típico monumento de este derecho romano vulgar, utilizado por los bárbaros, en el Breviario de Alarico, de 506.

Justiniano provocó un renacimiento del derecho clásico, mediante su magna compilación (529-534), y sus "*Novellae*" (534-565), y en 544 esta obra fue también mandada al occidente, que temporalmente se encontraba de nuevo bajo el poder directo del Emperador; pero este intervalo de derecho clasicista en plena fase

occidental-vulgar no perduró: después de 568, con la invasión de los Longobardos en Italia, la influencia cultural bizantina decae, y el occidente regresa hacia un derecho romano vulgar, mezclado con algunos elementos (no los más importantes) del derecho justiniano. Es sólo después de 1090, o sea después del redescubrimiento del Digesto, en el norte de Italia, que el derecho justiniano logra imponerse definitivamente al derecho romano vulgar.

Los germanos codifican sus propios derechos, muchas veces utilizando conceptos e ideas romanas para expresar su antiguo derecho consuetudinario. Y por esta coexistencia entre un derecho romano vulgar y derechos germánicos codificados, además de la mezcla de razas que pronto se inicia, surge un derecho germánico romanizado, que dejó sus huellas en los sistemas modernos, a pesar del regreso del derecho justiniano puro en el nivel universitario, desde el siglo XI.

Paralelamente con esta mezcla romano-germánica en la práctica del derecho privado, y del derecho justiniano en el plan académico, se encuentra el derecho feudal, los derechos gremiales, derechos legislados por príncipes, derecho canónico, un derecho propio de comerciantes, diferente según la región de Europa, etc.: una situación bastante caótica. Es comprensible que el derecho justiniano y el canónico, por su universalidad, lograron imponerse con relativa facilidad (aunque no en forma total y absoluta): la práctica necesitaba una mayor seguridad jurídica. Además, el Emperador vió en el derecho romano un buen instrumento de política cultural (el derecho de "su predecesor", el "también Emperador" Justiniano).

Por lo que se refiere a las sociedades, su estructura jurídica se conserva más o menos igual aún después de la recepción del derecho romano con posterioridad al siglo XII, puesto que sigue siendo el "*jus fraternitatis*" una de sus básicas características. Se empezó a permitir, respecto a la repartición de beneficios, la cláusula mediante la cual se pacta una repartición igualitaria en combinación con una aportación desigual, pero se vaciló en relación con aquella que permite una aportación igual combinada con una repartición desigual de los resultados; vacilación natural a la luz de la ya citada concepción de Ulpiano sobre la sociedad leonina.

Su evolución se aprecia a través de las variadas aplicaciones prácticas que se le dieron, con un matiz acorde con el "*modus-vivendi*" de la época y, principalmente, acorde también con el incipiente desarrollo del comercio feudal. De esta manera, aparecen por un lado las sociedades tácitas agrícolas, o "comunidades taisibles", que se daban entre campesinos siervos de un mismo señor feudal para la utilización de ciertas cosas en común; tenían un carácter marcadamente familiar, tanto en su origen como en su estructura, pues constituían una comunidad universal que implicaba una solidaridad entre sus miembros frente a los créditos y deudas comunes.

B) EL CONTRATO DE COMMENDA.

Por otro lado, en el campo del comercio, aparece y evoluciona el contrato de "*commenda*", que andando el tiempo se transforma en una "*societas*" y sienta las bases de la sociedad en comandita de la actualidad. Sin ninguna duda, la práctica romana clásica conocía a los convenios entre comerciantes y capitalistas, según los cuales estos últimos recibirían, además de la devolución de su préstamo, un porcentaje de la ganancia obtenida por la inversión del dinero prestado. Sin embargo, no se encuentra en el "*Corpus Iuris*" esta figura reglamentada en forma especial. El derecho visigodo, tan influido por el derecho romano, parece dar un perfil más individual a esta relación jurídica, bajo el verbo de "*commendare*".

El contrato de "*commenda*" se aplicó y desarrolló a consecuencia de que todavía no se conocían ni se desarrollaban lo suficiente las instituciones del transporte y la comisión, por lo que cuando se querían enviar mercancías a sitios lejanos, los mercaderes o bien acompañaban personalmente a las comitivas, o bien celebraban contrato con quien tuviera el mismo interés de transportar mercancías al mismo lugar; constituye este último un contrato de "*commenda*" bilateral, pues las partes (comanditario y comerciante o capitán) estaban, en cuanto a los resultados de la empresa, tanto a los beneficios como a las pérdidas, lo que indudablemente le daba un carácter de verdadera sociedad ("*collegantia*").

El comercio se desarrolla, principalmente, en las ciudades italianas; esto a causa de su autonomía y de su conocimiento sobre las nuevas vías abiertas por las cruzadas.

C) EVOLUCION DEL DERECHO ROMANO HASTA EL ADVENIMIENTO DEL CODIGO NAPOLEON.

Como lógica consecuencia del humanismo renacentista, varios juristas franceses y holandeses de los siglos XV y XVI manifestaron cierto desprecio por el derecho romano medioeval, volviendo al estudio del derecho romano clásico (Escuela de Bourges; Cuyacio y su grupo; Jurisprudencia Elegante de Holanda); como en las Universidades en cuestión se enseñaba el derecho romano, ahora, sin pensar en las necesidades jurídicas de la vida práctica ("*Mos Gallicus*"), surgió una corriente contraria que insistía en estudiar el derecho romano de la manera tradicional medieval ("*Mos Italicus*"). Esta última corriente se mezcla con el jusnaturalismo (Hugo Grocio, Domat y Pothier) o con derechos locales ("*Usus Modernus Pandectarum*" en Alemania). La influencia de este derecho romano post-renacentista es visible en el Código Civil Napoleón de 1804, donde se mezcla con influencias germánicas, de la "Coutume" de París; así como, posteriormente, en parte a través de dicho Código, en la gran mayoría de los Códigos civiles contemporáneos. Alemania tuvo un desarrollo propio, mezclando el "*Usus Modernus Pandectarum*" con la erudición de su Escuela Histórica (Savigny), dogmatizando y sistematizando el derecho romano muy a la alemana (Pandectística Alemana: Puchta, Windscheid) y produciendo finalmente un Código romano germánico propio que entró en vigor el 1º de enero de 1900, y que a su vez sirvió de modelo a muchos países (Sureste de Europa, Código Ruso de 1922, Suiza, Brasil, Abisinia, Corea, etc.).

Desde el Renacimiento italiano, la sociedad civil se perfila con ciertas influencias de la sociedad en nombre colectivo y en la comandita mercantiles así, por ejemplo, se permite ya que los socios que administren sean los ilimitadamente responsables por las obligaciones sociales, limitándose la responsabilidad de los demás hasta el monto de su aportación, principio que aún hoy día se encuentra vigente; además y en relación con las posibles modalidades en el reparto de beneficios, Covarrubias observa ya, con razón, que, aceptándose una distribución igualitaria de resultados combinada con una desigualdad de aportaciones, "no hay razón lógica o argumento económico para prohibir la combinación inversa".

Por otro lado, y a consecuencia del desarrollo e influjo de la sociedad en nombre colectivo en el campo del comercio, se exige ya la adopción de una razón social y la inscripción en un registro oficial, exigencias que indudablemente encuentran como inmediato antecedente a las sociedades mercantiles.

Las transacciones comerciales conocen en esta época un extraordinario desarrollo, decisivo en la configuración y estructuración autónoma de una de las grandes ramas del derecho privado: el Derecho Mercantil. En efecto, aún cuando las ciudades italianas perdieron su hegemonía comercial a causa del descubrimiento del nuevo continente y las nuevas rutas hacia el oriente, el auge comercial se ve impulsado por España y Portugal al explotar los resultados de los citados descubrimientos; las rutas mercantiles se desplazaron del Mediterráneo al Atlántico.

Es aquí donde aparece la última de las formas de las sociedades mercantiles: la sociedad por acciones. Algunos encuentran su origen en los bancos italianos (Banco de San Jorge); otros afirman, más acertadamente, que se encuentra en el comercio ultramarino, en las compañías colonizadoras de principios del siglo XVII, siendo la primera la holandesa de las Indias Orientales en 1602, que empleó en su estructuración elementos de la "asociación de coarmadores" o "consorcio naval".

Finalmente, romanistas y canonistas empiezan por adaptarse a la idea de que la sociedad es una "*universitas*"; continuando la tradición de los clásicos romanos, hablan ya de que la sociedad es distinta de los miembros que la componen, que constituye un "*corpus*", refiriéndose los canonistas a una "persona ficticia" ("porque ella no tiene alma"). Baldo habla de "cuerpo místico" ("el que no tiene existencia") distinguiendo, como el "*Corpus Iuris*", nítidamente el patrimonio social del patrimonio propio de los asociados. En conclusión, la evolución de la sociedad a partir de la época renacentista se perfila con claridad; por un lado, la sociedad se ha convertido en una verdadera persona jurídica, por sí misma sujeto de derechos y deberes, que manifiesta su voluntad a través de los órganos correspondientes y que normalmente es la de la mayoría; por otro lado, el patrimonio social es diferenciado del de los socios, el que sólo responde de las obligaciones sociales a través de la actividad de la propia sociedad, y se empiezan a concretar los derechos y obligaciones de los socios

frente a la sociedad en títulos que, muy poco tiempo después, pueden llegar a ser negociables y, por tanto, transmitir libremente la calidad de socio. No obstante, se sigue insistiendo en condenar la sociedad leonina, y en el "*ius fraternitatis*" como elemento básico y característico de la sociedad.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

- A) Francia.
- B) Alemania.
- C) España.
- D) Italia
- E) México.

A) FRANCIA.

Con base en el antiguo "*consortium*" romano, evoluciona en Francia la tendencia hacia la asociación, no obstante que, en un principio, más bien cabe hablar de un estado de indivisión que de una sociedad, pues se trata de una institución estrechamente vinculada a la estructura de la familia y de la propiedad. Hacia fines de la Edad Media empieza a aparecer la reunión voluntaria de dos o más personas para la obtención de un resultado común, utilizándose una estructura semejante a la de una sociedad familiar, por lo que al contrato que la constituye frecuentemente se le llama "affrèrement"; recuérdese respecto a esto último, la atmósfera de "*fraternitas*" como base y fundamento dominante del contrato de sociedad.

En el campo del comercio, las minas, las salinas, y aún los señoríos feudales, son explotados en indivisión pero con características muy especiales, se dice que los bienes son puestos "en pariage", sus miembros son llamados "pariers" y concurren en juicio los unos por los otros, y se habla de que cada uno tiene una fracción o cuota, denominada "uchaux" de la que tiene libre disposición.

En el Código Civil de Napoleón, se plasman, en materia de sociedades, las ideas del sabio Pothier, quien a su vez se basa en el derecho romano y, principalmente, en las recopilaciones de

costumbres regionales francesas. Consideraba Pothier a la sociedad como "aquel contrato por el cual dos o varias personas ponen en común, ya sea sus bienes, sea su industria, para obtener un beneficio común". Equiparaba la sociedad a la indivisión, dando como única diferencia el origen contractual de la primera, lo que en la actualidad no es admisible, pues la indivisión puede tener origen contractual; además, Planiol y Ripert consideran a la indivisión como un "estado por el que se pasa" e inorganizado, y a la sociedad como un "estado buscado" y organizado.

A mediados del siglo pasado, la doctrina y la jurisprudencia tuvieron la tendencia de restringir el campo de actividad y objeto de las sociedades civiles, al considerar el beneficio a obtener forzosamente apreciable en dinero, análogo al ingreso del comerciante. Posteriormente, a la luz del artículo 1,841, la Corte de Casación empezó a considerar como beneficio "una ganancia pecuniaria o material que se agregará a la fortuna de los socios", ampliándose así su campo de acción hasta ver una sociedad en aquella celebrada con objeto de utilizar o disfrutar una cosa en común (un bien inmueble, por ejemplo).

El artículo 1,832 del Código Civil Francés, que define a la sociedad como "un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner alguna cosa en común, con el ánimo de repartir el beneficio que pueda resultar de ello", no está basado en el criterio de dotación de personalidad; es decir, que el Código no le reconoce expresamente a la sociedad civil, personalidad jurídica distinta de la de sus miembros. No obstante, se empezó a reconocer personalidad jurídica a las sociedades civiles con base, principalmente, en el argumento que considera que el Código reglamenta en sus artículos 1,845 y siguientes no las relaciones entre socio y socio, sino las de los socios con la sociedad; dicho argumento fundó la sentencia de la Cámara de Admisión de 23 de febrero de 1891, que finalmente reconoció, y sin lugar a dudas, personalidad jurídica a las sociedades civiles en Francia.

Tomando en consideración el objeto de las sociedades, el Código Napoleón las divide en Universales y Particulares (artículo 1,835). Las primeras, a su vez, pueden ser de todos los bienes presentes o de ganancias (artículos 1,836 y 1,837), similares a la "*omnium bonorum*" y a la "*omnium quae ex quaestu veniunt*" del derecho romano, haciendo notar Planiol y Ripert que en la

práctica ya no se encuentran, a no ser entre esposos (sociedad conyugal). Las particulares son las que, en la actualidad, tienen mayores aplicaciones, pudiendo tener como objeto: 1) o bien la propiedad de ciertas cosas determinadas; 2) bien el disfrute (frutos que se percibirán) o simplemente el uso de una cosa; 3) bien una empresa que se intentará en común; 4) bien, en fin, el ejercicio de un oficio o profesión.

Lo anterior se deduce del texto de los siguientes artículos: 1,841.—“La sociedad particular es aquella que no se aplica más que a ciertas cosas determinadas, o a su uso, o a los frutos a obtener”. Y, 1,842.—“El contrato por el cual varias personas se asocian, ya sea para una empresa determinada, ya para el ejercicio de cualquier oficio o profesión, es también una sociedad particular”.

La repartición de beneficios ha de hacerse conforme a lo estipulado en el contrato, y a falta de estipulación al respecto, en proporción al monto de lo aportado por cada socio. En cuanto a los posibles pactos de distribución de beneficios y pérdidas, el artículo 1,855 decide prohibir toda exención de participación tanto en las pérdidas como en las ganancias; resulta, por tanto, que la “*communio lucri*” es tan esencial para la configuración de la sociedad civil francesa como la “*communio damni*”, siendo leonina la sociedad en la que falta cualquiera de los mencionados “*essentialia negotii*”. Sin embargo, la práctica francesa ha establecido, suavizando el principio de la “*communio damni*”, que la exención de un socio industrial respecto del deber de contribuir a las pérdidas de la sociedad, no viola la segunda parte del mencionado artículo 1,855, ya que, de todos modos, dicho socio ya ha perdido su trabajo.

El artículo 1,855 del Código Napoleón, establece: “La convención que excluya a alguno de los asociados la totalidad de los beneficios, es nula. De la misma manera la estipulación que exonere de toda contribución en las pérdidas, las sumas o efectos puestos dentro de los fondos de la sociedad por uno o más asociados”.

Por lo que se refiere a la diferenciación francesa de las sociedades civiles respecto de las mercantiles, se encuentra el antecedente de que en un principio no había disposición expresa que prohibiera a las sociedades civiles, o bien la realización de

una especulación mercantil, o bien la adopción de una forma mercantil. La constitución de sociedades civiles con objeto o forma mercantil, se realizaba en Francia ya para limitar los riesgos sociales a ciertos asociados, mediante la constitución de una sociedad por acciones, ya para sustraer a la sociedad de la aplicación de las leyes mercantiles (entre otras cosas, reglas de la quiebra, prescripción, etc.) o de la jurisdicción comercial (existente en Francia).

Lo anterior dió lugar a ciertas situaciones anómalas, que motivaron la Ley del 10. de agosto de 1893, que dispuso, en términos absolutos, que las sociedades civiles con objeto o forma mercantil, "son mercantiles y están sometidas a las leyes y usos mercantiles". En consecuencia, en la actualidad se sigue un doble criterio en Francia para diferenciar las sociedades civiles de las mercantiles; un criterio objetivo: "es mercantil la sociedad que realiza habitualmente actos de comercio", y uno formal: "es mercantil la sociedad constituida bajo la forma de sociedad por acciones o de responsabilidad limitada".

Finalmente, respecto a la regulación francesa de las asociaciones, el Código Civil Napoleón no las menciona; por lo que, hasta antes de la Ley de 10. de julio de 1901, que las reglamenta, el derecho francés no tenía más referencia a la asociación que la de la legislación penal, que la consideraba como un delito.

En la actualidad, la asociación se diferencia de la sociedad atendiendo exclusivamente al fin u objeto que persiguen sus miembros (criterio material u objetivo). Así, como afirman Planiol y Ripert, caracteriza a las asociaciones (caritativas, literarias, artísticas, etc.) la persecución de un fin de "interés general", que no beneficia exclusivamente a sus miembros, mientras que caracteriza a las sociedades su objeto "esencialmente egoísta", que procura la obtención de beneficios.

El artículo 10. de la mencionada Ley sobre Asociaciones, define a estas últimas de la siguiente manera: "La asociación es la convención por la cual dos o más personas ponen en común de una manera permanente sus conocimientos o su actividad con un fin distinto que el de repartir beneficios".

B) ALEMANIA.

En el derecho germánico, la recepción del derecho romano no tuvo, como en otras naciones, influencia tan decisiva en la configuración y estructuración de las instituciones de su sistema jurídico. Lo anterior, principalmente, a causa del desarrollo tan marcadamente nacional de algunas de sus instituciones jurídicas, consecuencia de lo tardío de la recepción del derecho romano en Alemania; las sociedades civiles no vienen a constituir la excepción.

De esta manera, se encuentra primeramente una regulación muy general de los derechos y obligaciones de los miembros de una comunidad jurídica, independientemente del origen de la misma (contrato, hecho, situación legal, etc.). Dicha regulación se encuentra en los artículos 741 a 748 del Código Civil alemán, dentro de la parte general de las obligaciones.

Por otro lado, se encuentran disposiciones especiales relativas a las agrupaciones de personas, originadas contractualmente para la consecución de un fin común. Así, aparecen la sociedad y la asociación, reglamentadas, estructuradas y, diferenciadas entre sí, de una manera muy peculiar y diferente a los Códigos de proyección romanística. Mientras la sociedad es tratada en el Código Civil alemán por el derecho de obligaciones, la asociación es reglamentada en la Parte General, dentro del Título de las Personas Jurídicas.

De ello se deriva la fundamental diferencia entre la sociedad y la asociación: la primera se presenta como una simple relación jurídica entre los miembros individuales participantes en la misma; la segunda es también una relación jurídica, pero que se manifiesta al exterior como un sujeto jurídico independiente de sus miembros individuales, es decir, como un ente social dotado de personalidad jurídica.

A consecuencia de la mencionada fundamental diferencia, se derivan otras de no menor importancia que, a través de la mención de algunas de ellas, muestran la estructura y los principales caracteres de la sociedad del derecho civil alemán.

Así, mientras en la sociedad su patrimonio pertenece pro indiviso a cada uno de los miembros, constituyendo una comunidad y siguiéndose al efecto las reglas de esta última, en la asociación el patrimonio es propiedad del sujeto jurídico indepen-

diente, considerándosele como un patrimonio separado. Por otro lado, en la sociedad no hay una dirección que esté por encima de los miembros, pues éstos, como sujetos de los deberes y derechos comunes, concurren en comunidad a la gestión de los negocios colectivos, rigiendo el principio de la unanimidad en sus decisiones; mientras que, en la asociación, se adopta una organización corporativa: tiene estatutos a cuyo tenor los acuerdos de la mayoría obligan a la minoría y una dirección establecida por encima de los miembros, llevando, además, un nombre común o colectivo.

Finalmente, mientras que en la sociedad cada uno de sus partícipes se obliga hacia los demás a la realización o cumplimiento de lo prometido, en la asociación las obligaciones de sus miembros se dan frente a los órganos de la asociación, por ser ésta el sujeto jurídico titular de los derechos y obligaciones de sus miembros.

Considérase interesante hacer una breve referencia de algunas de las agrupaciones intermedias, entre la sociedad y asociación, reguladas en el derecho alemán como agrupaciones sociales con trama corporativa. Tales son las comunidades, reguladas en dos formas diferentes:

a) La comunidad por cuotas, en la que los partícipes conservan su independencia y tienen una cuota fija sobre los objetos comunes, de la cual pueden disponer libremente (por ejemplo: la copropiedad;

b) La comunidad en mano común, cuyas participaciones no son susceptibles de apreciación numérica, por lo que no se puede disponer de ellas aisladamente. Tiene la peculiaridad de que, aún cuando se presenta al exterior como una relación jurídica vinculatoria entre sus miembros partícipes, las relaciones interiores de sus miembros se regulan y organizan corporativamente.

Así, la comunidad en mano común tiene una estructura y organización interior aún más corporativa e impersonal que la "*societas*" romana; pues, por ejemplo, admite el ingreso y separación de miembros singulares sin disolverse o extinguirse, y da valor a los acuerdos de la mayoría.

Del análisis de lo inmediatamente asentado, se deduce que, en derecho alemán, la comunidad en mano común se acerca aún más a la idea del patrimonio separada y de la personalidad jurídica, que la propia sociedad civil.

El Código Civil alemán ya no hace referencia al tema de la sociedad leonina, pues considera que la sociedad ha de tener un "fin común" y, si persigue sólo la ventaja de uno de los socios, en realidad no hay sociedad, sino donación o garantía; es decir que, como advierte el maestro Floris Margadant, la sociedad leonina en el derecho alemán "pierde todo interés: si los motivos son limpios, el contrato se convierte en otro, y si hubo fraude, intimidación, etc., el derecho pone varios medios a la disposición del perjudicado para quitar eficacia al contrato".

Los medios que el derecho pone a la disposición del perjudicado en una sociedad leonina, también se encuentran en el derecho mexicano; así, por un lado, el perjudicado podría ejercer la acción de enriquecimiento sin causa o pedir la rescisión del contrato alegando lesión o algún vicio en el consentimiento (error, dolo, violencia, etc.) o bien, por otro lado, podría aún ejercer una acción penal, en caso de que se llegara a configurar el delito de fraude.

Las sociedades mercantiles alemanas se rigen por su derecho especial, contenido en el Código de Comercio. No obstante, las normas del Código Civil sobre sociedades no son supletoriamente aplicables a las sociedades mercantiles, en virtud de que, como ya se vió, mientras unas no gozan de la personalidad jurídica, otras por el contrario, sí son dotadas de personalidad jurídica al cumplir ciertos requisitos legales.

Finalmente, la sociedad del derecho civil alemán ha tenido una importancia jurídica y económica considerable pues, por un lado, se presta mejor que las sociedades mercantiles a la realización de ciertos fines; además, por otro lado, la ley excluye, en ciertos casos y situaciones, el empleo de las formas de la sociedad mercantil. Por ejemplo, los comerciantes alemanes al por menor no pueden asociarse adoptando la forma de una sociedad mercantil, pues la ley se los prohíbe.

C) ESPAÑA.

Es en esta nación peninsular donde mayor influjo ejerció el derecho romano justiniano, sobre todo en materia de obligaciones y contratos, y a través de la Partida Quinta de la Legislación alfonsina, pues se encuentran reglamentadas en dicha Partida instituciones de origen romano que no aparecen ni en el Breviario de Aniano, ni en el Fuero Juzgo. Así, se ha llegado a comparar, en el siglo pasado, al Digesto con las Partidas, y aún llamarle a estas últimas las "Pandectas Castellanas"; lo anterior se acepta si se interpreta en el sentido de resaltar la indudable influencia de Justiniano en Alfonso X, el Sabio, pero se rechaza si se trata de considerar semejantes a uno y otro trabajos, puesto que mientras las Pandectas son, estrictamente, recopilaciones de mucho mérito, las Partidas son ya un Código que toma en cuenta las circunstancias y costumbres de la época, además de leyes de derecho romano, capítulos de derecho canónico, y algunas leyes de los Fueros.

De esta manera, en el Título X de la Partida Quinta, que trata "de las compañías que fazen los mercaderes, e los otros omes entre si, para poder ganar algo, más de ligero, ayuntando su auer en uno", se reglamenta a la sociedad tomando en cuenta ya, en cuanto a su objeto, el tráfico mercantil de la época, y conservando las características y la estructura de la "*societas*" romana (contrato consensual), basado en el "*jus fraternitatis*", rigurosamente "*in tuitu personae*", administración en comunidad, principio de unanimidad, etc.) así como su clasificación en Universales y Particulares.

Lo anterior se deduce del análisis general de las diversas Leyes que componen el mencionado Título X; en la Ley 1a. se define a la sociedad de la siguiente manera: "Compañía es ayuntamiento de dos omes, o de más, que es fecha con entención de ganar algo de so vno, ayuntándose los unos con los otros. E nasce ende gran pro, quando se faze entre algunos omes buenos e leales: ca se socorren los unos a los otros, bien assi como si fuessem hermanos. E fazese la compañía con consentimiento, e con otorgamiento de los que quieren ser compañeros". resulta interesante también, pues habla del objeto de la sociedad, el texto de la Ley 2a.: "Fazer se puede la compañía, sobre las cosas guisadas, e derechas; assi como en comprar, e en vender, e en camiar, e arrendar, e logar, e en las otras cosas semejantes destas, en que pueden los omes ganar derechamente". Se infiere del anterior

texto, que la actividad de la sociedad o "compañía" es restringida a la obtención de un lucro, exclusivamente.

El texto de la Ley 4a. habla de la sociedad leonina, reproduciendo los conceptos ya expresados de Ulpiano al respecto; dicho texto es el siguiente: "Más si fazen pleyto que el uno que ouiesse toda la ganancia, e que non ouiesse parte en la pérdida, o toda la pérdida fuesse suya e non ouiesse parte en la ganancia, non valdría el pleyto que desta guisa pusiessen. E tal compañía como esta llaman las leyes leonina".

Posteriormente a la publicación de las Siete Partidas, se recopilaron y publicaron diversas Leyes, Ordenanzas y Recopilaciones (Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación, etc.), en las que apenas y se encuentran breves referencias sin importancia a la sociedad o "compañía". En consecuencia, la legislación vigente hasta antes del Código Civil español de 1888, en esta materia, estaba reducida al Título X de la Partida Quinta y al Código de Comercio de 1829, el cual reconoce ya personalidad jurídica a las sociedades mercantiles.

La asociación y la sociedad se distinguen y diferencian en derecho español, tomando como punto de partida la característica de la finalidad u objeto que cada una de ellas persigue. Pues si bien esa finalidad u objeto es común a los miembros de ambas agrupaciones, en la asociación se persigue un fin ideal o desinteresado, fin que interesa a otros y no afecta exclusivamente el interés de sus miembros, mientras que en la sociedad se persigue un fin u objeto de carácter lucrativo; es, en consecuencia, un fin esencialmente egoísta. En el mismo orden de ideas, se distingue a la sociedad de la comunidad, pues si bien los socios y los comuneros coinciden en su derecho sobre una misma cosa (patrimonio social, patrimonio común), en la agrupación de los segundos no rige el espíritu de lucro de la agrupación de los primeros, además de que el origen de la sociedad es siempre contractual, y la comunidad puede tener por origen otros hechos, actos o relaciones jurídicas.

D) ITALIA.

En cuanto al derecho italiano, se impone la obligación de hacer referencia tanto al Código Civil de 1865, hoy derogado, co-

mo al moderno y avanzado Código Civil de 1942, que unificó en un mismo cuerpo legal el campo del Derecho Privado italiano.

Por lo que toca a la regulación que de la sociedad civil hacía el Código mencionado en primer término, descansaba esencialmente en los lineamientos tradicionales del derecho romano sobre el contrato de sociedad. En consecuencia, la sociedad era “un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner en común alguna cosa con el fin de dividirse entre ellas las ganancias que puedan obtenerse”, según su artículo 1,696; la reunión, pues, se basaba en un cierto espíritu de fraternidad y de recíproca confianza entre los socios, y su objeto se extendía tanto a la puesta en común de todos o parte de los bienes de los participantes, para disfrutar de ellos, como a la realización conjunta de uno o varios actos, tendientes a la obtención de una ganancia. Se observa en esto último la clásica división romana de las sociedades en Universales (de todos los bienes presentes y de ganancias), y Particulares.

El patrimonio de la sociedad pertenecía proindiviso, es decir, en copropiedad, a los socios; por lo que, lógicamente, no había lugar a la creación de una persona jurídica puesto que, además, frente a terceros se presentaba como una simple relación obligatoria entre los socios, destinada a no sufrir efecto más que entre ellos mismos.

En esto último radicaba esencialmente la diferencia entre las sociedades civiles y las mercantiles, que sí estaban dotadas de personalidad jurídica, además de la diversidad de objeto a que estaban destinadas unas y otras; no obstante, el criterio objetivo para diferenciar y regular de distinta manera las sociedades civiles y las mercantiles, se veía obscurecido y, en consecuencia, creaba una serie de confusiones, por diversas disposiciones del Código de Comercio de 1882. Así, mientras por un lado la sociedad mercantil secreta estaba sometida a las normas del Código Civil, por otro lado el artículo 229 del mencionado Código de Comercio disponía: “Las sociedades civiles pueden adoptar la forma de las sociedades por acciones”. En conclusión, en el derecho italiano se permitía, aunque sólo en limitadas hipótesis, a las sociedades civiles acogerse a las normas de las mercantiles (si se trataba de la sociedad por acciones), y a las sociedades mercan-

tiles someterse a la legislación civil (cuando mantenían sus pactos en secreto).

De todas las características de la sociedad civil regulada por el Código de 1865, se deducen una serie de consecuencias que, a través de la enumeración de las principales, ponen de manifiesto los defectos de la susodicha sociedad civil.

De entre las principales consecuencias, las más importantes son las siguientes:

a) El socio no podía obligar a la sociedad, o sea, a los demás socios, ni aún cuando actuara a nombre de ella, salvo que para ello hubiera estado facultado. Entonces, en tal caso, su facultad de obligar a la sociedad derivaba no de su carácter de socio, sino de su calidad de mandante, por lo que regían al efecto las reglas del mandato.

b) El patrimonio de la sociedad, es decir, el conjunto de bienes aportados a la sociedad, pertenecía en copropiedad a sus miembros. Esto traía una doble consecuencia por lo que respecta, tanto a los acreedores de la sociedad, como a los acreedores particulares del socio, puesto que, en relación con los acreedores sociales, éstos eran acreedores personales de los socios quienes, a su vez, respondían del adeudo con todos sus bienes, presentes o futuros, estuviesen o no aportados a la sociedad. Consecuentemente, los acreedores particulares del socio podían hacer efectivo su crédito afectando la totalidad de los bienes del deudor, aún cuando algunos de éstos formaran parte del patrimonio social, y teniendo, en este último caso, la facultad de pedir la disolución de la copropiedad social.

c) La obligación del socio de aportar a la sociedad los bienes que hubiere prometido, no era más que una obligación personal. Así, por ejemplo, si un socio enajenaba los bienes aportados, la obligación de aportar no pasaba al tercer comprador, quien podía exigir la entrega de los bienes aún pidiendo la disolución de la copropiedad social; contra el socio incumplidor no quedaba más que una acción de daños y perjuicios, de difícil obtención y dudoso resultado.

A consecuencia de las dos últimas características arriba mencionadas, la existencia de la sociedad civil era un tanto precaria,

pues su patrimonio no se asentaba sobre bases sólidas; en efecto, debería contar con la posibilidad de un ataque a su patrimonio, proveniente de los acreedores particulares de todos y cada uno de sus socios, por lo que consecuentemente, corría el riesgo de verse privada de sus bienes, o de parte de ellos, por hechos extraños al desarrollo y marcha de sus actividades. Tal es la principal razón por la que, según afirmación de Ferrara (hijo), "había caído en desuso".

El Código de Comercio de 1882 trató estos problemas, pues hasta antes de su publicación no había más regulación sobre sociedades que la del Código Civil, disponiendo simplemente en su artículo 77 que las sociedades mercantiles constituían un nuevo sujeto de derecho; es decir, una persona jurídica distinta de la persona de los socios.

En consecuencia, los bienes aportados por los socios no constituían ya una copropiedad social, sino un patrimonio distinto propiedad del nuevo sujeto creado. De esta manera, se reforzaba y vigorizaba el patrimonio social; así, si un socio enajenaba los bienes aportados, lo que enajenaba era más bien su condición de socio, pues los bienes eran ya propiedad de un sujeto distinto, además de que, por otro lado, el acreedor particular del socio ya no podía hacer efectivo su crédito atacando el patrimonio social.

La fisonomía de la sociedad, fue, pues, cambiada por el Código de Comercio; de una simple relación interna obligatoria entre dos o más personas, pasó a ser un nuevo sujeto jurídico dotado, además de patrimonio propio. Con respecto a la sociedad civil, tuvieron como consecuencia de su nueva estructura, una menor extensión que ésta, pues se les reglamentó ya no como una sociedad que pudiera ser de goce o de ejercicio, o de ambas, sino como sociedades de mero ejercicio.

En el nuevo Código Civil italiano de 1942, como resultado de su carácter unificador del campo del Derecho Privado, no se distingue ya entre sociedades civiles y mercantiles, pues regula solamente distintos tipos de sociedades, a saber: sociedad simple, sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad por acciones (anónima), sociedad en comandita por acciones y, sociedad de responsabilidad limitada. Esta regulación no establece una disciplina general de la sociedad, sino que, después

de haber dado la noción general de la misma (artículo 2,247), aísla de ésta las diversas especies de sociedad, dotándolas de una regulación acorde con sus características.

Únicamente dota de personalidad jurídica, a aquellos tipos de sociedad en los que es irrelevante la persona de los socios para la vida de la sociedad; es decir, la personalidad jurídica es un atributo exclusivo de las sociedades denominadas "*in tuitu capitalis*" o "*impersonales*". De esta manera, en el derecho italiano no gozan de la personalidad jurídica ni la sociedad simple, ni las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple.

En virtud de que el nuevo Código tuvo como propósito regular las sociedades denominadas "de ejercicio", es decir, aquellas que tengan una finalidad económica, productiva, el artículo 2,248 excluye las sociedades constituídas con la sola finalidad de usar o disfrutar las cosas aportadas, remitiéndoles, para su regulación, a las normas relativas a la comunidad; dicho artículo establece: "La comunidad constituída o mantenida con la sola finalidad del goce de una o de varias cosas se regula por las normas del título VII del libro III (artículos 1,100-1,139)". Es decir, que los redactores de dicho Código tuvieron en mente la idea de reglamentar una sociedad con fines económicos o de producción y, por tanto, destinada a aparecer como tal hacia el exterior, al considerarle como "un medio indirecto de favorecer la producción", para utilizar las palabras de Ferrara (hijo).

Por tanto, el Código italiano de 1942 reglamenta las sociedades protegiéndolas de las vicisitudes externas ajenas al desarrollo de sus actividades, y dotándolas, al mismo tiempo, de una sólida estructura protectora de su permanencia y estabilidad; es decir, una estructura que las ponga a salvo, en lo posible, del mayor número de circunstancias externas atentatorias de la organización social.

Sobre esta base, el citado Código empieza por establecer una regulación general de las sociedades, independientemente de la naturaleza de la actividad económica a desarrollar, es decir, independientemente de que la actividad económica que desarrolle o pretenda desarrollar la sociedad, sea comercial o no comercial. Así, dispone su artículo 2,247: "Por el contrato de sociedad dos o más personas aportan bienes o servicios para el ejercicio en

común de una actividad económica al objeto de dividirse sus utilidades"; estableciendo de esta manera la noción general de la sociedad.

Por lo que se refiere a la asociación, ésta es regulada en el Título II ("De las Personas Jurídicas") del Libro Primero ("De las Personas y de la Familia"), y diferenciada de la sociedad de conformidad con los lineamientos del criterio objetivo, pues mientras la sociedad tiene una finalidad económica exclusivamente (de producción) y de carácter patrimonial (obtención de un lucro), la asociación persigue un fin denominado ideal y, por tanto, no-patrimonial.

Resulta interesante, por otro lado, observar la moderna y adelantada regulación que el Código Civil italiano, en sus artículos 2,082 a 2,093, hace de la empresa en general. El artículo 2,082, considera empresario a "quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes o de servicios"; en otras palabras, para que a una persona jurídica (individual o colectiva) se le atribuya el carácter de empresario, el derecho italiano exige el ejercicio de una actividad económica (productiva), y que dicha actividad se ejercite en forma organizada y de modo profesional.

Consecuentemente, en el nuevo Derecho Privado italiano desaparece la distinción entre comerciante y no-comerciante, distinguiéndose únicamente, de entre los sujetos de derecho, a los empresarios de los no-empresarios. Esto no autoriza a considerar que todos los empresarios sean comerciantes ni, viceversa, que todos los comerciantes sean empresarios; puesto que, la noción de empresario mercantil es una subespecie de la noción general de empresario, por lo que un empresario puede tener por objeto el ejercicio de una actividad económica que no sea comercial, del mismo modo que un comerciante que necesariamente ha de ejercitar una actividad económica (productiva), puede ejercitar dicha actividad en forma no profesional ni organizada. En conclusión, la figura del empresario italiano se ve circunscrita y delimitada por el concepto "actividad económica"; aunque, por otro lado, al regularse a la empresa de una manera general, se conceptúa al empresario en un sentido muy general, lo que da lugar a las subespecies de empresario civil (no-comercial) y empresario mercantil.

E) MEXICO.

El Código Civil ahora vigente en México (para el Distrito y Territorios Federales), publicado en 1928 y en vigor a partir del 1° de octubre de 1932, según lo dispuesto en el decreto de 29 de agosto del mismo año, viene a constituir un nuevo Código diferente en muchos aspectos de sus predecesores, que recoge los últimos adelantos de la técnica jurídica de los Códigos Civiles contemporáneos, pero sin desconocer la realidad mexicana por lo que, consecuentemente, "reproduce en gran parte el de 1884".

En materia de obligaciones y contratos sus principales innovaciones se ven inspiradas tanto en los Códigos Civiles francés, español, italiano, argentino, chileno, brasileño, alemán y suizo de las Obligaciones, como en ciertas teorías de autores; esto último se aprecia en materia de inexistencia y nulidad de los actos jurídicos principalmente, en que se adoptó la teoría del ilustre tratadista francés Julien Bonnecasse.

En lo que toca a la materia de asociaciones y sociedades, reglamenta ya a las primeras tomando como base e inspiración los artículos 6° y siguientes del Código Civil Suizo y la Ley Francesa sobre Asociaciones del 1° de julio de 1901; en cuanto a las sociedades introduce una serie de innovaciones que cambian sustancialmente la estructura y configuración de la sociedad civil, respecto a la reglamentación contenida en los códigos anteriores, y que encuentran su antecedente e inspiración en los Códigos Civiles español, alemán y brasileño, y en el suizo de las Obligaciones (Libro V del Código Civil suizo).

Para diferenciar la sociedad de la asociación el Código Civil de 1928 sigue exclusivamente el criterio objetivo; es decir, que para diferenciar a uno y a otro ente jurídico se atiende al fin que se propone realizar, que no sea preponderantemente económico en la asociación y que sí lo sea en la sociedad.

En cuanto al fin que han de proponerse las sociedades, no lo limita, como en los códigos anteriores, a la puesta en común de uno o varios bienes y a la obtención y reparto de ganancias o pérdidas, sino que únicamente exige que dicho fin, además de ser común, sea preponderantemente económico; de esta manera se configura a la sociedad civil como una "sociedad de fin económico", ampliando, consecuentemente, su campo de acción.

Así, la segunda parte (“De las Sociedades”) del Título Décimoprimer o (“De las Asociaciones y de las Sociedades”) de la Segunda Parte (“De las Diversas Especies de Contratos”) del Libro Cuarto (“De las Obligaciones”) del Código Civil mexicano de 1928, empieza con el artículo 2,688 que define a la sociedad civil tomando elementos tanto del Código anterior como del de Napoleón y del alemán y suizo de las Obligaciones, dándole una configuración y elementos muy característicos. Dicho artículo dispone: “Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”.

El maestro Rojina Villegas establece una definición que tiene el mérito de, además de consignar los básicos elementos característicos de la sociedad civil, delimitar objetiva y formalmente su campo de acción; así, la considera como “una corporación privada, dotada de personalidad jurídica, que se constituye por contrato celebrado entre dos o más personas, para la realización de un fin común, lícito, posible y preponderantemente económico, mediante la aportación de bienes o industria, o de ambos, siempre y cuando no lleve a cabo una especulación comercial, ni adopte forma mercantil”.

Es, por tanto, configurada la sociedad civil por el Código de 28 como una sociedad “de mero ejercicio”, pues pone especial énfasis en el elemento “actividad” como fundamento del fin social, además de que, por otro lado, deja de reglamentar las sociedades universales (que siempre son “de mero goce”) refiriéndose sólo, aun cuando no expresamente, a las particulares. Esto último no quiere decir que el nuevo Código prohíba la constitución de sociedades universales, sino que, a causa de su casi nula aplicación práctica, simplemente no las reglamenta; por lo que, dado el caso de constitución de una sociedad universal en la actualidad, se regiría por las disposiciones relativas del Código de 84.

La personalidad jurídica de la sociedad civil se desprende del sentido en que están redactados los artículos relativos, así como de la declaración expresa de la fracción III del artículo 25. Se trata, por tanto, de un ente jurídico, organizado corporativamente por dos o más personas, y que se presenta al exterior, al mundo de las relaciones jurídicas, en calidad de sujeto de derechos

y deberes, con personalidad jurídica distinta de la de cada una de sus organizadores o miembros.

Lo anterior trae aparejadas una serie de consecuencias, inherentes a su patrimonio y a las relaciones, tanto de la sociedad como de sus miembros, frente a terceros, de las cuales se anotan a continuación las principales:

1) La llamada "Autonomía Patrimonial", según la cual la sociedad es titular de un patrimonio independiente del de cada uno de sus miembros, constituido por las aportaciones hechas por los socios en el momento de su creación, y por las aportaciones o adquisiciones efectuadas en cualquier momento de su ulterior desarrollo. Esta "Autonomía Patrimonial" es absoluta en cuanto que el patrimonio social no es susceptible de ser atacado por los acreedores personales de los socios, no obstante que, como se verá más adelante, sufre una excepción en lo que se refiere a los socios administradores, como efecto de su responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada por las deudas sociales.

2) La sociedad-persona jurídica tiene el derecho de comparecer en juicio como tal, y por medio del órgano u órganos

que la representen; es decir, que para que la sociedad pueda comparecer en juicio no se hace necesaria la intervención de todos y cada uno de sus miembros, sino sólo de aquellos que la representen y tengan la facultad de manifestar su voluntad.

3) Finalmente, y como consecuencia lógica de lo anterior, la sociedad-persona jurídica tiene capacidad para adquirir todo tipo de bienes, muebles o inmuebles, siempre y cuando no se lo prohíba la ley. El título que consigne los derechos del socio frente a la sociedad se reputa mueble, aún cuando el patrimonio social esté constituido por inmuebles, de acuerdo con lo declarado por el artículo 755, que establece: "Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aún cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles".

Es conveniente establecer, en relación con la "autonomía patrimonial" de la sociedad, que ésta se deduce y es consecuencia del sentido en que están redactados los artículos 2,688 y 2,689.

Así, según se vió, el primero de ellos establece que los socios “se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos” y, como acertadamente afirma el maestro Rojina Villegas, “esta combinación viene a constituir un patrimonio”, que es independiente y autónomo por efecto inmediato de la dotación de personalidad jurídica. Por lo que se refiere al segundo de los artículos mencionados, el 2,689 establece: “La aportación de los socios puede consistir en una cantidad de dinero u otros bienes o en su industria. La aportación de bienes implica la transmisión de su dominio a la sociedad, salvo que expresamente se pacte otra cosa”, deduciéndose de la parte final, evidentemente, que los bienes aportados por los socios dejan de pertenecer al patrimonio de éstos, para pasar a formar el patrimonio independiente y autónomo de la sociedad.

La sociedad civil se diferencia de la mercantil, en el estado actual de la legislación privada mexicana, atendiendo exclusivamente al criterio formal, como ya se ha establecido anteriormente; no obstante, según lo establecido más adelante, debe considerarse mercantil a la sociedad que realice actos de comercio, por lo que el criterio formal no se sigue en forma tan exclusiva.

Por lo que se refiere al Código Civil, al definir la sociedad se declara en favor del criterio objetivo de diferenciación respecto de la mercantil, al establecer que la sociedad civil ha de tener un fin “preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”. Es decir, en otras palabras, que el artículo 2,688 del Código Civil adopta como criterio de diferenciación de la sociedad civil respecto de la mercantil, el objetivo, o sea, aquél que atiende a la naturaleza de los actos que realiza la sociedad, suponiendo que el fin de ambas es “preponderantemente económico”, pero que en la mercantil constituye una “especulación comercial” y, al efecto, prohíbe a la sociedad civil la realización de esa especulación.

No obstante, más adelante su artículo 2,695 se adhiere abiertamente al criterio formal, al declarar: “Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio.

El Código Civil de 28, consecuentemente, adopta un criterio mixto (objetivo y formal) de diferenciación de las sociedades

civiles respecto de las mercantiles, pues mientras que, al definir la civil, le prohíbe terminantemente la realización de una “especulación comercial”, por otro lado y a manera de sanción declara que aquella sociedad civil que adopte alguna de las formas establecidas por el Código de Comercio (interpretado este último término como sinónimo de legislación mercantil), se sujetan a éste. No obstante lo anterior, el Código Civil no señala qué sucede con aquella sociedad civil que, constituida de conformidad con las normas del tantas veces mencionado Código, realice un fin que además de ser preponderantemente económico, constituya una especulación comercial; en otros términos, no hace referencia a la sociedad constituida en forma civil pero con fin mercantil.

En relación con esta última hipótesis, la doctrina mexicana no se inclina en forma unánime por considerar a la sociedad civil con fin mercantil como una sociedad mercantil irregular, de hecho; pues, por un lado, el maestro Lozano Noriega la considera como una sociedad civil irregular, de hecho, puesto que está contrariando lo establecido en la definición del artículo 2,688 y, en consecuencia, ha de ser liquidada a petición de cualquier interesado; mientras que, por otro lado, el finado maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, llega a sostener que tal sociedad debe someterse a las reglas de la sociedad en nombre colectivo, cuya estructura es la que más se asemeja a la de la sociedad civil.

La consideración de la sociedad civil con fin mercantil como una sociedad mercantil de hecho, se basa en la expresa declaración del ya mencionado artículo 3º del Código de Comercio, el que en su fracción I reputa comerciantes a “las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria”; por lo que, en conclusión, haciendo una estricta interpretación de dicho precepto, son comerciantes tanto las personas individuales como las colectivas que habitualmente realicen actos de comercio.

El maestro Rojina Villegas, por su parte, critica el Código de 84, en cuanto que su artículo 2,236 reputaba civiles aquellas sociedades de naturaleza mixta, es decir, que realizaran a la vez actos civiles y de comercio, puesto que de esta manera se invadía el ámbito federal del Código de Comercio, el que caracterizaba a las sociedades mercantiles “por la naturaleza de los actos que

ejecutaran y por la forma que también imponía ese Código". En consecuencia, implícitamente se refiere al caso actual de la sociedad con forma civil y fin mercantil, pues de igual manera consideraría una invasión del campo de la legislación mercantil el reputarla civil, ya que en la actualidad es mercantil tanto la sociedad que se dedique profesionalmente a la realización de actos de comercio (fracción I del artículo 3º del Código de Comercio), como la que adopte alguno de los tipos enumerados en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículo 4º de dicha Ley).

Considérase pertinente establecer aquí el significado de la expresión "fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

En primer lugar, el artículo 2,688 exige a la sociedad civil la realización de un fin común en el que el carácter económico sea preponderante, como punto de partida para diferenciarla nítidamente de la asociación civil; en otras palabras, mientras la asociación civil al realizar su objeto social no persigue la obtención de un beneficio apreciable pecuniariamente, que redunde en aumento económico de su patrimonio, sino que reviste otro carácter: benéfico, científico, cultural, artístico, deportivo, etc., y, por tanto, lo económico no caracteriza el beneficio obtenido, o que se propone obtener, la sociedad civil, al realizar su objeto social ve acrecentado su patrimonio, pues el beneficio obtenido se caracteriza económicamente y, por tanto, es susceptible de considerarse como una ganancia pecuniaria. Esto último, empero, no autoriza a considerar que la sociedad del Código Civil de 28 deba tener necesariamente por objeto la obtención y reparto de utilidades, como en los Códigos anteriores, ya que, como establece el maestro Rojina Villegas: "Se toma simplemente como criterio la naturaleza económica del fin, sin limitarlo a las circunstancias especiales de que haya reparto de utilidades o de pérdidas".

Por otro lado, en cuanto a la prohibición contenida en la parte final del propio artículo 2,688, de no realizar una especulación comercial a través del desarrollo de su objeto social, por dicha especulación debe entenderse realización de actos de comercio. El Derecho Privado mexicano no sigue exclusivamente

el criterio formal para diferenciar a las sociedades civiles de las mercantiles, pues aquella sociedad constituida conforme al Código Civil que realiza actos de comercio, es una sociedad mercantil de hecho, según ha quedado establecido; en consecuencia, es importante establecer cuando un acto es civil o comercial.

La determinación de lo que debe entenderse por acto de comercio es confusa; aunque en sus orígenes el derecho mercantil era un derecho de excepción, aplicable únicamente a los comerciantes, en la actualidad es un derecho especial frente al civil, aplicable a los actos de comercio, y por tanto circunscrito por el concepto que de estos últimos se tenga.

En la determinación del concepto de acto de comercio, puede seguirse el sistema de la enumeración o de la definición; este último, que consistiría en concebir una definición que abarcara la variada congerie de actos declarados por las leyes como de comercio, es considerado por el maestro Mantilla Molina como una "vana ilusión", pues resulta prácticamente imposible encontrar un concepto al cual reducir todos. El derecho mercantil mexicano sigue el sistema de la enumeración ejemplificativa, es decir, no limitativa, contenida principalmente en las veinticuatro fracciones del artículo 75 del Código de Comercio, a lo que se añade la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia de explotación y aprovechamiento de recursos minerales, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y, la Ley de Instituciones de Fianzas.

La sociedad, como persona jurídica, tiene voluntad, la cual necesita ser manifestada, exteriorizada, por medio de órganos que la representen. Los órganos representativos de la sociedad civil son la Asamblea General de socios y la Administración, compuesta de uno o varios socios.

La Asamblea General de Socios, resuelve los asuntos que trata por mayoría, salvo en los casos en que el Código exija la unanimidad y en que, obviamente, no exista pacto en contrario. El Código Civil exige la unanimidad en las resoluciones de la Asamblea, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se acuerde modificar la escritura social consti-

tutiva, pues el artículo 2,698 establece: "El contrato de sociedad no puede modificarse sino por consentimiento unánime de los socios".

2) Cuando se acuerde autorizar a un socio a enajenar su parte social, o admitir nuevos socios; al efecto, establece el artículo 2,705: "Los socios no pueden ceder sus derechos sin el consentimiento previo y unánime de los demás coasociados; y sin él, tampoco pueden admitirse otros nuevos socios, salvo pacto en contrario, en uno y en otro caso".

3) Cuando se acuerde excluir a alguno de los socios de la sociedad, por causa prevista en los estatutos, de conformidad con la prohibición del artículo 2,707, que establece: "Ningún socio puede ser excluido de la sociedad sino por el acuerdo unánime de los demás socios y por causa grave prevista en los estatutos".

4) Cuando se acuerde remover al socio administrador nombrado en la escritura social constitutiva, o modificar las facultades concedidas de igual manera. En este caso sería imposible obtener un acuerdo unánime, pues el socio administrador en cuestión manifestaría su consentimiento en contrario; no obstante, se debe interpretar el artículo 2,711 en el sentido de que, al hablar del "consentimiento de todos los socios", se refiere a "todos los demás socios". Dicho artículo establece: "El nombramiento de los socios administradores, hecho en la escritura de sociedad, no podrá revocarse sin el consentimiento de todos los socios, a no ser judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad. El nombramiento de administradores, hecho después de constituida la sociedad, es revocable por mayoría de votos.

En principio y por regla general, cada socio tiene derecho a un voto, independientemente de su aportación, pues la sociedad civil es esencialmente una sociedad de personas; no obstante, puede pactarse válidamente que los votos se computarán en atención al monto de lo aportado.

Por lo que se refiere a la administración de la sociedad, ésta se encuentra en manos de todos los socios, cuando no se ha designado quién o quiénes han de administrar; en el caso de que todos administren, sus decisiones habrán de tomarse por mayoría, computándose ésta por cantidades, es decir, en consideración

al monto de lo aportado por cada socio y no en consideración a su persona, excepto cuando un socio represente la mayor aportación y la sociedad sea de cuatro o más socios en que se exige el voto de cuando menos la tercera parte de los socios. Lo anterior es consecuencia del texto de los artículos 2,719 y 2,713, que establecen, respectivamente: "Cuando la administración no se hubiere limitado a alguno de los socios, todos tendrán derecho de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes. Las decisiones serán tomadas por mayoría, observándose respecto de ésta lo dispuesto en el artículo 2,713". "Las facultades que no se hayan concedido a los administradores serán ejercitadas por todos los socios, resolviéndose los asuntos por mayoría de votos. La mayoría se computará por cantidades; pero cuando una sola persona represente el mayor interés y se trate de sociedades de más de tres socios, se necesita por lo menos el voto de la tercera parte de los socios".

Para ser administrador de la sociedad civil, es necesario formar parte de ella, tener el carácter de socio, pues, aunque no exige el Código tal carácter de una manera expresa, es precisamente el socio o los socios administradores quienes responden en forma solidaria e ilimitada frente a terceros de las deudas sociales y, en consecuencia, no puede dejarse la función administradora de la sociedad en manos de terceros extraños, a ella, ya que no responderían solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales ni, por tanto, habría una garantía por el buen desempeño de su función, o, como afirma el maestro Ruiz de Chavez en su Tesis Profesional, "podrían burlarse los intereses legítimos de los terceros que contrataron con los administradores, contando con su responsabilidad ilimitada y solidaria".

En relación con lo anterior, dispone el artículo 2,704: "Las obligaciones sociales estarán garantizadas subsidiariamente por la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios que administren; los demás socios, salvo convenio en contrario, sólo estarán obligados con su aportación".

Se deduce también del susodicho artículo 2,704, que los socios que no sean administradores responden de las deudas sociales limitadamente al monto de lo que aportaron, o se obligaron a aportar, a la sociedad.

El socio administrador obliga a la sociedad por los actos ejecutados a nombre y por cuenta de ella, dentro de las facultades al efecto conferidas en su nombramiento, como si se tratara de un simple mandatario, por lo que siguen las reglas del mandato; estas últimas sufren excepción al tratarse de actos ejecutados fuera de los límites de las facultades conferidas, en que se decreta la nulidad de los actos así celebrados sólo en cuanto que perjudiquen a la sociedad, pues cuando la benefician los actos son válidos. En relación con lo anterior, dispone el artículo 2,716: "Los compromisos contraídos por los socios administradores en nombre de la sociedad, excediéndose de sus facultades, si no son ratificados por ésta, sólo obligan a la sociedad en razón del beneficio recibido".

Finalmente, y en cuanto a las relaciones, ya no de los socios, sino de la sociedad con terceros, los acreedores de esta última tienen preferencia en el pago de sus deudas, frente a los acreedores personales de los socios, quienes sólo tienen el derecho de embargar la participación, después de liquidada la sociedad, y las utilidades que correspondan a cada socio. En consecuencia, los acreedores personales de los socios ya no pueden pedir la liquidación parcial de la sociedad, en la parte correspondiente al socio deudor, sino que, o bien se esperan a la liquidación final de la sociedad para hacer efectivo su crédito en la parte que le corresponda a su deudor, o bien embargan las utilidades correspondientes, si las hay y se acuerda su reparto; ésto a consecuencia de que en el Código de 28 no se reproduce el artículo 1,939 del de 84, ya visto al tratar este último Código, y que se refiere al caso de un deudor en concurso que tenga bienes aportados en una sociedad, dando derecho al acreedor para pedir la disolución parcial de tal sociedad, en lo referente a la parte social de su deudor.

El Código de 28 ya no considera que al disolverse la sociedad se extingue su personalidad, sino que la sociedad sigue siendo un ente con personalidad jurídica cuyo patrimonio ha de liquidarse en la forma establecida en el propio Código. Es el Capítulo V del Título correspondiente el que contiene las reglas de la liquidación de la sociedad, y respecto a la repartición de utilidades establece que si una vez cubiertos los compromisos sociales y devueltos los aportes de los socios, quedaren algunos bienes, éstos se considerarán utilidades, las cuales habrán de repartirse

conforme a lo convenido o, en su defecto, en proporción a lo aportado por cada socio; también establece que, en principio y salvo pacto en contrario, las utilidades no son repartibles sino hasta después de liquidada la sociedad, y que las pérdidas habrán de ser repartidas de la misma manera que las utilidades.

Lo anterior es consecuencia del texto de los siguientes artículos: 2,728. "Si cubiertos los compromisos sociales y devueltos los aportes de los socios quedaren algunos bienes, se considerarán utilidades y se repartirán entre los socios en la forma convenida. Si no hubo convenio, se repartirán proporcionalmente a sus aportes"; 2,729. "Ni el capital social ni las utilidades pueden repartirse sino después de la disolución de la sociedad y previa la liquidación respectiva, salvo pacto en contrario"; 2,730. "Si al liquidarse la sociedad no quedaren bienes suficientes para cubrir los compromisos sociales y devolver sus aportes a los socios, el déficit se considerará pérdida y se repartirá entre los asociados en la forma establecida en el artículo anterior"; y, 2,731. "Si sólo se hubiere pactado lo que debe corresponder a los socios por utilidades, en la misma proporción responderán de las pérdidas".

En cuanto a la repartición de utilidades y pérdidas en los socios industriales, el Código de 28 en su artículo 2,732 reproduce literalmente el 2,277 del de 84, por lo que se hace remisión a lo establecido al respecto.

De la misma manera reproduce el 2,696 del primero de los Códigos arriba mencionados, al 2,229 del segundo, consignando el mismo estrecho concepto de sociedad leonina, declarando su nulidad y, aparentemente, exigiendo como elemento esencial de la sociedad tanto la "*communio lucri*" como la "*communio damni*"; en efecto, de una estrecha interpretación gramatical de la frase "que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros", se deduce que el artículo prohíbe todo pacto liberatorio de participación en las pérdidas. La anterior interpretación cae por tierra a consecuencia del texto del artículo 2,735 del Código vigente, que presume al socio industrial liberado de participar en las pérdidas, aunque dicho artículo es interpretado por el maestro Lozano Noriega en el sentido de que el socio industrial no responde frente a terceros de las pérdidas sufridas, puesto que, además, no es

que dicho socio industrial no sufra pérdidas, ya que sí las sufre al no ver remunerado su trabajo aportado en una sociedad que sólo ha reportado pérdidas. El texto del artículo 2,735 es el siguiente: "Salvo pacto en contrario, los socios industriales no responderán de las pérdidas".

El maestro Ruiz de Chávez, considera con razón que el artículo 2,697, que prohíbe el llamado "contrato trino", "debiera suprimirse por inútil" puesto que de cualquier manera la hipótesis que establece constituye una sociedad leonina, además de que evidentemente, en tal caso, en realidad se estaría ocultando otro contrato (muto con interés); establece el mencionado artículo: "No puede estipularse que a los socios capitalistas se les restituya su aporte con una cantidad adicional, haya o no ganancias".

Por otro lado, el Código de 28 establece la innovación de la razón social en las sociedades civiles, la que deberá ir seguida de las palabras "Sociedad Civil", según dispone el artículo 2,699; además, la exigencia de su inscripción en la sección correspondiente del Registro Público de la Propiedad, a fin de que los términos de su pacto social constitutivo, así como sus ulteriores modificaciones, puedan surtir efecto frente a terceros. Estas formalidades vienen a equiparar a las sociedades civiles con las mercantiles, en lo referente a uso de razón social e inscripción en un registro oficial.

La falta de registro, así como de cualquier otra formalidad, únicamente trae consigo el efecto de que cualquier interesado pueda exigir, en todo tiempo, el cumplimiento de las formalidades exigidas o, en su defecto, la liquidación de la sociedad. Mientras la sociedad no se inscriba en el Registro, o no cumpla con las formalidades debidas, surte efectos entre los socios y, frente a terceros, no pueden oponerse las cláusulas del contrato, en cuanto les perjudiquen; no obstante, los terceros sí pueden aprovecharse de los términos del contrato de sociedad, en cuanto que les beneficie.

Con todo lo anterior se relacionan los siguientes artículos del Código de 28: 2,691. "La falta de forma prescrita para el contrato de sociedad sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la so-

ciudad conforme a lo convenido, y a falta de convenio, conforme al capítulo V de esta sección; pero mientras que esa liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad la falta de forma"; 2,694. "El contrato de sociedad debe inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles para que produzca efectos contra tercero"; y, 3,003. "Los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y no se registran, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharse en cuanto le fueren favorables".

En consecuencia, la sociedad civil constituida sin observar alguna de las formalidades exigidas, o que no se haya hecho inscribir en el Registro de Sociedades Civiles, no es una sociedad absolutamente nula, pues tiene validez como persona jurídica en cuanto que sus pactos surten efecto entre sociedad y socio y en cuanto se exterioriza como tal frente a terceros; no obstante, el Código Civil (artículo 2,691) la considera como una sociedad destinada a tener una vida efímera, ya que a petición de cualquier interesado debe decretarse su disolución, y, consecuentemente, ponerse en liquidación. Para concluir, utilizando las palabras del maestro Rojina Villegas, "es evidente que para todos los efectos inherentes a la personalidad entre sociedad y socios, y entre sociedad y terceros, cuando éstos se benefician, existirá la entidad jurídica creada".

Para finalizar, el Capítulo VI ("De las asociaciones y de las sociedades extranjeras") de la ya mencionada Segunda Parte del Título Décimoprimer o (artículos 2,736 a 2,738) del Código de 1928 se refiere a las asociaciones y sociedades de naturaleza civil, que pretendan ejercer sus actividades en el Distrito y Territorios Federales. Al efecto, deberán estar autorizadas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, la que concederá la autorización si demuestran: a) que están constituidas conforme a las leyes de su País de origen, y que sus estatutos no contienen cláusulas contrarias a las leyes mexicanas de orden público; y, b) que tienen representante domiciliado en el lugar donde pretendan operar, y suficientemente autorizado para responder de las obligaciones que contraiga. Una vez concedida la autorización, deberán inscribir sus estatutos en el Registro Público de la Propiedad, Sección correspondiente.

El carácter civil de las sociedades o asociaciones extranjeras, deberá determinarse, desde luego, siguiendo el sistema de la ley mexicana. Así, por ejemplo, una sociedad que en su País de origen guarda el carácter de civil, a pesar de dedicarse profesionalmente a la realización de actos de comercio, en México deberá ser considerada como una sociedad mercantil extranjera, y aplicársele, por consiguiente, las reglas que rigen a esta última.

CONCLUSIONES

El contrato de sociedad de la época clásica no nació intempestivamente, fue el resultado de un proceso formativo, teniendo como punto de partida el antiguo consorcio entre hermanos "*ercto non cito*".

El contrato de sociedad de la época clásica reduce las relaciones de los socios a facultades para dar y recibir, renuncia a la creación de un patrimonio, niega efectos exteriores y se limita a la reglamentación del abuso de confianza. Pese a esta pobreza estructural, satisfizo las necesidades económicas de la época imperial.

Debido a la contribución del pretor creando las acciones "*adiectitiae qualitatis*" y a su participación en la redacción de la fórmula, que satisfacían las necesidades del comercio y de los comerciantes, no se tuvo la necesidad de someter las relaciones comerciales a un régimen especial.

Las "*societates vectigalium*", constituyeron un tipo de sociedad diferente a las particulares, gozaban de cierta subjetividad y autonomía respecto a los socios, con un patrimonio independiente del de éstas, pero no creemos que llegaron a ser un "*corpus*" con personalidad jurídica.

Encontramos en el Derecho Positivo mexicano, en nuestra legislación comercial, rasgos que se derivan del Derecho Romano, y en especial las sociedades mercantiles podrían ser un desenvolvimiento de aquellas "*societates vectigalium*" de la época imperial y de las grandes sociedades de publicanos de los últimos años de la República.

En la Edad Media se encuentran variadas aplicaciones prácticas del contrato de sociedad; los diversos tipos de sociedades mercantiles encuentran su origen en el tráfico mercantil, estructurándose de acuerdo con las exigencias del comercio.

En el Renacimiento es marcada la influencia de las sociedades mercantiles; se empieza a hablar de la autonomía del patrimonio social y de que la sociedad constituye una persona distinta de la de sus miembros.

El derecho francés sigue los lineamientos de la sociedad romana, modificada por la jurisprudencia y la práctica, siguiendo actualmente un criterio mixto (objetivo y formal) de diferenciación de las sociedades civiles respecto a las mercantiles.

En Alemania la sociedad civil tiene una estructura muy personal; la estructura de la "comunidad en mano común" es aun más corporativa. Las sociedades civiles no tienen personalidad jurídica, mientras que las mercantiles sí.

El derecho español sigue las esenciales características de la sociedad romana; expresamente se le reconoce personalidad jurídica a la sociedad civil, siguiéndose un criterio objetivo para diferenciarla de la mercantil.

La antigua legislación italiana sigue fundamentalmente los lineamientos de la sociedad romana. En el nuevo Código Civil de 1942 desaparece la diferencia entre sociedades civiles y mercantiles.

Finalmente al referirnos a nuestro país, hablamos sobre el Código Civil de 1928 como introductor de cambios fundamentales en materia de sociedad siguiendo en esto a los Códigos alemán y suizo de las Obligaciones; conceptuando a la sociedad civil como una agrupación de fin común y carácter preponderantemente económico.

Adopta el criterio formal para diferenciar las sociedades civiles de las mercantiles, aunque debe considerarse que el criterio a seguir es mixto.

BIBLIOGRAFIA

NOTAS - CITAS

AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO. — “Contratos Civiles”.

BIALOSTOSKY, SARA. — Revista de la Facultad de Derecho de México. No. 74.

BORJA SORIANO, MANUEL. — “Teoría de las Obligaciones”.

CERVANTES, MANUEL. — “Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica”.

COULANGES, FOUSTEL DE. — “La Ciudad Antigua”.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. — “El Derecho Privado Romano”.

MANTILLA MOLINA, ROBERTO. — “Derecho Mercantil”.

PETIT, EUGENE. — “Tratado Elemental de Derecho Romano”.

PICHARDO ESTRADA, FELIX. — Apuntes de su Clase.

PLANEOL, MARCELO y RIPERT, JORGE. — “Tratado Elemental de Derecho Civil”.

ROGINA VILLEGAS, RAFAEL. — “Contratos”.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. — “Tratado de Sociedades Mercantiles”.

RUIZ, ARANGIO. — “La Societá in Diritto Romano”.

SOHM, RODOLFO. — “Historia e Instituciones del Derecho Romano Privado”.