

Juan Antonio Bueno Delgado
María Etelvina de las Casas León
(Directores)

*CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO
DE LAS ACCIONES POPULARES
EN EL MARCO
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO,
FISCAL, PENAL Y CIVIL ROMANO*

*Homenaje al profesor
Antonio Fernández de Buján y Fernández
en el XL aniversario de su magisterio*

*TOMO II
Derecho Privado y Estudios Varios*



**CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO
DE LAS ACCIONES POPULARES EN EL MARCO
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, FISCAL,
PENAL Y CIVIL ROMANO**

ARS DOCENDI VALOREM CLASSICORUM.

**Homenaje al profesor
Antonio Fernández de Buján y Fernández
en el XL aniversario de su magisterio**

Consejo Editorial

Colección Derecho Romano y Cultura Clásica

Director

Fernández de Buján y Fernández, Antonio

Catedrático de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid

Consejo editorial

- | | |
|--|--|
| Agudo Ruiz, Alfonso
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de La Rioja</i> | Malavé Osuna, Belén
<i>Titular de Derecho Romano, Universidad de Málaga</i> |
| Alburquerque, Juan Miguel
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Córdoba</i> | Metro, Antonio
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Messina</i> |
| Amarelli, Francesco
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Nápoles</i> | Mollá Nebot, Sonia
<i>Titular de Derecho Romano, Universidad de Valencia</i> |
| Amelotti, Mario
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de La Rioja</i> | Musumeci, Francesco
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Catania</i> |
| Andrés Santos, Francisco
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Valladolid</i> | Novkirishka, Malina
<i>Catedrática de Derecho Romano, Universidades de Sofía y Plovdiv</i> |
| Blanch Nougues, Juan M.
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de San Pablo- Ceu</i> | Obarrio Moreno, Juan Alfredo
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Valencia</i> |
| Diliberto, Oliviero
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad La Sapienza, Roma</i> | Orellana Cano, Ana
<i>Magistrada. Académica de Número de Jurisprudencia y Legislación</i> |
| Corbino, Alessandro
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad Catania</i> | Ortuño, María Eugenia
<i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Barcelona</i> |
| Di Palma, Antonio
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Nápoles</i> | Pérez Álvarez, Pilar
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid</i> |
| Escudero, José Antonio
<i>Catedrático. Académico de Jurisprudencia y Legislación</i> | Piro, Isabela
<i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Catanzaro</i> |
| Fernández de Buján, Federico
<i>Catedrático de Derecho Romano, UNED</i> | Ricart, Encarnación
<i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Tarragona</i> |
| Fernández- Tresguerres, Ana
<i>Notaria, Académica de Jurisprudencia y Legislación</i> | Rodríguez Ennes, L.
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Vigo</i> |
| Garofalo, Luigi
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Padova</i> | Rodríguez López, Rosalía
<i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Almería</i> |
| Ghirardi, Juan Carlos
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Córdoba, Argentina</i> | Salazar Revuelta, María
<i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Jaén</i> |
| Herrera Bravo, Ramón
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Jaén</i> | Sansón Rodríguez, María Victoria
<i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de La Laguna</i> |
| Lobrano, Giovanni
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Sassari</i> | Suarez Blázquez, Guillermo
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Ourense</i> |
| Madrigal Martínez- Pereda, Consuelo
<i>Fiscal T. S. Académica de N. de Jurisprudencia y Legislación</i> | Zamora Manzano, José Luis
<i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de La Palmas</i> |

**JUAN ANTONIO BUENO DELGADO
MARÍA ETELVINA DE LAS CASAS LEÓN
(Directores)**

**CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO
DE LAS ACCIONES POPULARES EN EL MARCO
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, FISCAL,
PENAL Y CIVIL ROMANO**

ARS DOCENDI VALOREM CLASSICORUM.

**Homenaje al profesor
Antonio Fernández de Buján y Fernández
en el XL aniversario de su magisterio**

**TOMO II
Derecho Privado y Estudios Varios**

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dirijase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Colección “Monografías de Derecho Romano” y Cultura Clásica
Dirección del Prof. Dr. D. Antonio Fernández de Buján

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Los autores
Madrid, 2022

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-1122-805-3

ISBN (Tomo II): 978-84-1122-807-7

Depósito Legal: M-10105-2023

ISBN electrónico: 978-84-1170-338-3

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

ÍNDICE (Tomo II)

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> EN EL PROCESO DE UNIFICACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL ENTRE LAS TRADICIONES JURÍDICAS ROMANO-GERMÁNICA Y DEL <i>COMMON LAW</i>	529
JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS	
CONCUBINATO <i>VS.</i> UNIONES DE HECHO	547
JUAN ANTONIO BUENO DELGADO	
1. INTRODUCCIÓN	547
2. DERECHO ROMANO	548
3. DERECHO INTERMEDIO	557
4. DERECHO ACTUAL	562
5. CONCLUSIÓN	566
LA <i>COLLATIO EMANCIPATI</i>: UN PROCESO DE AUTOAFINACIÓN DEL DERECHO PRETORIO EN TRES REQUISITOS	571
ANNA CABALLÉ MARTORELL	
1. <i>BONORUM POSSESSIO</i> : LA CORRECCIÓN PRETÒRIA DE LA <i>HEREDITAS CIVIL</i>	571
2. <i>COLLATIO EMANCIPATI</i> : LA AUTOAFINACIÓN DEL PROPIO <i>IUS PRAETORIUM</i>	574
2.1. Tres requisitos de la colación.....	576
3. CONCLUSIONES	584
LOS ANTECEDENTES ROMANOS DE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ENFERMEDAD MENTAL	587
NÚRIA COCH ROURA	
1. INTRODUCCIÓN	587
2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ENFERMEDAD MENTAL EN ROMA....	588

3. CALIFICACIÓN DE ENFERMEDAD MENTAL	590
4. EL <i>FURIOSUS SUI IURIS</i>	594
5. CONTENIDO DE LA <i>CURA FURIOSI</i> Y LA FUNCIÓN DE LOS CURADORES	596
6. ELASTICIDAD DE LA CURATELA EN LOS INTERVALOS LÚCIDOS	597
7. “FURIOSI VEL PRODIGI”	598
8. CONCLUSIONES	600
LAS PROHIBICIONES DE DISPONER EN ROMA COMO LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD	603
RAQUEL DíEZ GARCÍA	
1. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE “ <i>IUS DISPONENDI</i> ”	603
2. DERECHO TESTAMENTARIO ROMANO Y PROHIBICIONES DE DISPONER	605
3. PROHIBICIONES DE DISPONER EN OTROS ÁMBITOS	610
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	611
NOTAS ROMANÍSTICAS SOBRE LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD EN DERECHO MODERNO	615
CARMEN GÓMEZ BUENDÍA - JOSÉ L. LINARES PINEDA	
PRIMERA PARTE: SU REFLEJO EN ALGUNOS CÓDIGOS CIVILES NACIONALES	615
SEGUNDA PARTE: SU REFLEJO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 Y LA CIRCULACIÓN DEL MODELO	623
UNA REFLEXIÓN EN TORNO A LA EVOLUCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA: DE LA <i>RES INTRA COMMERCIIUM</i> ROMANA A LOS BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES	635
ALBERT GÓMEZ JORDÁN	
1. INTRODUCCIÓN	635
2. BREVE APROXIMACIÓN AL OBJETO DE LA <i>EMPTIO-VENDITIO</i> EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO Y EN LOS CÓDIGOS CIVILES ESPAÑOL Y CATALÁN	636
3. LOS BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES Y SU CONFIGURACIÓN ACTUAL COMO POSIBLE OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA	638
3.1. La Directiva (UE) 2019/771 y la introducción de la categoría jurídica de bien con elemento digital	638

3.2. La transposición de la Directiva (UE) 2019/771 a los ordenamientos jurídicos español y catalán: ampliación del objeto del contrato de compraventa	641
4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES Y SU ENCAJE EN LAS CATEGORÍAS ROMANAS DE <i>RES</i>	642
5. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	644
¿ES JUSTO EL PRECIO JUSTO? UN INTERROGANTE SIN “UNA” SOLUCIÓN	645
TERESA GONZÁLEZ HERRERO	
1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE “PRECIO JUSTO”	645
1.1. Breve síntesis a modo de premisa metodológica	645
1.2. Una aproximación lingüística.....	645
1.3. Interrogantes jurídicos sobre el “precio justo” y el libre intercambio.....	650
1.4. Aproximación terminológica al “precio justo”.....	652
1.5. Aproximación romanista al “precio justo”	654
2. <i>IUSTUM PRETIUM</i> EN LAS FUENTES ROMANAS	656
2.1. <i>Iustum pretium</i> y <i>iusta aestimatio</i>	656
2.2. <i>Iustum pretium</i> y <i>laesio ultradimidium</i>	658
3. EL PRECIO SEGÚN <i>IUS</i>	662
3.1. Precio y <i>pecunia numerata</i>	662
3.2. Los requisitos del precio en la época clásica	663
3.3. El precio más allá de lo económico	664
4. A MODO DE HIPÓTEISIS CONCLUSIVA.....	666
MANDATO DE CRÉDITO Y LEGISLACIONES CIVILES VIGENTES	669
M ^a TERESA GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO	
1. CÓDIGOS CIVILES QUE NO TIPIFICAN EL MANDATO DE CRÉDITO	669
2. CÓDIGOS CIVILES QUE TIPIFICAN EL MANDATO DE CRÉDITO	672
2.1. Denominación y ubicación sistemática.....	673
2.2. Supuesto legal.....	675
2.3. Requisitos formales de la figura.....	676
2.4. Régimen jurídico	677
2.5. Naturaleza jurídica.....	682
2.6. Alcance práctico de la figura.....	684
3. CONCLUSIONES	685

CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO A LA VIDA DEL <i>NASCITURUS</i>	689
ANA ROSA MARTÍN MINGUIJÓN	
1. INTRODUCCIÓN	690
2. TEORÍA DEL DERECHO A LA VIDA DEL <i>NASCITURUS</i>	692
2.1. Alimenta	694
2.2. <i>Missio in possessionem</i>	696
2.3. Nombramiento de un <i>curator ventris</i>	698
2.4. Prohibición de enterrar a una madre gestante sin extraer el feto	699
2.5. Aplazamiento de la ejecución de la condena a la pena capital y no sometimiento a torturas a la madre gestante	701
3. ABORTO	702
4. <i>POTESTAS DEL PATERFAMILIAS</i>	706
4.1. <i>Ius vitae necisque</i>	706
4.2. <i>Ius exponendi</i>	708
SOBRE LA PRODIGALIDAD EN DERECHO ROMANO	711
M. LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS	
1. INTRODUCCIÓN	711
2. SIGNIFICADO DE PRODIGALIDAD	714
3. INTERDICCIÓN Y CURATELA	716
3.1. <i>Cura prodigi ex lege</i>	717
3.2. <i>Cura prodigi praetoria</i>	720
3.3. <i>Cura prodigi ¿ex testamento?</i>	723
3.4. Publicidad de la interdicción.....	723
3.5. Funciones del <i>curator</i> y actos que puede realizar el <i>prodigus</i>	724
3.6. <i>Furiosus</i> y <i>prodigus</i>	727
3.7. <i>Prodigus</i> y <i>pupillus</i>	729
3.8. Nombramiento del <i>curador</i>	731
3.9. Fin de la <i>curatela</i>	732
4. CONCLUSIONES	732
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	733
DERECHOS REALES EN ROMA.	
¿TIPICIDAD O <i>NUMERUS CLAUSUS</i>?	735
ANA MOHINO MANRIQUE	
1. <i>STATUS QUAESTIONIS</i>	735
2. SU CONFIGURACIÓN EN ROMA.....	741
3. SU REFLEJO EN LAS FUENTES JURISPRUDENCIALES.....	746

LA POSESIÓN SIN <i>ANIMUS NI CORPUS</i>. UN VISTAZO A LA TEORÍA IHERING/BEVILAQUA	757
JULIO DAVID PELÁEZ SOLÓRZANO	
1. ANTECEDENTES	758
1.1. Derecho Romano	758
1.2. Derecho Germano	759
2. ESCUELA HISTÓRICA	760
2.1. Friedrich Karl von Savigny	760
2.2. Rudolf von Ihering	761
3. LA CODIFICACIÓN EN BRASIL	764
3.1. Clóvis Beviláqua	764
3.2. Posesión en el Código Civil Brasileño de 1916	764
3.3. Una posesión sin animus ni corpus	765
4. CÓDIGOS CIVILES DE LATINOAMÉRICA QUE SIGUIERON ESTA POSTURA	765
4.1. Brasil	765
4.2. Perú	766
4.3. Código Civil de Guatemala de 1964	767
5. APRECIACIÓN FINAL	768
IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA Y EQUILIBRIO CONTRACTUAL	769
MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ	
1. PLANTEAMIENTO	769
2. EL SISTEMA CLÁSICO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	770
3. EL BINOMIO <i>CUI PROVIDERI NON POTEST - CUI RESISTI NON POTEST</i> ...	773
3.1. Caso fortuito y fuerza mayor	773
3.2. Supuestos concretos de exoneración del deudor	775
4. LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO. <i>PERICULUM</i> EN SENTIDO TÉCNICO....	777
4.1. El periculum en la compraventa	779
4.2. La distribución del riesgo en el contrato de arrendamiento y el alea normal del contrato	780
5. ANTECEDENTES Y FORMULACIÓN DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	783
6. CONCLUSIONES	787

LAESIO ULTRA DIMIDIUM: BREVE ITER HISTÓRICO Y SU PLASMACIÓN COMO VENTAJA INJUSTA Y LESIÓN EN MÁS DE LA MITAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA	789
ENCARNACIÓ RICART MARTÍ	
1. <i>ITER HISTÓRICO DE LA LAESIO ULTRA DIMIDIUM</i>	789
2. VENTAJA INJUSTA	793
2.1. Cuestiones generales.....	793
2.2. Algunas referencias de Derecho comparado.....	795
2.3. Ventaja injusta y lesión en más de la mitad: Código Civil de Cataluña	797
SOCIETAS, CONSORTIUM, COMMUNIO EN LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS: ¿CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA O CONCEPTUAL?	801
MARÍA SALAZAR REVUELTA	
1. EL TÉRMINO <i>SOCIETAS</i> EN LA DEFINICIÓN DEL <i>ANTIGUO CONSORTIUM ERCTO NON CITO</i> DE GAYO 3,154 A) Y B).....	801
2. <i>SOCIETAS</i> Y <i>COMMUNIO</i> EN EL VOCABULARIO Y EN LA SISTEMÁTICA DE LOS JURISTAS REPUBLICANOS Y CLÁSICOS.....	806
3. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS JURÍDICAS ESTUDIADAS.....	813
LA GARANTÍA POR EVICCIÓN Y LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR. DERECHO ROMANO Y DERECHO COMPARADO	823
M ^a VICTORIA SANSÓN RODRÍGUEZ	
1. INTRODUCCIÓN	823
2. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR: ¿TRANSMITIR AL COMPRADOR LA POSESIÓN PACÍFICA O LA PROPIEDAD DE LA COSA VENDIDA?.....	825
2.1. Principio de evicción propio del Derecho romano.....	825
2.2. Dos distintos principios de responsabilidad seguidos en la compraventa de cosa ajena en los ordenamientos jurídicos europeos modernos: evicción y obligación de transmitir de la propiedad.....	828
3. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD ' <i>A NON DOMINO</i> '	832
4. HACIA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS	834
INFIRMITAS SEXUS, LEVITAS ANIMI, FORENSIUM IGNORANTIA: LA ARTIFICIOSIDAD DE LA INCAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER ADULTA SUI IURIS EN EL DERECHO ROMANO	837
LAURA SANZ MARTÍN	
1. INTRODUCCIÓN	837
2. MARCO HISTÓRICO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN EL DERECHO ROMANO	838

3.	CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NECESARIA JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN FEMENINA EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL	840
4.	DESAPARICIÓN DE LA TUTELA PERPETUA DE LA MUJER	851
USUFRUCTO Y PLANIFICACIÓN SUCESORIA: APLICACIÓN AL TESTAMENTO DEL CÓNYUGE DIVORCIADO.....		855
ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS		
1.	PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN SUCESORIA TRAS UNA RUPTURA MATRIMONIAL TRAUMÁTICA.....	855
2.	OPCIÓN ENTRE HEREDERO O LEGATARIO A FIN DE LIMITARLE O CONDICIONARLE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS.....	857
2.1.	Legado, por ser usufructo de disposición, vs. Institución de heredero (o legado), cuando se quiere establecer un fideicomiso de residuo.....	858
2.2.	Prohibición de disponer y de establecer disposiciones captatorias	866
3.	LA CAUTELA SOCINI, COMO REMEDIO AL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA LEGÍTIMA Y A LA IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO.....	869
4.	OPCIONES PARA EVITAR EL CAMBIO DE LÍNEA DE LOS BIENES HEREDADOS.....	871
LA RESERVA DE DOMINIO COMO RESERVA DE LA POSESIÓN		873
JAKOB FORTUNAT STAGL		
1.	LA NECESIDAD ECONÓMICA DEL CRÉDITO COMERCIAL	873
2.	FORMAS DE RESERVA NATURAL DE LA PROPIEDAD Y SU SUPRESIÓN POR LA USUCAPIÓN.....	876
2.1.	¿Obligación del vendedor de cumplir por adelantado?	876
2.2.	La reserva natural de la propiedad en el caso de las <i>res mancipi</i> objeto de la <i>traditio</i>	877
2.3.	La reserva natural de la propiedad como regla de pago de <i>res nec mancipi</i>	878
2.4.	Anulación del efecto de la reserva de dominio por usucapión del comprador....	881
2.5.	Resultado intermedio.....	885
3.	CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN COMO RESERVA DE PROPIEDAD CONSTRUCTIVA.....	885
3.1.	Transferencia de la posesión sujeta al pago del precio de compra.....	886
3.2.	Contrato de arrendamiento o alquiler (<i>locatio conductio</i>) con el comprador	887
3.3.	<i>Precarium</i> del comprador	888
3.4.	Justicia sistemática de la reserva de la posesión	889

DEUDOR VULNERABLE Y CAUSA SOLVENDI: DE ROMA A LA LEY 5/2019 DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO	893
JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO	
PROEMIO	893
1. <i>DATIO IN SOLUTUM</i> Y CRISIS ECONÓMICA COMO PRESUPUESTO HABILITANTE.....	895
2. EL DEUDOR VULNERABLE Y LA <i>DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA</i>	898
3. DEUDORES Y LA EXCEPCIONALIDAD DE LA DACIÓN EN PAGO NECESARIA EN LA EVOLUCIÓN ULTERIOR	907
4. APUNTE SOBRE LA LEY 5/2019 Y EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN RELACIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS VULNERABLES.....	908
5. BREVE CONSIDERACIÓN FINAL.....	914
ESTUDIOS VARIOS	
DE LA SIMULTANEIDAD DE LOS PROCESOS JURÍDICOS HISTÓRICOS. EL <i>EXEMPLUM</i> DE LA GESTIÓN DEL PODER EN EL IMPERIO ROMANO	919
ANTONIO PALMA	
UNA APRESURADA VALORACIÓN DEL PRODIGIOSO <i>THESAURUS</i> CONTENIDO EN LAS FUENTES ROMANAS Y UN VERTIGINOSO VIAJE A TRAVÉS DE SU POSTERIOR RECEPCIÓN Y VIGENCIA	927
FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ	
1. PREFATIO	927
2. UNA APRESURADA VALORACIÓN DEL PRODIGIOSO <i>THESAURUS</i> CONTENIDO EN LAS FUENTES ROMANAS	929
3. UN VERTIGINOSO VIAJE EXPOSITIVO, A TRAVÉS DE SU RECEPCIÓN Y VIGENCIA, HASTA EL SIGLO XXI.....	931
INTERVENCIONISMO ESTATAL EN EL SECTOR PRODUCTIVO EN ROMA: DIG. 50,11,2 (CALLIST. 3 DE COGNITIONIBUS)	939
MARÍA EUGENIA ORTUÑO PÉREZ	
LA IMPORTANCIA E INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LOS PLANES DE ESTUDIO DE DERECHO	953
M ^a ETELVINA DE LAS CASAS LEÓN	
1. INTRODUCCIÓN	953
2. EL DERECHO ROMANO COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	954

3.	RECEPCIÓN Y VIGENCIA DEL DERECHO ROMANO	957
3.1.	La recepción del Derecho Romano más allá del continente europeo.....	960
4.	RELEVANCIA DEL DERECHO ROMANO EN LOS PLANES DE ESTUDIO ..	964
5.	COMPRAVENTA Y TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD.....	967
6.	CONCLUSIONES	969
¿ES EL DERECHO ROMANO UN PRODUCTO HISTÓRICO?		971
VERÓNICA DANIELA DÍAZ SAZO		
1.	INTRODUCCIÓN	971
2.	EL DERECHO ROMANO DESDE UNA PERSPECTIVA FUNCIONAL.....	973
2.1.	De la función del Derecho romano en el desarrollo de la ciencia jurídica.....	974
2.2.	De la importancia del Derecho romano en la configuración del derecho positivo....	977
2.3.	De la utilidad del Derecho romano a la hora de aplicar el método del Derecho comparado	979
2.4.	La necesidad del Derecho romano en el mundo globalizado.....	982
3.	CONCLUSIÓN	984
«VESTRA SALUS NOSTRA SALUS». EJÉRCITO, RELIGIÓN Y CULTO IMPERIAL A PARTIR DE LA LEGISLACIÓN MILITAR DE CONSTANTINO I.....		987
ÁLEX CORONA ENCINAS		
1.	INTRODUCCIÓN	987
2.	LA RELACIÓN ENTRE EJÉRCITO Y RELIGIÓN EN EL PERFIL IDEOLÓGICO CONSTANTINIANO. ESPECIAL REFERENCIA A <i>CTH 7.20.2</i>	991
3.	EJÉRCITO, RELIGIÓN Y CULTO IMPERIAL EN LA PRODUCCIÓN NUMISMÁTICA DE CONSTANTINO. ALGUNOS EJEMPLOS DE INTERÉS	998
4.	CONCLUSIONES	1000
EL PROF. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y LA CREACIÓN DE UNA NUEVA DOCTRINA DE INTERPRETACIÓN HISTÓRICA: EL MARCO JURÍDICO DE LA ARQUEOLOGÍA CLÁSICA		1003
ROCÍO A. FERNÁNDEZ ORDÁS		
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SACERDOCIO FEMENINO EN ROMA. ALGUNAS CLAVES PARA SU ESTUDIO		1015
JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ VELA		
1.	RELIGIÓN ROMANA Y MUJER.....	1015
2.	LA <i>FLAMINICA DIALIS</i>	1018
3.	LAS VESTALES.....	1022

3.1. El acceso a la condición de vestal.....	1024
3.2. Derechos y Privilegios de las Vestales.....	1028
3.3. Obligaciones de las Vestales.....	1031
4. CONCLUSIONES.....	1033
ACERCA DE CELS. 26 DIG. D. 1.3.17 Y LA EXPRESIÓN <i>VIS AC POTESTAS</i>	1035
CARMEN PALOMO PINEL	
1. SOBRE EL BINOMIO <i>VIS AC POTESTAS</i> EN CELS. 26 DIG. D. 1.3.17.....	1035
2. <i>VIS AC POTESTAS</i> EN LAS FUENTES JURÍDICAS.....	1037
3. <i>VIS AC POTESTAS</i> EN FUENTES NO JURÍDICAS.....	1039
3.1. Fuentes literarias.....	1039
3.2. La <i>Declamatio minor</i> 331.....	1042
4. CUESTIONES SURGIDAS DE LA COLOCACIÓN DEL FRAGMENTO EN LA PALINGENESIA.....	1047
4.1. ¿Leyes públicas o estipulaciones?.....	1047
4.2. Cic. <i>Part. Orat.</i> 31.107-108: <i>definitio, vis</i> , ambigüedad y estipulaciones.....	1050
LA PESTE ANTONINA O PLAGA DE GALENO, EL PRIMER RELATO HISTÓRICO DE UNA PANDEMIA	1053
CARMEN TORT-MARTORELL	
1. PRESENTACIÓN.....	1053
1.1. Cronograma.....	1055
2. LA PANDEMIA O PESTE ANTONINA.....	1056
2.1. Galeno.....	1058
2.2. Reacción inicial: falta de estrategias y de soluciones.....	1059
2.3. Estrategias y medidas de control.....	1059
3. TRAS LA PANDEMIA.....	1061
EL PAPEL DE LA MUJER EN LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES EN LA SOCIEDAD ROMANA	1063
GEMA VALLEJO PÉREZ	
AGRADECIMIENTOS.....	1063
1. INTRODUCCIÓN.....	1063
2. EL PAPEL DE LA MUJER EN LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES EN LA SOCIEDAD ROMANA.....	1064
3. LAS DIFICULTADES DE LAS MUJERES PARA ACCEDER A UNA EDUCACIÓN IGUALITARIA.....	1069
4. REFLEXIONES FINALES.....	1070

LAS INSTITUCIONES DE GUARDA EN EL DERECHO INTERMEDIO ...	1071
SARA NACARINO MORENO	
1. INTRODUCCIÓN	1071
2. DERECHO ROMANO	1071
3. DERECHO INTERMEDIO	1074
3.1. Derecho germánico	1074
3.2. Las Partidas	1075
3.3. Las Leyes de Toro	1078
3.4. La codificación	1078
4. CONCLUSIONES	1084

SOCIETAS, CONSORTIUM, COMMUNIO EN LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS: ¿CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA O CONCEPTUAL?¹

MARÍA SALAZAR REVUELTA

Catedrática de Derecho romano. Universidad de Jaén

1. EL TÉRMINO SOCIETAS EN LA DEFINICIÓN DEL ANTIGUO CONSORTIUM ERCTO NON CITO DE GAYO 3,154 A) Y B)

Gayo 3,154 a) y b) describe la más primitiva forma de comunidad de bienes, conocida bajo la denominación de *consortium ercto non cito* y la contrapone a la sociedad (Gayo 3,148-154), que comprende dentro de las *obligationes* que se contraen *consensu* (Gayo 3,135), tras haberse ocupado previamente de la compraventa y el arrendamiento (Gayo 3,139-147). Los párrafos 153 y 154 del libro III de las *Instituta* -junto con los párrafos 16-17 y 17a-19 del libro IV- salieron a la luz en 1933 con la adquisición en El Cairo de dos folios y medio de un códice en pergamino, de procedencia desconocida, aunque se presume que fueron hallados en Antínoe o Antinoópolis². A partir de la

¹ El texto que abarca este capítulo de libro trae su causa en la comunicación presentada en las “Jornadas Romanísticas solidarias por La Palma”, celebradas los días 27 y 28 de abril de 2022 en la Universidad de La Laguna, en homenaje al Profesor Antonio Fernández de Buján con motivo de sus cuarenta años de Magisterio y de su investidura como Doctor Honoris Causa por esta Universidad. Una versión más extensa del contenido del mismo, con mayor abundamiento y profundización en las fuentes jurídicas, se encuentra publicada en el número 38 (junio-julio 2022) de la *Revista General de Derecho Romano*, dentro del portal de Derecho iustel.com., bajo el título “*Communio y societates: naturaleza jurídica y correlación en las fuentes romanas*”.

² Vid. HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco, Prólogo a la traducción de las *Instituciones de Gayo*, por M. Abellán- J. A. Arias Bonet- J. Iglesias-Redondo- J. Roset (coord. F. Hernández-Tejero), edición bilingüe, Civitas, Madrid, 1985, reimpr. 1990, p. 26.

editio princeps de Arangio Ruiz³, se comenzó a verter una abundante literatura⁴; ya que estos fragmentos gyanos no sólo permitieron conocer la organización jurídica de la comunidad de bienes más antigua, sino que, además, afectaban a cuestiones medulares de los ámbitos familiar y hereditario romanos y contenían los primeros atisbos de diferenciación entre las figuras de *communio* y *societas*.

Reproducimos, a continuación, el texto de Gayo 3,154 según la publicación de Arangio Ruiz, en *Il nuovo Gaius*⁵, donde el autor se hace eco de las revisiones de Levy⁶ y Collinet⁷ y de las observaciones de Solazzi⁸, Albertario⁹ o Frezza¹⁰, entre otros:

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

154 a. *Est autem aliud genus sociaetatis proprium ciuium Romanorum, olim enim, mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis sociaetas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare /et diuidere/ dicimus.*

154 b. *Alii quoque, qui uolebant eandem habere sociaetatem poterant id consequi apud praetorem certa legis actione in hac autem sociaetate fratrum suorum ceterorumue qui ad exemplum fratrum suorum sociaetatem coierint, illud proprium /i/ erat, /uunus/ quod uel unus ex sociis communem seruuum manumittendo li-*

³ Vid. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, «Il nuovo Gaius. Discussioni e revisioni», *BIDR*, 1, 1934, pp. 571 ss.; ID., «*Societas re contracta e communio incidens*», *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 4, Palermo, 1934, pp. 355 ss.

⁴ Entre otros, MONIER, Raymond, *Les nouveaux fragments des Institutions des Gaius (P. S. I. n° 1182) et leur importance pour la connaissance du droit romanin*, Paris 1933; ID., «Les rapports entre le fr. 57 Dig. 44,7 et le nouveau fragment de Gaius (Inst. 3, 154)», *RHD*, 17, 1938, pp. 304-306; LEVY, Ernst, «Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius», *ZSS*, 54, 1934, pp. 258-311; SERRANO, Ignacio, «Unos nuevos fragmentos de las Instituciones de Gayo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, agosto 1934, pp. 589-595; FREZZA, Paolo, «Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaius», *Rivista di Filologia e Istruzione classica*, 62, 1934, pp. 27-46 [= *SDHI* 1, 1935, pp. 188-206]; COLLINET, Paul, «Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius (P. S. I. n° 1182)», *RHD*, 13, 1934, pp. 96-113; ALBERTARIO, Emilio, «Appunti sul consorzio familiare romano», *Rivista di Diritto Commerciale*, 32, 1934, pp. 227-238; ID., «I nuovi frammenti di Gaius. (PSI. XI Nr. 1182)», *Scritti di diritto romano. 5. Storia. Metodologia. Egesi*, Milano, 1937, pp. 463-482; SOLAZZI, Siro, «Glosse a Gaius», *Per il XIV Cent. delle Pandette e del Cod. di Giustiniano*, Pavia, 1934, pp. 293-450; ID., *Societas e communio (a proposito di Gaius 3,154)*, Jovene, Napoli, 1935; ID., «*Tutoris auctoritas e consortium*», *SDHI*, 12, 1946, pp. 7-43; DE ZU- LUETA, Francis, «The new fragments of Gaius. II. Consortium ercto non cito», *JRS*, 25, 1935, pp. 19-32; ID., *The Institutes of Gaius*, I, Oxford, 1946; WIEACKER, Franz, «*Societas*». *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*. Weimar 1936; ARIAS RAMOS, José, «Los orígenes del contrato de sociedad: consortium y societas», *RD*, 26, 1942, pp. 141-153.

⁵ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, «Il nuovo Gaius. Discussioni e revisioni», cit., 573-576.

⁶ LEVY, Ernst, «Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius», cit., pp. 258 ss.

⁷ COLLINET, Paul, «Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius (P. S. I. n° 1182)», cit., pp. 96 ss.

⁸ SOLAZZI, Siro, «Glosse a Gaius», cit., pp. 293 y ss.

⁹ ALBERTARIO, Emilio, «Appunti sul consorzio familiare romano», cit., pp. 230 ss.

¹⁰ FREZZA, Paolo, «Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaius», cit., pp. 27 ss.

*berum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat*¹¹.

Podemos sostener que cuando Gayo 3, 154 a) alude al *consortium ercto non cito* como ‘*aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum*’ o ‘*legitima simul et naturalis societas*’, no está usando la palabra *societas* como sinónima de sociedad consensual, mencionada expresamente en el párrafo anterior (Gayo 3,154), sino para hacer referencia a la más primitiva forma de *communio* que surge entre los *heredes sui* del *pater* difunto y contraponerla, a renglón seguido (Gayo 3,154 b)¹², con otras formas de condominio que surgen ‘*alii quoque*’, es decir, entre *extraneae personae*.

Calificando el *consortium* como ‘*proprium ciuium Romanorum*’, establece un importante elemento diferenciador con respecto a la sociedad consensual del *ius gentium*, que existe en su época. Por otro lado, la expresión ‘*legitima simul et naturalis societas*’ pudiera parecer, a simple vista, contradictoria. Por un lado, el calificativo *naturalis* viene referido a la forma en la que surge la comunidad de bienes entre los hermanos: espontánea, automática, e inmediatamente después de la muerte del padre. En relación con el adjetivo *legitima*, algunos autores, partiendo de la expresión *societas inseparabilis* de Gelio 1,9,12¹³, entienden que *legitima* es sinónimo de “no voluntaria” o “coactiva”, precisamente porque el *consortium* surge ajeno a la voluntad de los *filiis familias* por el hecho de la muerte de su *pater*¹⁴. A esta interpretación hay que añadir, no obstante, un matiz: aunque el *consortium* sea extra voluntario o accidental, en cuanto a su origen, no lo es en cuanto a su continuación, que requiere la voluntad de cada consorte, si bien no expresada formalmente¹⁵. Existen otras opiniones, que basándose en la frase *hereditas obvenit lege* (D. 50,16,130), atribuyen a *legitima* el significado de “conforme a la ley” (decenviral).

¹¹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, «Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni», cit., p. 574, introduce el fragmento b) a partir de *non diuiso: erctum enim dominium est...* Sin embargo, DE ZULUETA, Francis, «The new fragments of Gaius. II. *Consortium ercto non cito*», cit. p. 20, o BRETONNE, Mario, «*Consortium e communio*», *Labeo*, 6, 1960, pp. 168-169, lo sitúan a partir de *alii quoque*.

¹² NELSON, Hein L.W., «Die textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente», *Ius Romanus. Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, 1, Leiden, 1968, pp. 135-180; TONDO, Salvatore, «Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica», *SDHI*, 60, 1994, pp. 601 ss.; GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, «*Gai Institutiones. Commentarius Tertius*. Instituciones de Gayo. Comentario Tercero», *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 29, 2005, pp. 302-303.

¹³ Aulo Gelio, *Noct. Att.*, 1,9,12: *Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatut societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur “ercto non cito”*.

¹⁴ PRINGSHEIM, Fritz, «Stephanos zu D. 17.2.52.6», *ZSS*, 45, 1925, p. 492; FREZZA, Paolo, «Il *consortium ercto non cito* e i nuovi frammenti di Gaio», cit., pp. 27 ss.

¹⁵ En esta línea, SOLAZZI, Siro, «Glosse a Gaio», cit., p. 445; ALBANESE, Bernardo, *La successione ereditaria in diritto romano*, Palermo, 1949, p. 170; TORRENT, Armando, «*Consortium ercto non cito*», *AHDE*, 34, 1964, p. 486, siguiendo a MASCHI, Carlo Alberto, *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel Diritto romano antico*, Milano, 1935, pp. 23 ss.

Asimismo, hay quienes interpretan *legitima* como “puesta por la antiquísima ley”, esto es, por la costumbre¹⁶.

Así pues, si bien Gayo no hace alusión alguna a una manifestación de voluntad particular para constituir el *consortium inter fratres*, hace depender el nacimiento del *consortium inter alii*, de un acto formal ante el magistrado, por medio de una determinada *legis actio*, que no puede ser otra que la *legis actio per sacramentum in rem*, como *actio generalis*, muy difundida para la reivindicación de derechos o *status*. No obstante, a pesar de su diversa constitución, el régimen jurídico de ambas figuras es el mismo. Así, como describe el jurista con dos ejemplos: cualquiera de los consortes puede manumitir al esclavo común, quedando liberto con respecto a los demás, o bien, enajenar, mediante *mancipatio*, una cosa común con plena y efectiva traslación del *dominium* al *accipens*. La expresión *uel unus ex sociis* hace referencia a que cualquiera de los consortes podía actuar válidamente sobre las cosas comunes, obligando solidariamente con su actuación a los demás¹⁷.

Es de suponer que en el momento en el que existe la posibilidad de instituir herederos a los extraños (*agnati* o *gentili*), accediendo a la *possessio bonorum* del causante, privado de *heredes sui*, no podríamos hablar de verdadero *consortium*, sino de situación de condominio (por otro lado, posible ya desde las XII Tablas en los casos, por ejemplo, de *res per vindicat pluribus legata*), regulada en base a la idea de cuota. El derecho sobre la cuota se traduce necesariamente en disponibilidad *pro parte* de la misma. Coexistirán, pues, dos tipos de copropiedad: el *consortium*, basado en la idea de propiedad plural integral y el condominio, orientado en su desarrollo histórico hacia la indivisión parciaria. Se sostiene que dicha evolución histórica que experimenta el *consortium exerto non cito* hacia el condominio parciario se acentúa con la aparición cada vez mayor de los vínculos asociativos, propiciados por las nuevas necesidades económicas. La influencia del elemento consensual se deja sentir también en la transformación de la naturaleza jurídica del antiguo *consortium inter fratres* -sustentada en el ejercicio dominical *in solidum*- hacia un condominio *pro parte*, más acorde con el régimen de libertad y autonomía privada que caracterizará cada vez más las relaciones jurídicas. De forma que aquel terminará por desaparecer y las finalidades que cumplía se irán diferenciando: por un lado, en la simple comunidad de bienes y, por otra, en la sociedad universal de bienes (*societas omnium bonorum*) basada en el consenso. Se satisfacen, así, nuevas necesidades socio-económicas que surgen como

¹⁶ Vid. la doctrina al respecto en SALAZAR REVUELTA, María, «La cohesión familiar a través del *consortium inter fratres* y su posible pervivencia histórica», *El derecho de familia: de Roma al derecho actual* (coord. por Ramón López Rosa y Felipe José del Pino Toscano), 2004, pp. 691-692 [= *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (dir. Justo García Sánchez), vol. 5, (Derechos reales. coord. por Luis Rodríguez Ennes), 2021, pp. 595-596].

¹⁷ IGLESIAS, Juan, «Situaciones individuales y situaciones de *communio* en el Derecho romano», *RDP* 63, 1981, p. 780. Sobre el régimen jurídico del consorcio primitivo y su evolución en Derecho romano vid. SALAZAR REVUELTA, María, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Jaén, 2003, pp. 67 ss.

consecuencia del desarrollo comercial y a las que el antiguo *consortium* ya no va a poder dar una respuesta adecuada¹⁸.

Prosiguiendo con el análisis de nuestro texto, no creemos que exista, como sostienen algunos autores, discontinuidad alguna en el discurso gayano. El empleo de la palabra *societas* para referirse al *consortium* entre hermanos, (*societas fratrum suorum*), no ha de entenderse desde una rigurosa visión dogmática de las instituciones jurídicas, sino más bien con el significado genérico con el que aparece el vocablo en las fuentes clásicas.

La doctrina mayoritaria argumenta de la siguiente manera: si Gayo, en D. 10,3,2¹⁹ habla de *societas* como sociedad consensual y la distingue del condominio, no podría haber sostenido una opinión diferente en las Instituciones²⁰. Puede afirmarse, por tanto, que la palabra *societas* referida al *consortium* en el Gayo de Antinoópolis expresa una idea diferente al contrato consensual. El *consortium* viene definido como *legitima simul et naturalis societas*, mientras que la sociedad consensual es propia del derecho de gentes. Ambos derivados de la *naturalis ratio*, pero diferentes en cuanto a su origen: *iure civili*, para el *consortium* entre *sui*; *iure gentium*, para la *societas*.

Por tanto, la explicación del empleo en los textos gayanos de la palabra *societas* para aludir tanto al *consortium*, como a la *communitio sine societate*, podría estar en la utilización del término en su acepción más amplia, dado que *societas* o *socius* son vocablos existentes en el lenguaje jurídico de los romanos, incluso antes del surgimiento de la sociedad como contrato consensual y, por tanto, anteriores al contacto de Roma con otros pueblos. De ahí que no aludiera, en un principio, al contrato de sociedad *stricto sensu*, sino *-lato sensu-* al conjunto de individuos que comparten una o varias cosas en común²¹. También hay quien sostiene que Gayo ha evitado utilizar la palabra *consortium* para una mejor comprensión de una figura ya extinguida y vetusta, recurriendo a una

¹⁸ WIEACKER, Franz, 'Societas', cit., p. 168; KRELLER, Hans, *Römisches Recht. Grundlehren des Gemeinen Rechts*, Wien, 1950, pp. 363 ss.; GUARINO, Antonio, *Le origini della società consensuale*, en *La società in Diritto romano, Societas consensu contracta*, Napoli, 1972, p. 18, para quien las primeras *societates omnium bonorum* no surgen porque no se dispone más del *consortium*, sino porque los límites impuestos por el *ius civile vetus* no daban origen más que a una *communitio* civilística, en su finalidad típica del mero disfrute y explotación de un patrimonio unificado y no a otros fines lucrativos que comportan las sociedades comerciales o industriales y que el mismo autor sitúa ya en los siglos III-II a. C. Vid., asimismo, BIANCHINI, Mariagrazia, *Studi sulla societas*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, serie II, Università di Milano, Milano, 1967, pp. 8 ss.; 71 ss.; TORRENT, Armando, «Rc. a M. Bianchini, *Studi sulla societas*», *AHDE*, 38, 1967, p. 678.

¹⁹ *Nihil autem interest, cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Cum societate res communis est, velui inter eos, qui pariter eandem rem emerunt; sine societate communis est, veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.*

²⁰ Por todos, VOICI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 1946, pp. 218-219.

²¹ WIEACKER, Franz, 'Societas', pp. 116 ss. Igualmente, FERRINI, Contardo, *Le origini del contratto di società in Roma*, *AG*, 38, 1887, pp. 3 ss., para quien la voz *socii* fue transferida de la copropiedad al contrato de sociedad y no a la inversa; POGGI, Agostino, *Il contratto di società in diritto romano clas-*

terminología comúnmente conocida y admitida en su época, con un valor más vulgar que jurídico²². En cualquier caso, se trata de un significado poco técnico e impreciso de la locución usada por el mencionado jurista y no una confusión conceptual.

2. SOCIETAS Y COMMUNIO EN EL VOCABULARIO Y EN LA SISTEMÁTICA DE LOS JURISTAS REPUBLICANOS Y CLÁSICOS

Podemos sostener, en general, que los jurisconsultos republicanos tienen ya clara la diferencia entre *communio* y *societas*, incluso cuando el estudio de ambas instituciones en una misma parte de sus obras la haga menos aparente. El mismo Quinto Mucio Escévola, a pesar de los intentos clasificatorios que encontramos en sus *libri Iuris Civilis*, trata al mismo tiempo la indivisión familiar y la voluntaria *societas*²³. Pero el acercamiento sistemático que hace de las dos instituciones no prueba que ignorese la distinción esencial entre ambas. De hecho, cuando Pomponio (en sus comentarios *ad Quintum Mucium*) o Paulo (a través de los comentarios *ad Sabinum*) refieren sus opiniones, éstas se muestran claramente a favor del elemento consensual de la *societas*, en contraposición al real de la *communio*²⁴. Asimismo, la oposición que hace Cicerón, en *Pro Quinctio* 24,76 entre “*voluntaria societas*” y “*hereditaria societas*” (*Cum eo tu voluntariam societate coibas qui te in hereditaria societate fraudarat ...?*), no haría más que revelar la distinción que ya plantearían los juristas de la época, cuya influencia ya se dejaría sentir en los alegatos ciceronianos²⁵.

Ya, a partir del siglo II, la distinción se observará con absoluta nitidez. Y ello se debe a la consagración en el Edicto de dos títulos específicos asignados a las acciones de partición y a la *pro socio*, respectivamente. Lo que obliga a separar el estudio jurisprudencial de ambas figuras.

sico, Roma, 1972, pp. 10 ss. Cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, “*Societas re contracta e communio incidens*”, cit., p. 373.

²² VOCI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto*, cit., pp. 217 y 221.

²³ Libro XIV, 7-8 (*De societate*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, Volumen Prius [I], Lipsiae, 1889, p. 758. Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «Sistemática y *ius civile* en las obras de *Quintus Mucius Scaevola* y de *Accursio*», *Glossae. European Journal of Legal History*, 14, 2017, pp. 278-298.

²⁴ D. 44,7,57 (Pomp. 36 *ad Q. Muc.*): *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit*; D. 17,2,30 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur*.

²⁵ Ad. ex., Cicerón, *Pro Rosc. Com.* 18,55: *Simillima enim et maxime gemina societas hereditatis est; quemadmodum socius in societate habet partem sic heres in hereditate habet partem. Ut heres sibi soli, non coheredibus petit, sic socius sibi soli, non sociis petit; et quemadmodum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissolvit, heres ex ea parte qua hereditatem adiit; socius ex ea qua societatem coit*.

Así, Celso tratará en el libro V de sus *Digesta* de la acción *familiae erciscundae* y en el VII de la *pro socio*²⁶. Por su parte, si bien Pomponio había dedicado sucesivamente a la indivisión hereditaria y a la sociedad los libros XXXV y XXXVI de sus comentarios *ad Q. Mucium* y los libros XII y XIII *ad Sabinum*²⁷, en los comentarios al Edicto consagra un estudio especial a la acción *familiae erciscundae*²⁸. Juliano, en sus *Digesta*, también considera separadamente las acciones de partición en el libro VIII, mientras que la acción *pro socio* es tratada en el libro XIV²⁹. La misma distinción viene hecha por Marcelo en sus *Digesta*³⁰ y por Gayo en sus comentarios *ad edictum provinciale*³¹.

Posteriormente, Papiniano separará el examen de las acciones de partición de la *pro socio*. El libro VII de las *Quaestiones* trata de aquellas, mientras que la sociedad es estudiada en el libro IX³². Del mismo modo, la *actio familiae erciscundae* es expuesta en el libro II de sus *Responsa* y la sociedad en el libro III³³.

Respecto a las obras de Paulo, los *libri ad Sabinum* reunían -conforme a la sistemática de los comentarios al *Ius civile*- el estudio de las dos instituciones en un mismo libro³⁴. Pero, en los *libri ad edictum*, se refleja la separación hecha en el Edicto entre los dos grupos de acciones³⁵. En otras obras como sus *Quaestiones*³⁶,

²⁶ Libro V, 33-34 (*Familiae erciscundae*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 133; Libro VII, 69-71 (*Pro socio*), LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 139.

²⁷ *Ad Q. Muc. lib. XXXV, 315; XXXVI, 316 (De societate); ad Sab. lib. XII, 577; XIII, 578-593 (De societate)*. LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis, volumen alterum* [II], Lipsiae, 1889, pp. 76-77; pp. 115-117.

²⁸ STOLFI, Emanuele, *Studi sui Libri ad Edictum di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, LED Edizioni Universitarie, Milano, 2001, p. 222 ss.

²⁹ Libro VIII, 112-117 (*Familiae erciscundae*); VIII, 118-122 (*Communi dividundo*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 334-335; 357-358. Libro XIV, 233-237 (*Pro socio*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 357-358.

³⁰ Libro V, 35 (*Familiae erciscundae*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 595. Libro VI, 65-67 (*De societate*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 599-600.

³¹ Libro VII, 189-195 (*Familiae erciscundae*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 206-207; Libro VII, 196-198 (*Communi dividundo*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 207. Libro X, 233-237 (*Pro socio*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 214-215.

³² Libro VII, 134-138 (*Familiae erciscundae*); Libro VII, 139-140 (*Communi dividundo*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 824-825; 825. Libro IX, 171 (*De societate*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 831-832.

³³ Libro II, 436-439 (*Familiae erciscundae*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 889. Libro III, 464-465 (*De societate*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 893-894.

³⁴ Libro VI, 1728-1741 (*De societate et communionem*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1267-1270. El hecho de ser tratadas ambas figuras bajo la misma rúbrica no tiene más que un valor sistemático (dadas sus analogías estructurales). No es, sin embargo, un argumento para deducir que ambas tuvieran para el jurista la misma naturaleza jurídica.

³⁵ Libro XXIII, 380-392 (*Familiae erciscundae*); Libro XXIII, 393-396 (*Communi dividundo*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1014-1016; 1016-1017. Libro XXXII, 492-501 (*Pro socio*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1031-1033.

³⁶ Libro II, 1290-1292 (*De iudiciis divisiis*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1185-1186. Libro IV, 1320-1321 (*Pro socio*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 1194.

*Responsa*³⁷, *libri ad Plautium*³⁸ o *Sententiae*³⁹, libros también diferentes se consagran a la *communio* y a la sociedad. Ello testimonia la influencia del plan del Edicto en las obras clásicas.

Por lo que se refiere a otro jurista contemporáneo de Paulo, Ulpiano estudia la sociedad y la indivisión en el libro XXX *ad Sabinum*⁴⁰. Aunque, incluso aquí, es fácil aislar los textos consagrados a la indivisión o *communio* de los relativos a la sociedad. Inversamente, los *libri ad Edictum* desconectan las acciones divisorias (libro XIX) de la acción *pro socio* (libro XXXI)⁴¹.

Pese a esta yuxtaposición sistemática y conceptual, el *Corpus Iuris* presenta abundantes ambigüedades terminológicas en determinados textos que aluden a ambas figuras.

Por una parte, se pueden aducir una serie de textos en los que el término *communio* apunta a una relación societaria. En concreto, en D. 17,2,3,1 (Paul. 32 *ad ed.*) se emplea la expresión '*communioni acquiretur*' para indicar una *societas omnium bonorum*.

Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum communioni acquiretur.

No obstante, como sugiere Talamanca, su uso aquí no es del todo incorrecto, si se piensa que este tipo de sociedad presupone siempre una comunión de bienes entre los socios, que emerge automáticamente en base al *transitus legalis*⁴².

³⁷ Libro III, 1470-1471 (*Familiae erciscundae*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 1227.

³⁸ Libro III, 1086-1089 (*De iudiciis divisoriiis*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1150-1151.

³⁹ Libro I,18 (*Familiae erciscundae*); II,16 (*Pro socio*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1227.

⁴⁰ Libro XXX, 2738-2750 (*De societate et communione*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, pp. 1128-1131. Los textos relativos a la sociedad son los contenidos en 2738-2747; los referentes a la *communio* se encuentran en 2748-2750.

⁴¹ Libro XIX, 631-637 (*Familiae erciscundae*); Libro XIX, 638-641 (*Communi dividundo*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, pp. 533-537; 537-539; Libro XXXI, 917-929 (*Pro socio*). LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, pp. 625-629.

⁴² TALAMANCA, Mario, *La 'societas'. Corso di lezioni di Diritto romano*, Ed. postuma a cura di L. Garofalo. Note di F. Sitzia e C. A. Cannata, CEDAM, Milano, 2012, p. 85; Asimismo, GARCÍA LUDEÑA, María Teresa, *Garantías de la responsabilidad societaria. Su análisis en Derecho español y Derecho comparado y sus antecedentes en Derecho romano*, Tesis doctoral, (dirs. F. Fernández de Buján y A. Mohino), p. 83, para quien «según Quinto Mucio Scaevola, la sociedad figura entre los grupos comunitarios, lo cual obedece a la concepción que mantiene que las primeras sociedades eran, en realidad, comunidades de todos los bienes». Disponible online en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Mtgarcia/GARCIA_LUDENA_MariaTeresa_Tesis.pdf (Fecha de la última consulta 01/06/2022). De los textos sobre la sociedad se deduce que la constitución de ésta se debe al acto voluntario del consentimiento, lo que parece ir en contra de cualquier solemnidad para poner en común los bienes sujetos al fin social. Aunque se trata de un tema no resuelto, la mayoría de la doctrina romanística estima que el régimen del *consortium* influiría en la *societas omnium bonorum* en lo que suele denominarse "*transitus legalis*", lo que supone que el condominio se constituye automáticamente entre los socios desde el momento de la conclusión del contrato. Vid., por todos, TALAMANCA, Mario, «Società (Diritto romano)», *EdD*,

A este respecto, también se puede invocar D. 17,2,52,8 (Ulp. 31 *ad ed.*):

Idem Papinianus eodem libro ait, si inter fratres voluntarium consortium in initium fuerit, et stipendia ceteraque salaria in commune redigi iudicio societatis, quamvis filius emancipatus haec non cogatur conferre fratri, inquit, in potestate manenti, quia et si in potestate maneret, praecipua ea haberet.

Este fragmento se refiere a la *societas omnium bonorum*, pero la locución *voluntarium consortium* hace surgir la duda. Con todo, esta confusa expresión no debe inducir a error, puesto que en el texto la palabra *consortium* no hace referencia al antiguo condominio. El adjetivo *voluntarium* bastaría para demostrarlo.

El mismo razonamiento encontramos en D. 17,2,52,6 (Ulp. 31 *ad ed.*):

Papinianus quoque libro tertio responsorum ait: si fratres parentium indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quaesierint in commune non redigetur

Papiniano habla sólo de indivisión sobre los bienes de la herencia, mientras que las adquisiciones realizadas más tarde quedarán como propias para el *accipiens*. No se trata, por tanto, de un *consortium*, sino de una *societas* que tiene como finalidad el disfrute de los bienes hereditarios. Una prueba en tal sentido se extrae de la palabra *quoque*, que liga la solución dada por el texto a la del párrafo anterior, donde se discute sobre una *argentariae societas* (D. 17,2,52,5). Además, la frase: *ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent*, revela la existencia de un especial elemento voluntario.

Igualmente, en D. 17,2,52,5 (Ulp. 31 *ad ed.*)⁴³ y D. 17,2,53 (Ulp. 30 *ad Sab.*)⁴⁴ el término *communitio* solo puede llegar a indicar la comunión de ganancias y pérdidas de los socios, que se encuentra ínsita en toda sociedad.

Sensu contrario, existen también testimonios de juristas de época clásica que refieren el término *societas* (o *socius*) a la *communitio*, muy lejos de la figura del contrato consensual.

42, 1990, p. 824. Cf. CANCELLI, Filippo, «Società (Diritto romano)», *NNDI*, 17, Torino, 1970, pp. 505-506; VOLTERRA, Edoardo, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, p. 522. Al respecto, TORRENT, Armando, «Consideraciones sobre la *societas omnium bonorum*», *RISG*, 94, 1963-1967, pp. 206-210; SANTOS MORÓN, María José, *La forma de los contratos en el Código civil*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 294.

⁴³ *Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat et lucri senserat: quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret. et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: 'etiamsi maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesierit, id ad communionem non pertinere explorati iuris est'.*

⁴⁴ *Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communitio est. plane si in medium collata sit, commune erit lucrum.*

Cabe citar los siguientes textos recogidos D. 8,2,26 (Paul. 15 *ad Sab.*)⁴⁵; D. 8,2,27,1 (Pomp. 33 *ad Sab.*)⁴⁶; D. 8,5,11 (Marc. 6 *Dig.*)⁴⁷; D. 10,3,28 (Pap. 7 *Quaest.*)⁴⁸, donde está claro que el uso de *socius* como sujeto legitimado al *iudicium communi dividundo*, así como al clásico *ius prohibendi*, no se hace en un sentido técnico-jurídico, sino más bien para subrayar la colectividad de los condueños.

Con análoga significación, un testimonio de Paulo 23 *ad ed.*, en D. 10,2,25,16, probablemente interpolado, contiene la palabra *societas* en relación a un caso claro de *communio sine societate*:

Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.

La interpolación se presume solo para la parte central del texto (*non tamen – in suis rebus*) donde, en relación al concepto de culpa, se especifican las formas de *diligentia diligentis* y *diligentia quam in suis*⁴⁹. Por lo demás, la figura expuesta por Paulo no es otra que la comunión hereditaria entre los *sui*. Todo coheredero ha de responder de dolo y culpa porque tal comunidad de bienes no es voluntaria y, en consecuencia, no se puede aducir la falta de diligencia de los demás. Lo mismo ha de decirse, según el jurista, en el caso de legado *per vindicationem* de la misma cosa a dos personas, *nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res*. Aun existiendo una confusión terminológica en el texto, se observa netamente la distin-

⁴⁵ *In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit. itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.*

⁴⁶ *Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi.*

⁴⁷ *An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.*

⁴⁸ *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*

⁴⁹ TALAMANCA, Mario, *La 'societas'*, cit., p. 87.

ción entre *societas* y *communio incidens*: *quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum*⁵⁰.

La misma distinción se encuentra en D. 17,2,31 (Ulp. 30 *ad Sab.*):

Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empti res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.

Efectivamente, la *communio* puede nacer de la concurrencia de varios herederos o legatarios, de una donación hecha a más de una persona o la compra de una misma cosa por dos o más personas. Entonces, en estos casos, las fuentes hablan de ‘*communio incidens*’ para indicar la copropiedad de una cosa o un conjunto de ellas a la que se llega por un hecho jurídico independiente de la voluntad de los copartícipes, esto es, mediante una relación jurídica que no va dirigida a crear una *societas*. En general, tiene lugar cuando más de una persona adquiere simultáneamente, por cualquier título, la propiedad sobre un mismo bien o patrimonio⁵¹.

Otra particular expresión; ‘*emere in societate*’ (que aparece en D. 32,30,4. Labeo 2 *post. a Iavoleno epit.*) se utiliza no para aludir a la constitución de una sociedad, tampoco para el caso de una *communio incidens*, sino que significa comprar juntos (dos personas una misma cosa):

Qui fundum mandatu meo in societate mihi et sibi emerat, deinde eum finibus diviserat et priusquam mihi traderet, ita eum tibi legaverat “fundum meum illi do”. negavi amplius partem deberi, quia verisimile non esset ita testatum esse patrem familias, ut mandati heres eius damnaretur.

A Labeón se le plantea el problema de interpretar un legado *per vindicationem* de un fundo que fue comprado por el *de cuius* junto a un tercero, por mandato de éste. Y lo resuelve en el sentido de restringir el legado a la *pars pro diviso* correspondiente al propio testador (aun sin haber realizado éste la *macipatio* al tercero de su parte).

Del encargo de comprar *in societate* nace solo la *actio mandati* y no se puede deducir ni un contrato consensual, ni una *communio incidens*⁵². De nuevo, no estamos ante un uso técnico-jurídico del vocablo *societas*.

⁵⁰ Vid. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, «*Societas re contracta e communio incidens*», cit., pp. 357 ss.

⁵¹ En torno al texto, BABUSIAUX, Ulrike, «Zum Konsenserfordernis bei der *societas* - methodische Bemerkungen zu einem altbekanntem Problem», en Weber, Rolf H.; Stoffel, Walter A.; Chenaux, Jean-Luc; Sethe, Rolf, *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, pp. 774-775. Disponible online en <https://doi.org/10.5167/uzh-143363> (Fecha de la última consulta: 10/06/2022).

⁵² Así lo entiende TALAMANCA, Mario, *La ‘societas’*, cit., p. 95.

Entre tanto, una de las principales confusiones dogmáticas entre *communio* y *societas* viene de la mano de la interpretación por parte de la doctrina romanística de la expresión *societas re contracta* como sinónima de *communio incidens*⁵³. Se trata, como veremos, de una idea preconcebida que no encuentra fundamento en las fuentes.

Los partidarios del preconcepto de la *societas re contracta* como sinónima de *communio* aducen los siguientes fragmentos:

D. 17,2,32 (Ulp. 2 ad. ed.): *Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur.*

El carácter genuino del texto se ha cuestionado por varias razones: el uso de *tractatus* -palabra más acorde al lenguaje tardío- y la discordancia entre el enfoque procesal de la primera parte del fragmento y el enfoque sustancial de la segunda⁵⁴. No cabe presumir del '*communiter gestum, in re ipsa et negotio (sine tractatu)*' una figura de *societas re contracta*, sino una simple *communio (sine societate)*.

Tampoco se infiere de la frase de D. 10,3,2 pr. (Gai. 7 ad ed. prov.): '*cum societate res communis est veluti inter eos...*' un caso de *societas re contracta*.

Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.

Aquí, Gayo no está hablando de tipos de sociedad, sino de aplicaciones de la *actio communi dividundo*, la cual es ejercitable si hay un bien en común, a resultas o no de la constitución de una sociedad contractual.

Con la nitidez que lo caracteriza explica qué debe entenderse por *communio cum societate* y por *communio sine societate*. Una cosa es común *cum societate* cuando, por

⁵³ Dicho sector doctrinal justifica su tesis en la mayor antigüedad de la *communio* sobre la *societas* consensual, dada su procedencia del antiguo *consortium ercto non cito*. De forma que el régimen jurídico de la *societas* no sería más que un apéndice respecto de la *communio* y ésta, a su vez, una *societas re contracta*. El elemento contractual de esta forma de *communio* estaría, en su opinión, en el *communiter gestum* que surge entre los condóminos por el hecho de gozar en común de los bienes indivisos. Entre otros, EIN, Erst, «Le azioni dei condomini», *BIDR*, 39, 1931, pp. 73 ss.; FREZZA, Paolo, «Actio communi dividundo», *RIGS*, 7, 1932, pp. 108 ss.; ID. «L'istituzione della collegialità in Diritto romano», *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 529 ss.; ALBERTARIO, Emilio, «I nuovi frammenti di Gaio (PSI. XI Nr. 1182)», cit., pp. 472 ss.; ARNÒ, Carlo, *Il contratto di società*, Torino, 1938, pp. 120 ss. Cf., por ejm., ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, «Societas re contracta e *communio incidens*», cit., pp. 357 ss.; ID., *La società in Diritto romano*, Jovene, Napoli, 1950, pp. 32 ss. También, WIEACKER, Franz, 'Societas', cit., pp. 114 ss.; 123 ss.; ID., «Das Gesellschafterverhältnis des Klassischen Rechts», *ZSS*, 69, 1952, p. 333, para quien solo caben tres hipótesis de *communio* en la sociedad: 1. La *societas omnium bonorum* (fundamentada en el *transitus legalis*, D. 17,2,1,1); 2. La sociedad fundada para liquidar una copropiedad sobrevenida por casualidad; 3. La adquisición de un *servus communis*; BONA, Ferdinando, *Studi sulla società consensuale in Diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1973, pp. 13 ss.

⁵⁴ VOICI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto*, cit., pp. 209-210.

ejemplo, varias personas compran juntamente una misma cosa. Por el contrario, una cosa es común *sine societate* cuando se ha dejado a varias personas una misma cosa por legado. En opinión de un sector de la doctrina⁵⁵, éste último caso es un claro ejemplo de *communio incidens* no voluntaria, mientras que el supuesto de *communio sine societate* es el de una *communio voluntaria* que surge sin intención de constituir una *societas*, con el consentimiento de quienes se convierten en copropietarios, pero *sine affectio societatis*. De forma que, *cum societate* y *sine societate* se pueden traducir por “con acuerdo” o “sin acuerdo”⁵⁶. En contra de esta interpretación se aduce la claridad expositiva que caracteriza el lenguaje gayano, de modo que no cabría el uso de la palabra *societate* para aludir a algo diferente a la *societas*. De lo contrario se suscitarían equívocos⁵⁷. Tampoco se piensa que Gayo se alejara aquí de la opinión de su escuela, ya que para los mucianos la *communio sine affectione societatis* no es en ningún modo *societas*.

Al respecto, podemos concluir que las opiniones jurisprudenciales son unánimes en la línea de excluir el paralelismo ‘*societas re contracta-communio*’, entendido como una *societas* constituida automáticamente mediante una *communio rerum* o la gestión de un negocio común, sin previo consentimiento. No existe una contraposición en las fuentes entre la *societas consensu coita* y la *societas contracta re*, ambas son *societates quae in consensu consistit*. Por otro lado, *communio* como *contractus* no encuentra cabida alguna en la Compilación, sino como figura cuasicontractual en época postclásica⁵⁸.

3. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS JURÍDICAS ESTUDIADAS

En general, podemos afirmar que la promiscuidad con la que se valen los juristas romanos de los términos *societas*, *socius*, *communio*, *consortium*... en las fuentes abordadas, no refleja necesariamente una imprecisión jurídica. Pensar, por otro lado, que sólo el Derecho del Bajo Imperio consigue delimitar ambas figuras es -como sostiene Gaudemet- juzgar severamente el espíritu jurídico romano, al suponer que le hicieron falta más de cuatro siglos para constatar y regular jurídicamente una importante innovación en el ámbito patrimonial de la sociedad romana⁵⁹.

Sin embargo, parece existir una *communis opinio* sobre el íntimo enlace histórico existente entre la antigua situación de indivisión y el contrato de sociedad. Hay

⁵⁵ ARNÒ, Carlo, *Il contratto di società*, cit., pp. 127 ss.

⁵⁶ Como lo entiende EIN, Ernst, «Le azioni dei condomini», cit., pp. 73 ss.

⁵⁷ Aunque, para TALAMANCA, Mario, *La ‘societas’*, cit., p. 68., no se puede descartar un uso del término *societas* privado de todo tecnicismo como ya hemos podido constatar en Gayo 3,154 a). En general, vid. STAGL, Jakob Fortunat, «Das didaktische System des Gaius», ZSS, 131, 2014, pp. 313 ss.

⁵⁸ Vid. DONATUTI, Guido, «La *communio incidens* come causa obbligatoria», *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, pp. 119-142.

⁵⁹ GAUDEMET, Jean, *Étude sur le régime juridique de l’indivision en Droit romain*, Université de Strasbourg, Paris, 1934, p. 50.

quienes sostienen la derivación de este último de aquella -concretamente de su forma más primitiva: el *consortium*- para abarcar todo acuerdo dirigido a la explotación comunitaria de bienes, capital o trabajo con una finalidad común⁶⁰. Así, es de observar cómo el título 17,2 del Digesto sobre la *actio pro socio*, comienza con el régimen de la *societas omnium bonorum*, que a juicio de Paulo y Gayo (D. 17,2,1,1 y D. 17,2,2)⁶¹, se resume en el tránsito de la propiedad individual a la colectiva de forma automática en el momento de constituirse la sociedad: *re, verbis* o *per nuntium* (según Modestino 3 *Reg.*, D. 17,2,4)⁶². De modo que es la *societas*, en su forma *omnium bonorum*, la que vendría ligada, en cierta forma, a los antiguos principios que se coligen del antiguo consorcio *ceterorum*, marcado por la solidaridad y la importancia del acto de transmisión idóneo para conferir todos los bienes a la sociedad (a través de *in iure cesio*), mientras que la *societas unius negotiationis* tiene una clara derivación del propio tráfico comercial, que encuentra un importante impulso en el ámbito del *Ius Gentium*. Ello confiere una especificidad propia a los diferentes tipos de sociedades que van emergiendo como contratos consensuales⁶³ bajo el paraguas de los *iudicia bonae fidei*⁶⁴.

⁶⁰ Vid. estas opiniones (de Kreller, Schulz, Jalowicz, entre otros) en BRIOSO ESCOBAR, Enrique, L., «Cuestiones sobre la comunidad de Derecho Romano y la facultad de pedir la división», *Revista de Derecho Notarial*, 107, 1980, pp. 19-20.

⁶¹ D. 17,2,1,1 (Paul. 32 *ad ed.*): *In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*; D. 17,2,2 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire*. Cf. GUARINO, Antonio, *La società in Diritto romano*, cit., pp. 11 ss.

⁶² *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est*, donde 're' hace referencia a comportamientos concluyentes que constituyen el *transitus legalis*. Vid. PARICIO, Javier, «El contrato de sociedad en el Derecho romano», *Derecho de sociedades. Libro homenaje a F. Sánchez Calero*, 1, Madrid, 2002, p. 488, nt. 33 [= *De la Justicia y el Derecho*, El Faro Ediciones, Madrid, 2002, § 27]. Si bien el contrato de sociedad no es, de ninguna manera, formal, puede estar acompañado de actos más o menos solemnes (*communicatio bonorum*). Pero en definitiva el *consensus* es el elemento esencial. Vid. TORRENT, Armando, «Rc. a M. Bianchini, *Studi sulla società*», cit., p. 677.

⁶³ WATSON, Alan, «Consensual *societas* between Romans and Introduction of *formulae*», *RIDA*, 3ª ser. 9, 1962, pp. 431 ss.

⁶⁴ Del estudio de D. 17, 2, 75 (Cels. 15 *Dig.*); 76 (Proc. 5 *Epist.*); 78 (Proc. 5 *Epist.*); 79 (Paul. 4 *Quaest.*); 80 (Proc. 5 *Epist.*) se entiende la evolución en el *iudicium pro socio* de *arbitrium merum*, en el que las partes se vinculan mediante un *compromissum* a aceptar la decisión del *arbitrator* elegido por ellas, al *arbitrium boni viri* en el que la actuación del tercero está sujeta a un juicio de buena fe impugnabile ante el juez. Vid. GALLO, Filippo, «La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio», *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 3, Torino, 1970, pp. 479 ss.; HERNANDO LERA, Julio, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, p. 279 ss.; BLANCH NOUGUÉS, José María, «Precedentes romanos de los artículos 1689 a 1691 del Código Civil», *RJUAM*, 18, 2008, pp. 30 ss. Para un mayor abundamiento en la cuestión vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei* civiles», *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001): *Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese a cura di Luigi Garofalo* (ed. lit.), 2, 2003, pp. 31-58; ID., «Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje», *Religión y cultura*, 234, 2005, pp. 711-738; ID., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, 1ª ed., Col. Biblioteca Jurídica Básica, Iustel, nº 4, Madrid, 2006, p. 199 ss.; ID., *La deuda his-*

La propia evolución en la estructura de la sociedad es la que se observa también en el desarrollo histórico del condominio. Éste, asimismo, estará llamado a adaptarse a las transformaciones económicas que marcan los siglos III y II a. C., consecuencia del fuerte impulso de las relaciones comerciales y la libertad en el tráfico jurídico. La crisis de la vieja solidaridad de la antigua organización consorcial es inevitable, abriendo paso a una comunidad sustentada en el ejercicio dominical *pro parte* y la voluntad de la mayoría para los actos de disposición *in solidum*, más acorde con el auge de la autonomía de la voluntad y el *consensus*.

En un principio, el tránsito hacia formas de propiedad más dinámicas y la superación de la rigidez del sistema hereditario concentrado en la familia agnaticia, influirían no sólo en la aparición del condominio parciario, sino -como sostiene Wieacker⁶⁵- en la polémica jurisprudencial a finales de época republicana sobre el reparto de las ganancias y pérdidas en la sociedad, dado que el *consensus* se irá imponiendo frente a la participación igualitaria de los socios en la sociedad, influencia ésta última-en opinión de Talamanca⁶⁶- del antiguo *consortium* (principalmente, en la *societas omnium bonorum*).

Efectivamente, la *magna quaestio* -en palabras de Gayo 3,149- que ya se planteó por parte de la jurisprudencia republicana y, en especial, entre Quinto Mucio Escévo-la y Servio Sulpicio Rufo, se centraba en dilucidar si se podía constituir una sociedad de manera que un socio obtuviera la mayor parte de los beneficios y respondiera de una parte menor de las deudas:

Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse censuit. Sed Servius Sulpicius cuius etiam praeualuit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coire posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa uideatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitii. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia ualet.

Quinto Mucio pensó que esto era contrario a la naturaleza de la sociedad. Pero Servio Sulpicio, del que, sin embargo, prevaleció la opinión, estimó que se podía constituir la sociedad de esta manera, hasta tal punto que defendió que también podía constituirse de forma que un socio no responda en absoluto de las pérdidas, pero perciba una parte del beneficio, si su trabajo en ella se considera tan valioso que resulta equitativo admitirlo en la sociedad con este acuerdo⁶⁷.

tórica del arbitraje moderno: concordancias entre la ley 60/2003, de arbitraje y el derecho arbitral griego y romano, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 51-73.

⁶⁵ WIEACKER, Franz, 'Societas', cit., pp. 251 ss.

⁶⁶ TALAMANCA, Mario, v. «Società», cit., p. 835.

⁶⁷ BESELER, Gerhard, von, «Zu Gaius III, 149», *SDHI*, 4, 1938, pp. 205-208. Cf. HORAK, Franz, *Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen,

Los juristas clásicos se harán eco de esta discusión jurisprudencial entre mucianos y servianos y así, por ejemplo, Ulpiano (30 *ad Sab.* D. 17,2,29 pr.-1) testimoniará la preocupación por parte, también, de Casio y Sabino, quienes introducen una importante matización al razonamiento de Servio.

Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa. I. Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.

En la primera parte del texto se corrobora la regla para los jurisconsultos clásicos de la igualdad en las cuotas de participación en la sociedad, siempre que no haya convención alguna que determine otra cosa⁶⁸. De forma que se admite que los beneficios pueden ser para un socio mayores si su aportación es también mayor, bien en capital, bien en trabajo o por cualquier otra causa. El §1 es una reafirmación -en boca de Casio- del contenido del párrafo anterior concretando la tesis expuesta, que no es más que la serviana. En cuyo caso se contempla la posibilidad de exoneración del socio industrial de contribuir a las pérdidas sociales, siempre que su aportación sea de tal importancia que justifique la exención. Ulpiano, finaliza su *excursus* con la opinión de Sabino, quien ejemplifica lo que se considera una aportación de industria de tal entidad que justifique dicho privilegio: *item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus*⁶⁹.

La orientación de la jurisprudencia clásica hacia la tesis de Servio y el abandono de la idea tradicional de la igualdad en el reparto de pérdidas y ganancias entre los socios, sostenida por Q. Mucio, revela la propia evolución en la regulación de las ins-

1969, p. 164. Asimismo, CANCELLI, Filippo, *Società (dir. romano)*, cit., pp. 495 ss.; BONA, Ferdinando, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 32; SANTUCCI, Gianni, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, CEDAM, Padova, 1997, p. 38, nt. 19; p. 81; BLANCH NOUGUÉS, José María, «Precedentes romanos de los artículos 1689 a 1691 del Código civil», cit., pp. 34 ss. Sobre la expresión '*contra natura societatis*' del texto, ROTONDI, Giovanni, «*Natura contractus*», *BIDR*, 24, Milano, 1911, pp 5 ss. [= *Scritti Giuridici*, 2, Milano, 1922, pp. 165 ss.].

⁶⁸ Como se deduce también de Gayo 3,150: *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus lucri et damni nihil inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero uero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.* Cf. IJ. 3,25,1.

⁶⁹ En cualquier caso, nunca se llegó a admitir el pacto en virtud del cual uno de los socios soportaba todas las pérdidas y el otro se beneficiaba de todo el lucro. La *societas* leonina es nula, para Casio y Aristón, según informa Ulpiano (D. 17,2,29,2), y para Quinto Mucio Scaevola y Servio Sulpicio, como expone Paulo (D. 17,2,30). Al respecto, HINGST, Kai-Michael, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte. Der Weg vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit am Beispiel der Geschichte der Löwengesellschaft vom römischen Recht bis in die Gegenwart*, Berlin, 2002, pp. 93 ss.

tituciones jurídicas al compás de los cambios socio-económicos que se experimentan en época republicana. Evidentemente, la concepción de la homogeneidad en las *partes lucri et damni* parece estar más en sintonía con la sociedad en su forma *omnium bonorum*, donde el interés de mantener un patrimonio social colectivo y su tardía constitución con fines lucrativos son influencia del régimen del primitivo *consortium*. No obstante, la expansión comercial de Roma que tiene lugar a finales de época republicana traerá consigo nuevos tipos de sociedad, cuyos objetivos son puramente mercantiles (*societates ex quaestu veniunt*) y los socios aportan no solo bienes, sino también industria para su consecución. En esta sede es donde se desarrollará el principio “*opera alicuius pro pecunia valet*” y donde caben pactos en orden a la determinación del reparto de las ganancias y las pérdidas, como manifestación del acuerdo de equidad entre los socios para constituir la sociedad (*coire societatem*) y, más tarde, como resultado de la propia naturaleza consensual del contrato⁷⁰.

Es lógico pensar que, dadas sus ventajas comerciales, tanto por su simplicidad en la forma de constitución (a través del *nudus consensus*), la gran diversidad de fines y la amplia naturaleza de las aportaciones (no sólo bienes en *dominium ex iure Quiritium*, sino también hasta *operae* de los socios), además de la facilidad para proceder a la liquidación del patrimonio social a través de la *actio pro socio* y su naturaleza *bonae fidei*, la sociedad, como figura jurídica del *Ius Gentium*, pronto fuera acogida en el edicto del pretor urbano⁷¹.

⁷⁰ FUENTESECA, Pablo, «Función histórica del *pactum*», *Estudios homenaje a A. D’Ors*, I, Pamplona, 1987, pp. 487 ss.; TALAMANCA, Mario, «La tipicità dei contratti fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone. *Contractus* e *pactum*. Tipicità e libertà negoziale nella speriencia tardo repubblicana», *Atti del Convegno di Diritto romano e della presentazione della nova riproduzione della littera Florentina*, Copanello 1988, Napoli, 1990, pp. 36 ss.; GALLO, Filippo, *Synallagma* e *conventio nel contratto*, Torino 1992, pp. 23 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei* civiles», cit., pp. 31 ss.; ID., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, cit., pp. 199 ss.; ID., *La deuda histórica del arbitraje moderno*, cit., pp. 51 ss.; CARDILLI, Riccardo, «*Societas vitae* e *natura societatis* in *Quintus Mucius Scaevola Pontifex*», en *Seminario di studi ‘Societas strumento di organizzazione pubblica e privata’*, Università degli Studi di Sassari, Sassari, 4-5 maggio, 2012. Disponibles los vídeos de las sesiones en <https://www.dirittoestoria.it/11/memorie.htm>, concretamente, el del profesor Cardilli en <https://www.dirittoestoria.it/11/memorie/video/Cardilli.mp4>, donde considera la puesta en valor por parte del jurista Servio de los *pacta in continenti* en los *iudicia bonae fidei* para un desigual reparto de los beneficios y las pérdidas de la sociedad, como cambio ontológico profundo en la *lex contractus* respecto de la concepción de Q. Mucio Scaevola.

⁷¹ Como bien explica DAJCZAK, Wojciech, *Derecho romano de obligaciones*, Andavira, Santiago de Compostela, 2019, pp. 247-248: «La vinculación de estas formas de concentración de capital con la herencia o los procedimientos legislativos formalistas (aludiendo a los expuestos por Gayo 3,154 a y b), limitó de manera significativa la libertad para elegir un socio y crear una comunidad. La superación de los límites propios de la primera fase del derecho romano se llevó a cabo, como aprendemos de Gayo, a través de la práctica del pretor peregrino. El *ius gentium* introdujo en el derecho romano el contrato de sociedad (*societas*). Gracias a que la sociedad se constituía como un contrato consensual y a la libertad de determinación de los derechos y las obligaciones de las partes -desarrollada en el debate de los juristas- dicho contrato trajo posibilidades de largo alcance; servía para aunar bienes y habilidades a fin de alcanzar metas comunes. La convicción de los juristas romanos de la racionalidad económica de esta so-

Por tanto, podemos afirmar la presencia de analogías entre instituciones jurídicas, de naturaleza y estructura diferentes, que evolucionan paralelamente con el devenir de las nuevas necesidades que supone una economía expansionista, y que están en la base de los debates dialécticos de los grandes creadores del Derecho, que fueron los juristas republicanos y sus sucesores.

El posible parentesco o aproximación entre *consortium*, *communio*, *communio incidens*, *societas* o *societas omnium bonorum* no puede sostenerse en base a una semejanza en cuanto a su esencia jurídica. Solo podemos conjeturar correspondencias entre ellas, fruto de su evolución lógica para adaptarse a cada contexto socio-económico del momento histórico concreto. Incluso podemos descartar un origen común. Ciertamente, hemos destacado la procedencia *iure gentium* de la *societas*, en contraposición a la génesis *iure civili* del *consortium*. Ni siquiera la *societas omnium bonorum* se afirmaría por la decadencia del *consortium inter ceteros* (*ad exemplum fratrum suorum*), como derivación o por analogía de éste -del que aún quedaría algún vestigio en época clásica-, sino por razones y finalidades independientes. Si acaso, la *ratio* de aquella, antes de su configuración como contrato consensual, se puede entender incluida en dicha forma de *consortium*, en tanto en cuanto este presupone siempre una comunidad de vida con comunión universal de bienes⁷². Pero dicha relación asociativa solo podría referirse a ciudadanos romanos, de ahí el requisito de la acción de la ley ejercitada ante el magistrado para su constitución *ad solemnitatem*⁷³.

Ambas instituciones -*communio* y *societas*- sirven, además, a intereses diferentes. Sostener lo contrario supone confundirlas y no explicaría por qué dos o más *cives*, queriendo poner en común la suerte de sus patrimonios, y de los frutos o incrementos futuros de éstos, recurrieran a la figura de la sociedad y no al simple instrumento de la *certa legis actio* (de la que habla Gayo 3,154 b). No se entendería, entonces, tampoco por qué la existencia de dos acciones: la *actio communi dividundo* y la *actio pro socio*, si ambas no tuvieran identidades diferentes y excluyentes, aunque complementarias. Como determina Ulpiano en D. 17,2,43, si se ejercitó la *communi dividundo*

lución quedó recogida en la idea de Gayo (3,154) de que la *societas* se basa en la razón natural (*naturalis ratio*)».

⁷² No podemos descartar los elementos comunes a ambas figuras. En la *societas omnium bonorum* también se percibe el elemento objetivo de la conservación de un patrimonio universal común y el subjetivo representado en el *animus* o *affectio societatis*. De modo que esta vendría a renovar, en un estadio posterior, al *consortium ceterorum*, del que adoptaría la cualidad de la *fraternitas*.

⁷³ VOICI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 225. Para WIEACKER, Franz, «Das Gesellschaftsverhältnis des Klassischen Rechts», cit., p. 309, dicho *consortium ceterorum* desembocó en la *societas omnium bonorum*, basada en la copropiedad y en los *pacta* de carácter complementario (*ne alienetur* y *ne dividatur*) que se habrían añadido a la *certa legis actio*; precediendo en el tiempo al segundo tipo de *societas* del derecho clásico: la *societas universorum ex quaestu*. En opinión de ARIAS RAMOS, José, «Los orígenes del contrato de sociedad: *consortium* y *societas*», *RDP*, 26, 1942, pp. 141-143, puede que no existiera una rigurosa sucesión histórica entre el *consortium erecto non cito* y la *societas omnium bonorum* y otros tipos de sociedades del *ius gentium*, pero sí cauces de una evolución dogmática y jurídica de la *societas*-comunidad a la *societas*-sociedad.

no se exceptúa la *pro socio* porque esta ‘*nominum rationem habet et adiudicationem non admittit*’. Ahora bien, si después se ejercita la *pro socio*, el juez deberá descontar lo obtenido ya en la primera (*sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est*)⁷⁴.

Para la *communis opinio* existen diferencias sustanciales entre ambas figuras, sobre todo por su diversa función, puesta en evidencia por los juristas romanos a través de la determinación de su régimen jurídico. Lo que se observa, por ejemplo, en la posibilidad de que existan disparidades en las participaciones de los socios en los beneficios sociales, superada la posición inicial de la sociedad en la medida que se va adaptando al progreso del tráfico jurídico; hipótesis excluida para el condominio primitivo cuyo objetivo es mantener el *statu quo* de los condóminos, asegurando el equilibrio patrimonial. También se advierte en la evolución operada en el ámbito de la responsabilidad de los socios, que pasa del dolo a la *diligentia quam in suis (adhibetur)*. El hecho de que los socios no sean estrictamente miembros de una misma familia, pero se encuentren ligados por una *affectio societatis*, en una relación jurídica genuinamente *inter amicos*, agrava su responsabilidad a este grado de culpa (*in concreto*), por una violación de la *bona fides*, que preside, en definitiva, las relaciones entre los socios⁷⁵. La vinculación a la *fides* y la *amicitia* de épocas anteriores perfilaría las características de la acción de la sociedad, como acción infamante y *bonae fidei*, además de la particularidad *intuitu personae* de la propia institución jurídica, basada en la confianza recíproca de los *socii*⁷⁶.

Efectivamente, el canon que regula las relaciones entre los socios es, sin duda, la buena fe (además de la *fraternitas* en la *societas omnium bonorum*, que precedería en el tiempo a la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*⁷⁷). Tal requisito

⁷⁴ GUARINO, Antonio, *La società in Diritto romano*, cit., p. 17; PARICIO, Javier, «El contrato de sociedad en el Derecho romano», cit., p. 504.

⁷⁵ D. 17,2,72 (Gai. 2 cott. rer.): *Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiaae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet*. Para determinado sector doctrinal, también existe una responsabilidad por custodia o por impericia (Ulp. D. 17,2,52,2). Vid., por todos, PICHONNAZ, Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, Schulthess Médias Juridiques, Genève-Zurich-Bâle, 2008, pp. 518-519.

⁷⁶ WATSON, Alan, *Roman Private Law around 200 B.C.*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1971, p. 114; LAMBRINI, Paola «Il ruolo della *fides* nei fenomeni aggregativi in Roma antica», *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli-Jovene 2019, 73-87; MILANI, Mattia, «*Amicitia* e *societas*», *European Legal Roots. The International Network of Legal History and Comparative Law*, 2020, Disponible online en <http://europeanlegalroots.weebly.com> (fecha de la última consulta: 20/06/2022), con abundante bibliografía en torno al tema en notas 42 y ss.

⁷⁷ El iter evolutivo viene así descrito por SERRAO, Feliciano, «Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in Diritto romano», *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 5, Milano, 1971, p. 765, nt. 58: «Ove si noti che l'antico *consortium erecto non cito* era dovuto scomparire per tempo già all'apogeo della repubblica, che la società universale poteva corrispondere alle esigenze di economie modeste o comunque aliene dalle grandi imprese industriali o commerciali, e che, infine, le società generali (quali, ad es., le società *universorum quae ex quaestu veniunt* di cui è un esempio in D. 17,2,7 di Ulpiano, l. 30 *ad Sab.*)

es imprescindible, de modo que, si un socio se dirige judicialmente contra otro, la *societas* se disuelve, igual que no continúa ésta entre los herederos de los socios, o no se extiende al asociado del socio. Además, la salida de uno de los socios (por muerte, *capitis deminutio, renuntiatio*) es causa de disolución de la sociedad⁷⁸.

Que la disciplina de la *societas* pudiera haber influido en la nueva concepción del interés común y la voluntad de la mayoría que priman en un concepto más orgánico del condominio postclásico-justiniano, es una afirmación que no se puede descartar del todo⁷⁹. De ahí la existencia de una *affectio communionis* paralela a una *affectio societatis*, de la que habla un escolio a Basílicos 12,1,31⁸⁰, aparte de imprecisas expresiones como “*incidimus in communionem*” o “*societatem coire re posse*”, que la doctrina ha demostrado de naturaleza tardía⁸¹.

No obstante, la inexactitud de dicha terminología, junto con el empleo indistinto e impreciso en las fuentes, fundamentalmente -como hemos podido constatar- del

costituivano una sottospecie delle società universali da cui derivarono, facilmente si comprende come la società di rilievo nella vita industriale e commerciale, almeno dal II secolo a. C. in poi, fossero proprio le società particolari, cioè quelle che Gaio (3.148) chiama *unius alicuius negotii*. Sin duda el fenómeno societario en la cultura jurídica romana no se agota en un *genus*, sino que comprende, como una imagen caleidoscópica, pluralidad de formas. Lo que hace difícil una disciplina unitaria. Incluso la sociedad consensual se articula en múltiples figuras determinadas por los más variados factores: objeto, finalidades, reparto de beneficios y pérdidas, participaciones sociales, actividad llevada a cabo, obligaciones recíprocas, causas de extinción... en una increíble capacidad de adaptación del genio jurídico romano a las transformaciones económicas y sociales. En este sentido, vid. la reciente monografía de ARNESE, Aurelio, ‘*Societas*’. *Idee e assetti d’interesse nell’esperienza giuridica romana*, Edizioni scientifiche italiane, Milano, 2021.

⁷⁸ Vid. GUARINO, Antonio, «*Dissensus sociorum*», *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 5, Milano, 1971, 135-149.

⁷⁹ BIANCHINI, Mariagrazia, *Studi sulla societas*, cit., pp. 111 ss. En ocasiones, los respectivos contextos se confunden. Un ejemplo es el régimen del *paries communis*. Ulpiano -refiriéndose a una opinión de Mela- (Ulp. 31 *ad ed.* D. 17,2,52,13) considera ejercitable la *actio pro socio* por parte del copropietario de la pared común contra el otro copropietario que *immitti non patiatur*. *Item Mela scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi craticium parietem inter se aedificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum immitti non patiatur, pro socio agendum. idemque et si aream in commune emerint, ne luminibus suis officeretur, et alteri tradita sit nec praestet alteri quod convenit, pro socio actionem esse*. PALMA, Antonio, «Note sul *paries communis* tra conflitto e cooperazione», *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, 5, BOE, 2021, p. 652. Disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-50064900656 (Fecha de la última consulta: 10/06/2022), justifica, acertadamente, la aplicación de la acción de la sociedad en este texto de la siguiente manera: «Si può allora pensare che l’*actio pro socio* sia stata concessa da Mela proprio per il carattere pattizio della *communio* realizzata intorno al *paries*, poiché il *pactum* determinò il nascere di una sorta di comunità tra i condomini, con reciproci obblighi di correttezza e trasparenza: il vincolo societario era in effetti concepito come contiguo a quello parentale, con analoghe caratteristiche solidaristiche».

⁸⁰ HEIMBACH, Karl Wilhelm Ernst, *Basilicorum Libri*, Leipzig 1833-1870, I, 740.

⁸¹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, «*Societas re contracta e communio incidens*», cit., pp. 357 ss. Cf. EIN, Ernst, «Le azioni dei condomini», cit., pp. 76 ss.; FREZZA, Paolo, «*Actio communi dividundo*», cit., pp. 3 ss.; 108 ss.

término *societas*, no puede generar ninguna duda sobre la concepción de la genuina naturaleza consensual de la sociedad y el carácter real del condominio que tuvieron los juristas romanos de todas las épocas⁸².

⁸² En definitiva, como pone de manifiesto FREZZA, Paolo, «Recensión a V. Arangio-Ruiz, *Societas re contracta e communio incidens*, *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1934», en *SDHI*, 1,1935, p. 193: «... il pensiero dei bizantini in tema di *communio incidens* è orientato in una duplice direzione: 1) staccare la *communio* dalla *societas*, creando la categoria delle *res communes sine societate*; 2) sistemare i casi di *communio* sotto la categoria del quasi-contratto».