

COMMUNIO Y SOCIETAS: NATURALEZA JURÍDICA Y CORRELACIÓN EN LAS FUENTES ROMANAS

Por

MARÍA SALAZAR REVUELTA
Universidad de Jaén

msalazar@ujaen.es

Revista General de Derecho Romano 38 (2022)

RESUMEN: Se analizan las fuentes jurídicas en las que los términos *communio* y *societas* aparecen confundidos y que han llevado a la doctrina a extender el régimen jurídico de la sociedad consensual al condominio y viceversa. Además de un posible origen común en el *consortium ercto non cito*, ambas figuras jurídicas evolucionarán al compás del desarrollo económico y social que tiene lugar a partir de época republicana. Lo que obligará a los juristas republicanos, y posteriores, a plantearse su disciplina jurídica. Si bien la existencia en el Edicto de fórmulas diferentes, para las *actiones* de división y la *actio pro socio*, delimitará su respectiva naturaleza jurídica.

PALABRAS CLAVE: *Societas; socius; communio; consensus; affectio societatis; consortium ercto non cito; actio familiae erciscundae; actio communi dividundo; actio pro socio; communio cum societate; communio sine societate; communio incidens; societas omnium bonorum; societas unius rei; societas alicuius negotiationis; legis actio per iudicis arbitrive postulationem; iudicium bonae fidei.*

SUMARIO: I. Punto de partida.- II. Orígenes comunes: el *consortium ercto non cito*. Análisis de Gayo III,154- III. Confusión en la terminología jurídica y precisión jurisprudencial en el plano procesal.- IV. Problemática derivada de la expresión *societas re contracta*.- V. Evolución de las instituciones estudiadas y delimitación de su esencia jurídica.- VI. Referencias bibliográficas.

COMMUNIO & SOCIETAS: LEGAL NATURE AND ROMAN SOURCE CORRELATION

ABSTRACT: Analysis of the legal sources in which the terms *communio* & *societas* appear confused, and which have led the doctrine to extend the legal regime of the consensual society to the *condominium* and vice versa. In addition to a potential common origin attached to *consortium ercto non cito*, both legal institutions evolve in the context of social and economic development as of the republican age. Thus, making republican jurists and subsequent generations to reflect on its discipline. Nevertheless, as the Edict permitted different formulas for division actions and *actio pro socio*, these will determine their respective legal nature.

KEY WORDS: *Societas; socius; communio; consensus; affectio societatis; consortium ercto non cito; actio familiae erciscundae; actio communi dividundo; actio pro socio; communio cum societate; communio sine societate; communio incidens; societas omnium bonorum; societas unius rei; societas alicuius negotiationis; legis actio per iudicis arbitrive postulationem; iudicium bonae fidei.*

I.- PUNTO DE PARTIDA

Gayo 3,135 encuadra, sin reservas ni género de dudas, la *societas* entre las *obligationes consensu contractae*¹. Nada dice al respecto sobre la *communio*. La diferencia entre ambas figuras jurídicas es manifiesta -como observaremos- en las fuentes jurídicas extraídas del *Corpus Iuris*. Dicha diferencia se sustenta, fundamentalmente, en el elemento de la voluntariedad y la finalidad común, impulsada por una *affectio societatis*, que define los contornos de la sociedad y que no se observa en la *communio*, así como en el prevalente carácter personal que se percibe en las relaciones jurídicas entre los socios y el real que liga entre sí a los comuneros (excepción hecha de la aplicación tardía para *impensae*, *damni* y otras utilidades de la *actio communi dividundo*, *manente communione*).

¿Por qué, entonces, la doctrina romanística no ha sido pacífica en torno a la distinción de la naturaleza jurídica de ambas instituciones? Existen opiniones que aseveran la naturaleza contractual de la *communio* o mantienen la extensión de la *actio pro socio* a los condóminos como tales². Incluso, quien ha visto en el Gayo de Antinoópolis la confirmación explícita de la definición contractual del condominio³. Todavía más lejos se llega cuando se afirma la identificación a partir del siglo II d. C. entre *communio* y

¹ MAYER-MALY, T., “*Divisio obligationum*”, *The Irish Jurist*, 2, 1967, pp. 375 ss.; CANNATA, C. A., “*Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*”, *IURA: Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 21, 1970, pp. 52 ss.; KASER, M., “*Divisio obligationum*”, en STEIN, P.- LEWIS A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, Sweet & Maxwell, London, 1983, pp. 73 ss.; DE LOS MOZOS TOUYA, J. J., “La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las Instituciones de Gayo y de Justiniano y su valor sistemático en el moderno derecho civil”, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 6, 1994, pp. 103 ss.; GUZMÁN BRITO, A., “El carácter dialéctico del sistema de las *Institutiones de Gayo*”, en CARVAJAL (ed.), *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pp. 427 ss.; FALCONE, G., “*Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*”, en CAPOGROSSI-COLOGNESI, L. CURSI F., (eds.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010), Jovene, Napoli, 2011, pp. 17 ss.; BRUTTI, M., “*Gaio e il ius controversum*”, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 55, 2012, pp. 75 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*⁵, Iustel, Madrid, 2012, pp. 553 ss.

² Vid. estas opiniones doctrinales en VOGLI, P., *La dottrina romana del contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 1946, p. 207; KASER, M., “*Neue Literatur zur societas*”, *SDHI*, 41, 1975, pp. 278 ss. Más recientemente, DROSDOWSKI, Th., *Das Verhältnis von ‘actio pro socio’ und ‘actio communi dividundo’ im klassischen römischen Recht*, Duxner & Humblot, Berlin, 1998, pp. 162 ss.; MEISSEL, F. S., “*Zur Konkurrenz von actio pro socio und actio communi dividundo*”, *Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies*, 5, 1999, pp. 15-47; STARACE, P., *Sulla tutela processuale del communiter gerere. Intorno a D. 17,2,62*, Cacucci Editore, Bari, 2015, en especial pp. 85 ss.

³ ARANGIO-RUIZ, V., “*Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*”, *BIDR*, 42 n. s. 1, 1934, pp. 571-624; ALBERTARIO, E., “*I nuovi frammenti di Gaio (PSI. XI Nr. 1182)*”, *Studi di diritto romano*, 5, *Storia. Metodologia, Egesis*, Milano, 1937, p. 472.

sociedad consensual y la extensión, en un determinado momento, de la disciplina de esta última a la *communio incidens*⁴. A ello se suman interpretaciones, no sin imprecisiones, de la ambigua expresión '*societas re contracta*' como una alusión en las fuentes a la *communio*⁵. Este confusionismo doctrinal ha sido favorecido, en parte, por el uso promiscuo que se hace en las fuentes de los términos *socii* o *societas* para aludir tanto a la sociedad, como a los casos de simple comunidad de bienes. Asimismo, no podemos soslayar la conexión que existe en los orígenes de ambas figuras a través del estudio del *consortium ercto non cito*; lo que ha llevado a algunos a esgrimir una afinidad en su estructura⁶. No obstante, pese a las conexiones necesarias surgidas del normal decurso de las relaciones económicas y sociales, no podemos sostener -a través del análisis de las fuentes jurídicas al respecto- una equiparación entre dichas figuras en el tratamiento conceptual y sistemático de los juristas⁷.

II.- ORÍGENES COMUNES: EL CONSORTIUM ERCTO NON CITO. ANÁLISIS DE GAYO III,154

La comunidad de bienes primitiva, que había encontrado su origen dentro del grupo familiar, estará llamada a adaptarse a las transformaciones socio-económicas y políticas que marcan los siglos III y II a. C. Indudablemente, la expansión territorial, el desarrollo comercial y la apertura de una sociedad agrícola al tráfico jurídico complican la simplicidad de las relaciones arcaicas, circunscritas al ambiente familiar y gentilicio. En este cuadro histórico, cuyos contornos se pueden vislumbrar después de la Segunda Guerra Púnica, la crisis de la antigua organización consorcial era inevitable.

Hasta entonces, la indivisión solo había tenido por objeto, normalmente, las rentas familiares. Ahora, en el curso de estos siglos, tiene que abrirse a nuevos campos de aplicación. Junto a las agrupaciones familiares que subsisten, otras formas se van configurando, en las que el objetivo no es el mantenimiento del patrimonio hereditario y la estructura de la familia, sino un interés común estrictamente económico-comercial. Surgen otras formas de indivisión, limitadas a ciertos bienes, resultantes de ventas,

⁴ PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, vol. 2, 2ª ed., Roma, 1928.

⁵ Cf. ARANGIO-RUIZ, V., "*Societas re contracta e communio incidens*", *Studi Riccobono*, 4, Palermo, 1936, pp. 357-395 [= *Scritti di diritto romano*, 3, Camerino, 1977, pp. 27-65].

⁶ VOICI, P., *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 208; TALAMANCA, M., *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. 58.

⁷ En esta línea, Gayo 7 *ad ed. prov.* D. 10,3,2 pr. distinguirá netamente ambas figuras bajo las expresiones *communio cum societate* y *communio sine societate: Nihil autem interest, cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu locus est communi dividendo 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.*

donaciones, legados o relaciones de vecindad urbana, etc. Asimismo, la exigencia de unir patrimonios diferentes hacia un fin común no puede materializarse más que a través del recurso a la relación contractual societaria.

El antiguo *consortium ercto non cito* contendría en sí las funciones de ambas instituciones: *communio* y *societas*. Destinado a desaparecer en el marco económico-social del sistema jurídico republicano, su supervivencia se observa en la parte oriental, dado el clima patriarcal del campo y de las familias rurales más apegadas a la tradición, a pesar de los intentos reiterados de los emperadores romanos de extinguirlo⁸.

Ahora bien, el *consortium* primitivo, como *consortium inter fratres*, no va a desembocar en la categoría de la sociedad contractual, sino que su evolución vendrá motivada por determinadas situaciones de hecho que implican comunidad de bienes (voluntarias o no) y que, posteriormente, en época postclásica, se integrarán en el ámbito jurídico de los cuasicontratos bajo la denominación de '*communio incidens*'.

No obstante, se sostiene que dicha evolución histórica que experimenta el *consortium ercto non cito* hacia el condominio parciario se acentúa con la aparición cada vez mayor de los vínculos asociativos, propiciados por las nuevas necesidades económicas bajo el paraguas del *Ius Gentium*. 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 las nuevas relaciones jurídicas⁹.

Bajo estas premisas, podemos sostener que cuando Gayo 3, 154 a) ¹⁰ alude al *consortium* como "*aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum*" o "*legitima simul et naturalis societas*"¹¹, no está usando la palabra *societas* como sinónima de la *societas* consensual del *Ius Gentium*, que ha mencionado expresamente en el párrafo anterior

⁸ WESTRUP, C. W., "Joint family and family property", *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, 1, Padova, 1934, pp. 143 ss.; ALBERTARIO, E., "Appunti sul consorzio familiare romano", *Rivista di Diritto Commerciale*, 32, 1934, pp. 227 ss.; DE FRANCISCI, P., "La comunità sociale e politica romana primitiva", *SDHI*, 22, 1956, pp. 62 ss.; BRETONE, M., "*Consortium e communio*", *Labeo*, 6, 1960, pp. 163 ss.; BIANCHINI, M. G., *Studi sulla societas*, Milano, 1967, pp. 8 ss.

⁹ Al respecto vid. BIANCHINI, M. G., "*Societas iuris gentium e societas iuris civilis tantum*. Interrogativi in sospenso", *Annali Facoltà di Giurisprudenza Genova*, 1, Giuffrè Editore, Milano, 1972, pp. 92-118.

¹⁰ NELSON, H.L.W., "Die textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente", *Ius Romanus. Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, 1, Leiden, 1968, pp. 135-180; TONDO, S., "Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica", *SDHI*, 60, 1994, pp. 601 ss.; GONZÁLEZ ROLDÁN, Y., "*Gai Institutiones. Commentarius Tertius*. Instituciones de Gayo. Comentario Tercero", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 29, 2005, pp. 302-303.

¹¹ *Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas 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.*

(Gayo 3,154)¹², sino para hacer referencia a la más primitiva forma de *communio* y contraponerla, a renglón seguido, con otras formas de condominio donde no existe responsabilidad solidaria de los consortes, ni la comunión se extiende a las futuras adquisiciones de los mismos (Gayo 3,154 b)¹³.

La doctrina mayoritaria argumenta de la siguiente manera: si Gayo, en D. 10,3,2¹⁴ habla de *societas* como sociedad consensual y la distingue del condominio, no podría haber sostenido una opinión diferente en las Instituciones¹⁵. 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 civilis*, para el *consortium* entre *sui*; *iure gentium*, para la *societas*.

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 vindicatum pluribus legata*), regulado en base a la idea de la cuota. El derecho sobre la cuota se traduce necesariamente en disponibilidad *pro parte* de la propia cuota. 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. Gayo contrapone, así, el primitivo *consortium* al creado *ad exemplum* de éste, *inter alii*. De forma que aquel terminará por desaparecer, evolucionando hacia dos instituciones diferentes para cumplir dos funciones distintas: por un lado, la simple comunidad de bienes y, por otra, la sociedad universal de bienes (*societas omnium bonorum*) basada en el consenso e, igualmente, en el principio de la disponibilidad *pro parte*. Se satisfacen, así, nuevas necesidades socio-económicas que surgen como consecuencia del

¹² *Item si cuius ex sociis bona publice aut priuatim uenierint, soluitur societas. sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

¹³ *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. in hac autem societate fratrum ceterorumue, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat). Vid. TORRENT, A., "Consortium ercto non cito", *AHDE*, 34, 1964, 482. Cf. BRETONNE, M. "Consortium e *communio*", cit., p. 482.*

¹⁴ Vid. supra nota 7.

¹⁵ Por todos, VOGLI, P., *La dottrina romana del contratto*, cit., pp. 218-219.

desarrollo comercial y a las que el antiguo *consortium* no puede dar una respuesta adecuada¹⁶.

Choca, entonces, el empleo en los textos gayanos de la palabra *societas* para aludir tanto al *consortium*, como a la *communio sine societate*. La explicación puede 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 consensual¹⁷. 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 terminología comúnmente conocida y admitida en su época, con un valor más vulgar que jurídico¹⁸. En cualquier caso, se trata de un significado poco técnico e impreciso de la locución usada por el mencionado jurista.

Se podría invocar, no obstante, contra este argumento un fragmento sobre la *societas*, extraído de los comentarios de Ulpiano al Edicto, que recoge un *responsum* de Papiniano y que los compiladores sitúan en el libro del Digesto sobre la sociedad. El texto es el siguiente:

D. 17,2,52,6 (Ulp. 31 *ad ed*): *Papinianus quoque libro tertio Responsorum ait: si fratres parentum indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quaesierint in commune non redigetur.*

A simple vista, parece que Papiniano está confundiendo sociedad consensual con *consortium* entre herederos (*si fratres parentum indivisas hereditates ideo retinuerunt*). Pero un examen más cuidadoso del texto despeja las dudas. La comunidad familiar, que está en el origen del *consortium* primitivo, implicaba la puesta en común de todas las ganancias y las pérdidas de los *fratres*. Tanto sus adquisiciones, como sus deudas, llegaban a confundirse en el patrimonio común. Ahora bien, aquí Papiniano habla sólo de indivisión sobre los bienes de la herencia, mientras que las adquisiciones realizadas más

¹⁶ WIEACKER, F., ‘*Societas*’. *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, 1, Weimar, 1936, p. 168; KRELLER, H., *Römisches Recht. Grundlehren des Gemeinen Rechts*, Wien, 1950, pp. 363 ss.; GUARINO, A., *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 *communio* 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.

¹⁷ WIEACKER, F., *Ibid.*, pp. 116 ss. Igualmente, FERRINI, C., *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. Cf. ARANGIO RUIZ, V., “*Societas re contracta e communio incidens*”, *cit.*, p. 373.

¹⁸ VOGLI, P., *La dottrina romana del contratto*, *cit.*, pp. 217 y 221.

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*¹⁹. Además, la frase: *ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent*, revela la existencia de un especial elemento voluntario²⁰.

Un poco más adelante, Papiniano en el mismo libro, se expresa de la siguiente manera:

D. 17,2,52,8 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Idem Papinianus eodem libro ait, si inter fratres voluntarium consortium initium fuerit, et stipendia ceteraque salaria in commune redigi iudicio societatis, quamvis filius emancipatus hace non cogatur conferri 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 expresión ambigua 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. Mientras el *consortium* primitivo se formaba automáticamente, como pleno derecho, a la muerte del *pater*, *voluntarium consortium* para Papiniano no es más que una sociedad formada por la manifestación de la voluntad de las partes.

III.- CONFUSIÓN EN LA TERMINOLOGÍA JURÍDICA Y PRECISIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL PLANO PROCESAL

El mismo Quinto Mucio Escévola, a pesar de los intentos clasificatorios que encontramos en sus *libri Iuris Civilis*²¹, trata al mismo tiempo la indivisión familiar y la voluntaria *societas*²². Es significativo, al respecto, el siguiente texto de Pomponio, quien sí se refiere a ellas en libros diferentes de los comentarios *ad. Quintum Mucium* (XXXV y XXXVI, respectivamente):

¹⁹ *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: "Etiam si maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesierit, id ad communionem non pertinere explorati iuris est"* (Ulp. 31 *ad. ed.* D. 17,2,52,5).

²⁰ BRETONE, M., "Consortium e *communio*", cit., p. 209.

²¹ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "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.

²² Libro XIV,7-8 (*De societate*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, Volumen Prius [I], Lipsiae, 1889, p. 758.

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 coëunda respondendum est, tu, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.*

Interpolado o no²³, el sentir del jurista no puede ser entendido de otra forma que: si hay disenso en la constitución de la sociedad, ésta no surge, porque se funda en el consentimiento. La proposición de relativo descansa en el presupuesto básico del *consensus*²⁴.

Evidentemente, el acercamiento sistemático con el que Quinto Mucio Escévola contempla estas instituciones no significa que ignorase la distinción esencial entre ambas. Prueba de ello es otro testimonio del mismo jurisconsulto sobre el concepto de sociedad leonina, referido por Sabino y recogido en 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.

Si bien en el fragmento no se hace referencia expresa a un *contractus societatis*, sí alude a éste como causa obligatoria típica²⁵. Lo que se deduce de las expresiones: *posse societatem ita contrahi; potest coiri societas ita; quod reliquum in societate sit.*

El hecho de que Quinto Mucio Escévola conociera perfectamente la diferencia entre ambas figuras se puede apoyar también en el testimonio de Cicerón, *pro Quinct.* 24,76: *Cum eo tu voluntariam societatem coibas qui te in hereditaria societate fraudarat...?*, donde al oponer *voluntaria societas* a *hereditaria societas* está revelando, como retórico, una oposición ya conocida por los juristas de su época y anteriores, como Quinto Mucio,

²³ RICCOBONO, S., "La formazione della teoria generale del *contractus* nel periodo della giurisprudenza classica", en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, 1, Giuffrè Editore, Milano, 1930, pp. 123 ss.

²⁴ Igualmente, Gai 3,151: *At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur.* D. 17,2,65,3 (Paul. 32 ad ed.): *Diximus, dissesnsu solvi societatem;* D.17.2.64 (Call. 1 Quaest.): *Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur.*

²⁵ COCH ROURA, N., *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 95.

cuya influencia se dejaría sentir en los alegatos ciceronianos²⁶. Así también se expresa el orador en *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.

Ciertamente, la correlación entre *communio* hereditaria y *societas* no es fruto de la mera especulación ciceroniana. Más bien revela la plena consciencia que los juristas romanos tenían de ambas instituciones, sus diferencias y sus influencias recíprocas.

En esta línea, el libro III de los *Digesta* de Alfenio Varo viene consagrado a la *societas* en sentido estricto del término²⁷. Más imprecisas resultan las *Epistulae* de Próculo, ya que son reuniones de *responsa* y *quaestiones* que no arrojan mucha luz. No obstante, cuando aluden a la *societas*, es la sociedad convencional, sancionada con la *actio pro socio* la que emerge.

Cabe, entonces, afirmar que los primeros jurisconsultos tendrán clara la diferencia entre *communio* y *societas*, incluso cuando el estudio de ambas figuras jurídicas en una misma parte de sus obras la haga menos aparente.

Ya, a partir del siglo II, la distinción se observará con absoluta claridad. Dicha precisión 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.

Así, Celso tratará en el libro V de sus *Digesta* de la acción *familiae erciscundae* y en el VII de la *pro socio*²⁸. Por su parte, si bien Pomponio había dedicado sucesivamente a la indivisión hereditaria y a la sociedad dos libros de sus comentarios *ad Q. Mucium* y los libros XII y XIII *ad Sabinum*²⁹, en los comentarios al Edicto consagra un estudio especial a la acción *familiae erciscundae*³⁰. Juliano, en sus *Digesta*, también considera las acciones de partición en el libro VIII, mientras que la acción *pro socio* es tratada en el

²⁶ Para un análisis de los mismos vid. ROBY, H. J., *Roman Private Law. In the times of Cicero and of the Antonines*, vol. 2, Cambridge University Press, 1902, pp. 128 ss.

²⁷ Libro III,50 (*Pro socio*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 46.

²⁸ Libro V,33-34 (*Familiae erciscundae*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 133; Libro VII, 69-71 (*Pro socio*), LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 139.

²⁹ *Ad Q. Muc.* lib. XXXV,315; XXXVI,316 (*De societate*); *ad Sab.* lib. XII, 577; XIII, 578-593 (*De societate*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis, volumen alterum* [II], Lipsiae, 1889, pp. 77-76; pp. 115-117.

³⁰ STOLFI, E., *Studi sui Libri ad Edictum di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, LED Edizioni Universitarie, Milano, 2001, pp. 222 ss.

libro XIV³¹. La misma distinción viene hecha por Marcelo en sus *Digesta*³² y por Gayo en sus comentarios *ad edictum provinciale*³³. Precisamente, dos textos de estos comentarios gayanos serían suficientes para probar la diferencia que, en su pensamiento, existía entre la sociedad y la *communio*. El primero, recogido en D. 10,3,2 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*) contrapone los supuestos en que una cosa es común *cum societate* a aquellos *sine societate*. Con estas expresiones destaca, de una forma clara, la distinción entre las dos situaciones jurídicas.

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.

La misma oposición se encuentra en el libro X donde, a propósito de la sociedad, Gayo declara que, en ciertos casos, se deben intentar acciones de partición y no la *pro socio*.

D. 17,2,34 (Gai 10 *ad ed. prov.*): *Quibus casibus, si quid forte unus in eam rem impenderit, sive fructus mercedesve unus perceperit, vel deteriorem fecerit rem, non societatis iudicio locus est; sed inter coheredes quidem familiae erciscundae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo. Inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi.*

Para Gayo la *actio familiae erciscundae* compete cuando existe indivisión entre coherederos, mientras que la *communi dividundo* está reservada a otros casos. Afirma, además, que en estas hipótesis la acción *pro socio* no puede ser ejercitada. Respecto a la expresión *quibus casibus* no se sabe exactamente cuáles eran. La razón de la misma puede estar en que ha sido introducida por los compiladores para relacionar el texto con los fragmentos precedentes.

De ello da noticias también Gayo 3,149 refiriéndose en concreto a la opinión de Quinto Mucio:

Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem

³¹ Libro VIII, 112-117 (*Familiae erciscundae*); VIII, 118-122 (*Communi dividundo*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 334-335; 357-358. Libro XIV, 233-237 (*Pro socio*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 357-358.

³² Libro V,35 (*Familiae erciscundae*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 595. Libro VI,65-67 (*De societate*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 599-600.

³³ Libro VII, 189-195 (*Familiae erciscundae*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 206-207; Libro VII, 196-198 (*Communi dividundo*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 207. Libro X, 233-237 (*Pro socio*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 214-215.

lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse censuit.

Una de las posibles causas del establecimiento de analogías entre ambas figuras por parte de la doctrina romanística, se debe a la introducción en los juicios divisorios de las cláusulas relativas al régimen sobre el resarcimiento de daños y perjuicios o el reparto de ganancias y pérdidas respecto del patrimonio o bien común. Tanto la *actio familiae erciscundae*, como la *actio communi dividundo* no habrían tenido, en su primera estructura formularia, cláusulas relativas a la condena por reembolso de adquisiciones, resarcimiento de daños, etc. Solo en un momento sucesivo estas cláusulas se habrían añadido a la función principal y exclusivamente divisoria³⁴. Por el contrario, en el *iudicium pro socio* la determinación de las prestaciones personales recíprocas entre socios aparece *ab initio*. Algunos autores³⁵ sostienen que dicho régimen que regula las *praestationes* viene transportado de la *societas* al condominio. Pese a posibles influencias, esta postura no puede esgrimirse de forma absoluta, dado que -como se deduce de Gayo 4,17 a)- la *actio communi dividundo*, en la forma de *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, se habría introducido ya desde la *lex Licinnia*, probablemente en el siglo III a. C.³⁶, mientras que la *actio pro socio*, como *iudicium bonae fidei*, es posterior a ésta. Salvo algunas reglas -como la necesidad de insertar en la fórmula las *exceptiones doli* o *pacti*-, el *arbitrium* del Derecho clásico contaba ya con las ventajas del *iudicium bonae fidei*³⁷. Además, solo a partir del Derecho de Justiniano

³⁴ Al respecto vid. en la doctrina más remota GEIB, O., *Die rechtliche Natur der actio communi dividundo*, H. Laupp, Tübingen, 1882, pp. 3 ss. Más recientemente, SALAZAR REVUELTA, M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Jaén, 2003, pp. 148 ss.

³⁵ VOCI, P., *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 228.

³⁶ Gai 4,17 a: *Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII Tabularum de eo quod ex stipulatione petitur; eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur, statim arbiter petebatur. Vid., también, D. 4,7,12 (Marc.14 Inst). FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos", *Revista de Derecho UNED*, 7, 2010, pp. 298-299.*

³⁷ 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 *arbiter* 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, F., "La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio", *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970, pp. 479 ss.; HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, p. 279 ss.; BLANCH NOUGUÉS, J. M., "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, A., "De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei civiles*",

podemos hablar del carácter mixto de las acciones divisorias y de su consideración como acciones de buena fe, dada la práctica postclásico-justiniana tendente a agrupar en clasificaciones los diversos tipos de acciones y, más particularmente, de extender el dominio de las acciones *bonae fidei*³⁸. La reforma bizantina se presenta como una novedad teórica, más que una transformación profunda en las acciones de división³⁹.

Teniendo en cuenta el carácter práctico de la jurisprudencia romana y su tendencia a simplificar los remedios procesales a disposición de los *cives*, no se comprendería la evolución del *iudicium communi dividundo* hacia la tutela de las *praestationes* personales entre los comuneros, si éstas hubieran podido ser requeridas por la *actio pro socio*. Tampoco tendrían explicación los numerosos fragmentos jurisprudenciales en los que se mencionan las acciones divisorias (*communi dividundo* y *familiae erciscundae*) como sancionadoras de las pretensiones personales de los condueños, cuando sería más idónea y eficaz la acción de la sociedad, que no implicaba la división de la cosa común⁴⁰. La fórmula del *iudicium communi dividundo* comprendía junto con la *audicatio*, una *condemnatio* necesaria para atribuir al juez el poder de condenar en dinero cuando no fuera posible la división material de la cosa. De esta función originaria, la *condemnatio* pasaría sucesivamente a resolver las controversias sobre el reparto *manente*

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, 14-15-16 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 histórica del arbitraje moderno: concordancias entre la ley 60/2003, de arbitraje y el derecho arbitral griego y romano*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 51-73.

³⁸ I. 4,6,20: *rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare*; C. 3,36,9: *quum familiae erciscundae titulus inter bonae fidei iudicia numeretur*; C. 3,338,3: *quia in bonae fidei iudiciis est*; D. 10,3,4,2: *hoc iudicium (communi dividundo) bonae fidei est*; D. 10,3,14,1: *aequitate ipsius iudicii (communi dividundo)*; D. 10,3, 24: *quia bonae fidei convenit*. Vid. LENEL, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2ª ed., Leipzig, 1907, pp. 200-20; BIONDI, B., "L'elenco classico dei *iudicia bonae fidei*", *AUPA*, 7, 1920, pp. 220 ss.

³⁹ Hay quien remonta a Ofilio y Alfenio e, incluso, a su maestro común, Servio, el uso de las acciones de división para determinación de las *praestationes*. También, quien observa esta función en tiempos de Labeón. La discusión está en situar la posibilidad de su exigencia en el procedimiento formulario o bien, con anterioridad, en el de las acciones de la ley. Sobre este punto no es posible dar una respuesta firme. Nada, sin embargo, se opone para conjeturar que, desde su aparición, la fórmula de dichas acciones -siguiendo el modelo de *iudicis postulatio*- comprendiera ambos objetos: partición de la *res communis* y *praestationes*. Si bien, en un principio, no podría ser posible la primera sin el concurso de la segunda. Sobre la cuestión vid. GAUDEMET, J., *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, Paris, 1934, pp. 315-317; SALAZAR REVUELTA, M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, cit., pp. 152 ss.; p. 176.

⁴⁰ TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., pp. 62-63; DROSDOWSKI, Th., *Das Verhältnis von 'actio pro socio' und 'actio communi dividundo'*, cit., pp. 32 ss.

communione entre los condueños de *impensae*, *damna* o *fructus*, en relación a las cosas comunes⁴¹.

Indudablemente, la existencia en el Edicto de fórmulas distintas para las acciones de división de la cosa común y la acción propia de la sociedad⁴² obligará a los jurisconsultos clásicos a delimitar la naturaleza jurídica de ambas instituciones: *communio* y *societas*.

Así, Papiniano separa 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 IX⁴³. Del mismo modo, la *actio familiae erciscundae* es expuesta en el libro II de sus *Responsa* y la sociedad en el libro III⁴⁴.

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 libro⁴⁵. Pero, en los *libri ad Edictum* se refleja la separación hecha en el Edicto entre los dos grupos de acciones⁴⁶. En otras obras como sus *Quaestiones*⁴⁷, *Responsa*⁴⁸, *libri ad Plautium*⁴⁹ o *Sententiae*⁵⁰, libros también diferentes se consagran a la *communio* y a la sociedad. Ello testimonia la influencia del plan del Edicto en las obras clásicas.

⁴¹ DONATUTI, G., "La *communio incidens* come causa obbligatoria", *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, pp. 134 ss. observa la aplicación del *iudicium familiae erciscundae* y el *communi dividundo* para las *praestationes* desde época clásica, en vía útil, en base a D. 10,3,6,1 (Ulp. 19 ad ed.); D. 10,3,11 (Gai. 7 ad ed. prov.); D. 10,3,14,1 (Paul. 3 ad Plaut.).

⁴² LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, cit., pp. 200-206 y pp. 287-289; MANTOVANI, D., *Le formule del proceso privato romano*, 2ª ed., Padova, 1999, p. 54.

⁴³ Libro VII, 134-138 (*Familiae erciscundae*); Libro VII, 139-140 (*Communi dividundo*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 824-825; 825. Libro IX, 171 (*De societate*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 831-832.

⁴⁴ Libro II, 436-439 (*Familiae erciscundae*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 889. Libro III, 464-465 (*De societate*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 893-894.

⁴⁵ Libro VI, 1728-1741 (*De societate et communione*). LENEL, O., *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.

⁴⁶ Libro XXIII, 380-392 (*Familiae erciscundae*); Libro XXIII, 393-396 (*Communi dividundo*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1014-1016; 1016-1017. Libro XXXII, 492-501 (*Pro socio*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1031-1033.

⁴⁷ Libro II, 1290-1292 (*De iudiciis divisoriiis*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1185-1186. Libro IV, 1320-1321 (*Pro socio*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 1194.

⁴⁸ Libro III, 1470-1471 (*Familiae erciscundae*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, p. 1227.

⁴⁹ Libro III, 1086-1089 (*De iudiciis divisoriiis*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1150-1151.

⁵⁰ Libro I, 18 (*Familiae erciscundae*); II, 16 (*Pro socio*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pp. 1227.

Por lo que se refiere a otro jurista contemporáneo de Paulo, Ulpiano, éste estudia la sociedad y la indivisión en el libro XXX *ad Sabinum*⁵¹, pero incluso aquí es fácil aislar los textos consagrados a la indivisión o *communio* de los relativos a la sociedad, percibiendo yuxtaposición entre dichas instituciones⁵². Inversamente, los *libri ad Edictum* desconectan claramente las acciones divisorias (libro XIX) de la acción *pro socio* (libro XXXI)⁵³. Por último, en obras como las *Disputationes* y las *Opiniones*, construidas sobre el plan de los *Digesta*, se habla de las acciones de partición (en los libros II y VI)⁵⁴. Los textos concernientes, en ambas obras, a la acción *pro socio* no nos han llegado.

Con todo, del Digesto se pueden extraer una serie de textos en los que el término *communio* apunta a una relación societaria. En concreto, D. 17,2,63,9 (Ulp. 31 *ad ed.*)⁵⁵ o D. 17,2,3,1 (Paul. 32 *ad ed.*)⁵⁶ emplean la palabra *communio* para indicar una *societas omnium bonorum*. 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*⁵⁷.

⁵¹ Libro XXX, 2738-2750 (*De societate et communione*). LENEL, O., *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.

⁵² Es significativo el texto recogido en D. 17,2,31 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Ut si pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedat. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta quum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, ítem si a duobus simul emta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri*; donde la expresión *incidimus in communionem* sea, probablemente, una alteración postclásica. Vid. TORRENT, A., "Notas sobre la relación entre *communio* y copropiedad", *Studi Grossi*, 2, 1968, p. 105.

⁵³ Libro XIX, 631-637 (*Familiae erciscundae*); Libro XIX, 638-641 (*Communi dividundo*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, II, pp. 533-537; 537-539; Libro XXXI, 917-929 (*Pro socio*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, II, pp. 625-629.

⁵⁴ *Ulpiani Disputationum*, Libro II, 40-41 (*De iudiciis divisorii*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, II, pp. 389-390. *Ulpiani Opinionum*, Libro VI, 2357 (*Familiae erciscundae*). LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, II, pp. 1012-1013.

⁵⁵ *Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet: an tamen pro socio iudicio communicari debeat cum herede socii, quaeritur. Et ait Iulianus sextum Pomponium referre Sabinum respondentem non communicari, et posse hanc sententiam defendi Iulianus ait: non enim propter communionem hoc adquisitum est, sed ob suam partem, nec oportet id communicari, quod quis non propter societatem, sed propter suam partem adquisierit.*

⁵⁶ *Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum communioni adquiretur.*

⁵⁷ TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., p. 85; Asimismo, GARCÍA LUDEÑA, M. T., *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), UNED, 2015, 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 01/04/2022). 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

Igualmente, en D. 17,2,52,5 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17,2,53 (Ulp. 30 *ad ed.*) y D. 17,2,67 pr. (Paul. 32 *ad ed.*) *communio* solo puede llegar a indicar la comunión de ganancias y pérdidas de los socios, que se encuentra ínsita en toda sociedad, sin aludir a la figura real en sí misma.

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

Así, fuera de la *sedes materiae* de la sociedad (D. 17,2 y C. 4,37), en un texto del Digesto del título referido al condominio se recoge una respuesta de Escévola que reza de la siguiente manera:

D. 10,2,39,3 (Scaev. 1 *Responsorum*): *Filius rei publicae debita, quae post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non potest, si non in omnibus socii essent, licet hereditatem paternam communem haberent et pater pro altero filio in patria magistratu functus decessit.*

El supuesto plantea un caso de indivisión hereditaria entre dos hermanos, una vez fallecido el *paterfamilias*. Uno de los hermanos ha contraído deudas con la administración pública (*rei publicae debita*) por el ejercicio de una magistratura. Este pretende su compensación con los gastos hechos por su padre antes de morir en base a una magistratura litúrgica que había ocupado en lugar del otro hermano. La respuesta del jurista es negativa: el hijo que después de la muerte del padre contrae deudas hacia la *Res publica* no puede computarlas a su hermano en razón de la cuota hereditaria, salvo que entre ellos hubiera una sociedad universal. En este sentido, podemos inferir cómo Escévola niega que el *habere hereditatem communem* conlleve una *societas* entre los *sui*.

Entre otros textos clásicos, podemos mencionar un comentario de Paulo a Sabino, probablemente interpolado. Se trata de D. 8,2,26 (Paul. 15 *ad Sab.*):

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

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

per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

En concreto, el texto está extraído del libro XV *ad Sabinum*, relativo a las servidumbres, y plantea la imposibilidad para el copropietario de invocar a su favor una servidumbre sobre el fundo común, mediante la afirmación del derecho a actuar *iure dominii*, ya que *nulli enim res sua servit*. Estaríamos, pues, ante un acto jurídico que implica alteración de la cosa común y, por tanto, entra en juego el régimen clásico del *ius prohibendi*, que prevalece sobre el *ius faciendi* del condómino que actúa *invito altero*⁵⁸. Se alude, a renglón seguido, a la *actio communi dividundo* ya que *immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit*. Y se ejemplifica su uso respecto al *socius* que quiera impedir que se haga la obra o retirar la obra que se hizo *invito altero* por otro condómino, siempre y cuando no convenga a toda la sociedad que se retire la obra. La frase final “*si modo toti societati prodest opus tolli*” parece constituir una interpolación: muestra una innovación justiniana hacia el interés objetivo de la mayoría, frente a la unanimidad exigida por el derecho clásico mediante el régimen de la *prohibitio*⁵⁹. En cualquier caso, estamos inequívocamente en el ámbito jurídico de la *communio*, de forma que el uso de la palabra *societas* en esta última frase, así como el de *socius* como sujeto legitimado al *iudicium communi dividundo*, no se hace en un sentido técnico-jurídico, sino más bien para subrayar la colectividad de los condueños.

Las mismas consideraciones podemos hacer respecto de las expresiones: *socius prohibendi ius habet; quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi* (Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8,2,27,1); *si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare* (Marc. 6 *Dig.* D. 8,5,11) o *sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest; si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur* (Pap. 7 *Quaest.* D. 10,3,28); *si ex sociis communis fundi unus arbores succiderit, socius cum eo hoc interdicto experiri potest* (Ulp. 71 *ad ed.* D. 43,24,13,3).

Otro 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

⁵⁸ SALAZAR REVUELTA, M. *Evolución histórico jurídica del condominio en el Derecho romano*, cit., pp. 134 ss.

⁵⁹ BONFANTE, P., “Il *ius prohibendi* nel condominio”, en *Scritti giuridici*, 3, 1926, p. 405.

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 la *diligentia diligentis* y la *diligentia quam in suis*⁶⁰. 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*⁶¹. Aun existiendo una confusión terminológica en el texto, se observa netamente la distinción entre *societas* y *communio incidens: quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum*⁶².

La expresión *incidimus in communionem* (o bien *incidimus in societatem*) aparece en las fuentes para indicar que dos o más personas se encuentran en comunidad de bienes sin que haya intervenido su voluntad dirigida a tal finalidad. En dos textos encontramos el verbo *incidere* -del que deriva *incidens*- para expresar la recepción de bienes en común independientemente de toda convención o acuerdo tendente a constituir la *communio*. Así podemos aducir el siguiente texto de Ulpiano:

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 empta 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, 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 sin su voluntad concorde. No existe una relación societaria, sino un hecho jurídico independiente de la voluntad de los copartícipes o una relación jurídica que no va dirigida

⁶⁰ TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., p. 87.

⁶¹ Cf. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10,3,2 pr. y Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17,2,31.

⁶² Vid. ARANGIO RUIZ, V., "*Societas re contracta e communio incidens*", cit., pp. 357 ss.

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 patrimonio⁶³.

Otra expresión análoga, *emere in societate* -que no significa ni comprar en base a un contrato de sociedad, ni en condominio, sino únicamente comprar juntos- es la que encontramos en Labeo 2 *post. a lavoleno epitomatorum*, D. 32,30,4:

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*. De la expresión *emere in societate*, tan particular, no se puede deducir ni un contrato consensual, ni una *communio incidens*⁶⁴. De nuevo no estamos ante un uso técnico-jurídico del vocablo *societas*.

Estas imprecisiones terminológicas se encuentran también en Ulpiano 29 *ad ed. D.* 15,1,15:

Sed si duo sint bonae fidei possessores, adhuc dicendum erit neutrum plus deducturum quam quod sibi debetur. idemque et si duo sunt fructuarii, quia nullam inter se habent societatem. idem dicetur interdum et in sociis, si forte separata apud se peculia habeant, ut alter alterius peculii nomine non conveniatur: ceterum si commune sit peculium, et in solidum convenientur et deducetur quod utrique debetur.

El régimen de la *communio* clásica establece la posibilidad de ejercitar *in solidum* contra cualquier copropietario de un esclavo común la *actio de peculio*. Como la acción planteada contra uno de los condóminos libera a los demás, éste podía repercutirles lo

⁶³ En torno al texto, BABUSIAUX, U., "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 ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-143363> (Fecha de la última consulta: 25/05/2022).

⁶⁴ Así lo entiende TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., p. 95.

pagado mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*⁶⁵, en base a que el peculio es *commune*. No obstante, en el citado fragmento no se trata de copropietarios del esclavo, sino de coposedores de buena fe o co-usufructuarios. En cuyo caso, Ulpiano niega la acción de regreso, ya que por un lado no se trata de copropietarios y, por otro, *quia nullam inter se habent societatem*.

En general, la confusión de términos no conlleva una imprecisión jurídica, ni siquiera cuando se habla de *societas* o *socii* en relación al ejercicio de la acción de partición de la cosa común para la determinación de las deudas *sub condicione*, como se desprende de D. 10,3,16 (Paul. 6 *ad Plaut.*):

Cum socii dividunt societatem, de eo, quod sub condicione deberetur, cautiones intervenire solent.

A pesar de incluirse este fragmento en el título 3 del libro X -*Communi dividundo*- creemos que se refiere a la disolución de la sociedad, *quod existente condicione solvere necesse haberet*⁶⁶.

En definitiva, todos los juristas se mueven en la misma dirección: la sociedad aparece como una situación voluntaria y convencional, mientras que la *communio* resulta necesariamente de determinados hechos.

Evidentemente, la confusión terminológica que aparece en las fuentes entre *communio* y *societas*, su desarrollo paralelo o la posibilidad de ejercitar en la sociedad las acciones de partición, propias de la comunidad de bienes, podrían llevar a pensar en la indiferenciación de ambas para los juristas de época preclásica y clásica. Pero la realidad no era ésta: la confusión verbal no refleja necesariamente una imprecisión jurídica. Pensar que sólo en el Derecho del Bajo Imperio se consiguen delimitar ambas figuras jurídicas es -como sostiene Gaudemet⁶⁷- juzgar severamente el espíritu jurídico romano, al suponer que le hizo falta más de cuatro siglos para constatar y regular jurídicamente una importante innovación en el ámbito patrimonial.

IV.- PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA EXPRESIÓN *SOCIETAS RE CONTRACTA*

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*

⁶⁵ D. 10,3,8,4 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10,3,25 (Iul. 12 *Dig.*); D. 14,3,13,2 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 15,1,11,9 (Ulp. 21 *ad ed.*); D. 15,1,27,8 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); 15,1,32 (Ulp. 2 *Disput.*); 15,1,51 (Scaev. 2 *Quaest.*).

⁶⁶ TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., p. 90. Vid. POTHIER, R. J., *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae, De lingua latina in gallicam versae* de Bréard-Neuville, t. 5, Paris, 1821, p. 71-72.

⁶⁷ GAUDEMET, J., *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, cit., p. 50.

contracta como sinónima de *communio incidens*, esto es, una situación de *communio sine animus coeundae societatis*⁶⁸. No obstante, se trata de una idea preconcebida que no encuentra fundamento en las fuentes⁶⁹.

El punto de partida se encuentra en D. 17,2,4 pr. (Modest. 3 *Regularum*):

Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est.

Los partidarios de la tesis que asimila la *societas contracta re* con una forma de *communio* olvidan relacionar este texto con otro del jurista Paulo 3 *ad ed.* (D. 2,14,2 pr.) en el que se muestran los diferentes modos en los que se puede expresar el consentimiento en un contrato de sociedad: *Labeo ait convenire posse vel re vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse*. Esto es, la sociedad se contrae: *per nuntium* entre ausentes; *verbis*, mediante expresa declaración de voluntad; o *re*, cuando el *animus societatis coeundae* resulta de un comportamiento concluyente⁷⁰. Suponer, en cambio, que la *societas re* es una forma de condominio, sin acuerdo de voluntad, no encuentra apoyo en las fuentes jurídicas.

No obstante, los partidarios del preconcepto de la *societas re contracta* como sinónima de *communio* aducen una serie de fragmentos de autores diversos, reducidos a unidad en el sistema de la Compilación, bajo la *sedes materiae* de la sociedad. Nos referimos a los siguientes:

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*

⁶⁸ Fundamentalmente, este 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, E., "Le azioni dei condomini", *BIDR*, 39,1931, pp. 73 ss.; FREZZA, P., "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, E., "I nuovi frammenti di Gaio (PSI. XI Nr. 1182)", cit., pp. 472 ss. Cf., por ejm., WIEACKER, F., *Societas*, cit., pp. 114 ss.; 123 ss.; ARANGIO-RUIZ, V., "Societas re contracta e *communio incidens*", cit., pp. 357 ss.; ID., *La società in Diritto romano*, cit., Jovene, Napoli, 1950, pp. 32 ss.; BONA, F., *Studi sulla società consensuale in Diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1973, pp. 13 ss.

⁶⁹ En este punto seguimos a TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., pp. 67 ss. Vid., asimismo, DI PORTO, A., *Impresa collettiva e 'schiavo manager' in Roma antica (II sec. A C- II sec. D C)*, Milano, 1984, pp. 117 ss.

⁷⁰ O de *facta concludentia*, según los juristas del Derecho común (LÖBER, B., *El Derecho de sociedades en la Escolástica Española*, trad. esp. A. Pérez Martín, Opera Histórica, Ser. Minor VI, 1979, pp. 109 ss.). Lo que en terminología moderna sería la manifestación tácita de voluntad, en opinión de ARANGIO-RUIZ, V., *La società in Diritto romano*, cit., p. 58.

empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.

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.*

D. 17,2,33 (Ulp. 31 ad ed.): *Ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus: nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur.*

D. 17,2,34 (Gai. 10 ad ed. prov.): *Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel deteriores fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae heriscendae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo. inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi.*

El primero hemos tenido ocasión de analizarlo *supra* a propósito de la determinación conceptual de la locución *incidimus in communionem*. Naturalmente, los que sostienen la naturaleza contractual de la *communio* en la forma de la *societas re contracta* presuponen interpolaciones radicales que una exégesis serena no podría admitir. Quizá, en la primera parte del texto, los compiladores han insertado la definición de la *communio incidens*, antes de los ejemplos ulpianos, para una mayor clarificación de éstos. Se observa el poco elegante *ut puta...ut evenit* y la repetición con otras palabras de cuanto el jurista había dicho anteriormente. También se sospecha sobre la proposición *item si a duobus simul empti res sit*, en lo que respecta sobre todo al subjuntivo *sit* que rompe la serie de los indicativos en un discurso objetivo; lo mismo que del añadido *affectione societatis* en la expresión *incidimus in communionem*. No obstante, a pesar de estas adiciones, carentes de valor sustancial, no se puede criticar la primera parte del texto, en la que quizá *nisi intercedit* sea una glosa inocua⁷¹.

Desde el punto de vista sustancial, Ulpiano se presenta en claro contraste con Gayo en D. 10,3,2 pr., porque éste último considera *pariter emere* como un caso de *communio cum societate*, mientras que el primero lo relaciona con el supuesto contrario, esto es, con el *incidere in communionem non affectione societatis*.

Merece la pena detenernos en esta discrepancia de opiniones y traer, de nuevo, a colación dicho texto de Gayo.

D. 10,3,2 pr. (Gai. 7 ad ed. prov.): *Nihil autem interest, cum societate an sine*

⁷¹ VOICI, P., *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 209. Vid. reconstrucción del texto en ARANGIO-RUIZ, V., "*Societas re contracta e communio incidens*", cit., pp. 388 ss.

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.

Para el jurista no importa que la cosa sea común *cum societate* o *sine societate* por lo que atañe al *iudicium communi dividundo*. Con absoluta nitidez explica, asimismo, qué debe entenderse por *communio cum societate* y por *communio sine societate*. Una cosa es común *cum societate* cuando, por 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 doctrina⁷², 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”⁷³. 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 equívocos⁷⁴. 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* (Cf. Labeón en Paulo D. 17,2,65,2: *si in rem certam emendam conducendamve coita sit societas*; D. 17,2,65,5: *si emimus mancipia inita societate*; Ulpiano D. 17,2,52,11: *si qui societatem ad emendum coierint*; Paulo D. 17,2,65,4: *item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam*)⁷⁵.

En cualquier caso, no podemos deducir de la frase: *cum societate res communis est veluti inter eos...* un caso de *societas re contracta*, como también se ha sostenido por

⁷²ARNÒ, C., *Il contratto di società*, Torino, 1938, pp. 127 ss.

⁷³Así, EIN, E., “Le azioni dei condomini”, cit., pp. 73 ss.

⁷⁴Si bien 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, J. F., “Das didaktische System des Gaius”, ZSS, 131, 2014, pp. 313 ss.

⁷⁵Cabe la posibilidad de que Gayo considerara en la expresión *qui pariter eandem rem emerunt* una implícita *affectio societatis*. Cf. los varios fragmentos donde se habla de ‘*societatem manere*’ (D. 17,2,58 pr.), ‘*societatem durare*’ (D. 17,2,58,2). Gayo, más afín a los sabinianos, expresa en sus Instituciones las discrepancias entre Escuelas a propósito de la especificación (l. 2,79); preterición (l. 2,123); legado vindicatorio (l. 2,193-195 y 200); prelegado (l. 2,216-217 y 221); precio de la compraventa (3.140-141); *datio in solutum* (3-168). También Pomponio (D. 30.26.2), en tema de legado de partición. D’ORS, A., *Derecho privado romano*, 9ª ed., Pamplona, 1997, § 44.

parte de la doctrina romanística⁷⁶, manifestando la existencia de una *societas non consensu* sino *res coita*. En nuestro texto, Gayo no está hablando de tipos de sociedad, sino de aplicaciones de la *actio communi dividundo*, la cual -como hemos visto- es ejercitable si hay un bien en común, a resultas o no de la constitución de una sociedad contractual.

En parecido sentido debemos interpretar D. 17,2,34, en el que el mismo Gayo excluye la *actio pro socio* en los casos en que un colegatario o un coheredero no haya participado en los gastos de mantenimiento de la cosa común o haya percibido él solo los frutos o las rentas de la misma, o la haya deteriorado, sosteniendo la aplicación de la *actio familiae erciscundae* si se trata de coherederos o la *actio communi dividundo inter alii*. Incluso el final del fragmento concluye con que esta última puede ejercitarse también entre aquellos que tengan la comunidad del bien o bienes por derecho hereditario⁷⁷. Por consiguiente, resulta innegable, a juicio del jurista, que en la *communio incidens* no haya lugar a la *actio pro socio*. Pero tampoco en la *communio inter ceteros*, que podemos entender dentro de la llamada *communio* voluntaria y que, para algunos, es la *communio cum societate* a la que Gayo hace referencia en *7 ad ed. prov.* Estamos ante un testimonio más en contra de la tesis que sostiene la asimilación de ésta con la *societas re contracta*, dado que en cualquier caso se trata de un condominio. Como apunta Talamanca: «Ciò che esclude la possibilità di inferire dalla qualifica di *societas data* al *consortium* la qualifica di *societas* da dare a qualsiasi condominio, sotto il profilo della *societas re contracta*»⁷⁸.

Entre tanto, no lograríamos explicar cómo Gayo 3,135 clasifica, sin ningún género de duda, la *societas* dentro de las *obligationes consensu contractae*, si hubiera al menos un tipo de sociedad que encajara mejor en las *obligationes re contractae*.

Y este es el sentir de los juristas romanos, cuando niegan expresamente la calificación contractual a las obligaciones derivadas de la *communio incidens*. Lo que se puede deducir netamente de D. 44,7,46 (Paul. *7 ad Plautium*):

Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero vel damnum in eo pupillus dederit: nam iudicio communi dividundo obligabuntur.

⁷⁶ ARNÒ, C., *Il contratto di società*, cit., pp. 120 ss.

⁷⁷ Sobre las posibles interpolaciones del texto de D. 17,2,34, VOICI, P., *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 210, entiende que la parte inicial ha sido extraída de su contexto originario e insertada en otro lugar (de ahí la falta de sentido del *eam rem* y de *quibus casibus*). Asimismo, la adición final resulta superflua, más acorde al libro *7 ad ed prov.* sobre el condominio, que al libro 10 sobre la sociedad.

⁷⁸ TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., p. 66; 72.

El parecer de Paulo va en el sentido de obligar mediante la acción *communi dividundo* al *furiosus* y al *pupillus*, sin necesidad de *auctoritas tutoris*, ya que la legitimidad -pasiva y activa- de la acción proviene de la cosa (*ex re*)⁷⁹.

En cuanto a la afirmación ulpiana contenida en D. 17,2,32, donde se sostiene que la constitución de una sociedad, previo convenio, da lugar a la acción de socio, mientras que cuando se produce sin acuerdo se considera que hay gestión en común, por razón de la copropiedad o del mismo negocio, ha sido considerada por la romanística una reelaboración justiniana por varias razones: el uso de *tractatus* -palabra más acorde al lenguaje tardío-; la discordancia entre el enfoque procesal de la primera parte del fragmento y el enfoque sustancial de la segunda; la imposibilidad de dar un significado a *cum sine tractatu in re ipsa et negotio*, que tiene por sujeto *societas*, en un discurso que la excluye explícitamente.

El siguiente texto (D. 17,2,33), también de Ulpiano, está en relación al anterior, ya que el jurista pone como ejemplo del *communiter gestum* contenido en '*cum sine tractatu in re ipsa et negotio*', los arrendamientos públicos y las compras de una cosa común mediante mensajero y aduce *quod a societate longe remotum est*. La última parte del fragmento es una reafirmación de la primera y se puede poner perfectamente en conexión con lo que determina Paulo *7 ad Plautium* (D. 44,7,46) -arriba indicado-, al exigir al pupilo la *auctoritas tutoris* para la constitución de una *societas*, mientras que aquella no es necesaria en las obligaciones derivadas de la *communio*. Una vez más se muestra la diferencia *societas/communio*, sin que se pueda deducir del *communiter gestum: in re ipsa et negotio (sine tractatu)* una figura de *societas re contracta*, sino una simple *communio (sine societate)*. Con todo, el texto no deja resuelta la cuestión de si la comunión de derechos distintos de la propiedad es o no sociedad. Es de destacar que el jurista cite la *conductio* del *ager publicus*. Evidentemente, si fuera sociedad, sería *unius negotiationis* y no presupondría, entonces, condominio⁸⁰.

De una serie de fragmentos, extraídos de Ulpiano, Gayo y Paulo -que los compiladores concatenan en la serie: D. 9,3,1,10; 9,3,2; 9,3,3 y 9,3,4-, se deduce que la comunión de derechos diferentes a la propiedad puede generar o no una *societas*, excluyéndose en cualquier caso el condominio.

⁷⁹ Resulta sospechosa de interpolación la alusión al *furiosus*, ya que éste no podría obligarse más que *cum curatore* y no *cum curatoris auctoritate*. TALAMANCA, M., *Ibid.*, p. 62.

⁸⁰ VOGLI, P., *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 210. En cuanto al supuesto de compra de una misma cosa conjuntamente, comparto la opinión de BIANCHINI, M.G., *Studi sulla societas*, cit., pp. 109-110, cuando determina: «anche la compera in comune può configurarsi come società se le parti mostrano, col loro successivo comportamento, di volerla considerare attuazione di una volontà negoziale, non espressamente manifestata. Negli altri casi, e cioè nella maggioranza, la semplice compera in comune si presenta invece come un negozio ad esecuzione istantanea, che esaurisce i suoi effetti nel momento stesso in cui è posto in essere, senza dar vita ad un rapporto continuativo giuridicamente rilevante, come si deduce anche dal successivo D. 17,2,33».

D. 9,3,1,10 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis hace actio dabitur.*

D. 9,3,2 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): *cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel effudisset,*

D. 9,3,3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur.*

D. 9,3,4 (Paul. 19 *ad ed.*): *perceptione, non litis contestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.*

Esta sucesión de textos, contenidos en el título tercero del libro noveno del Digesto “*De his, qui effuderint vel deiecerint*”, contemplan la responsabilidad solidaria de varios *habitatores* en el caso de *effusum vel deiectum*. De modo que, si se hubiere demandado a uno solo de ellos, los demás quedarán liberados. En este supuesto, se admite el ejercicio de la *actio pro socio* o de la *actio utilis*, por parte de aquel, en vía de regreso contra los demás *habitatores*. La expresión *plures in eodem cenaculo habitare* no presupone, efectivamente, una relación de condominio. Tampoco se menciona el posible ejercicio de una *actio communi dividundo*. Se entiende que, si entre los *habitatores* había una *societas*, correspondería la interposición de la *actio pro socio* para el reembolso. Excluida la *societas*, los juristas solo plantean la concesión de la *actio utilis*⁸¹.

Existen, en suma, una serie de textos en los que se acude alternativamente a la *actio pro socio* o a la *actio communi dividundo* en relación a las prestaciones personales entre copropietarios. En este sentido podemos aducir, por ejemplo, la situación prevista en D. 17,2,38,1 (Paul. 6 *ad Sab.*):

Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait.

⁸¹ Parecida solución da Paulo 22 *ad ed.* en D. 9,4,10: *Sed et eo nomine agere cum socio poterit, quod servum communem deteriore fecit, quemadmodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriore fecisset. Ceterum si nihil praeterea post noxae deditioem commune habebit, pro socio, vel si socii non fuerunt, in factum agi poterit.* La hipótesis más probable es que los juristas clásicos hubieran previsto, alternativamente, la *actio pro socio*, la *actio communi dividundo* o la *actio in factum*, según el presupuesto de donde se arrancara: *si socii sint* o bien *si socii non fuerunt*. En la primera parte del texto se pone de relieve el punto de partida: el *agere* contra el socio culpable del deterioro (moral) del esclavo común (dado aquel lo instigó a cometer un hurto). Partimos, pues, de una relación societaria en la que el socio *in scius* puede pedir el resarcimiento del daño mediante la *communi dividundo*, deducible de las palabras: *quemadmodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriore fecisset*. Pero si ya se produjo la *noxae deditio* del esclavo, solo podrá acudir a la *actio pro socio* (si había sociedad) o si no la hubo, queda la acción *in factum* (se entiende la *actio servi corrupti ex decreto praetoris*). Cf. D. 11,3,9 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) y la interpretación de ALBANESE, B., “*Actio servi corrupti e actio arborum furtim caesarum tra condominii*”, *Labeo*, 5, 1959, pp. 325-333 [= *Scritti giuridici*, 1, Palermo, 1991, pp. 113-121].

Según el parecer de Paulo, las prestaciones personales en el caso de *communio ex societate* pueden ser requeridas mediante la acción contractual o la divisoria, en concurso electivo. La interpretación más plausible es que el jurista clásico entienda la *actio pro socio* cuando hay sociedad (en concurso con la *actio communi dividundo*) y únicamente la *communi dividundo* si solo hay condominio (*sine societate*). La tesis que observa aquí la posibilidad del ejercicio de la *actio pro socio* en base a una simple relación de copropiedad, como *societas re contracta*, confunde del todo el significado del texto⁸².

El mismo razonamiento podemos hacer respecto de D. 17,2,43 (Ulp. 28 *ad ed.*), donde se prevé el concurso electivo entre la *actio pro socio* y la *communi dividundo*:

Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adiudicationem non admittit. sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.

Dicho concurso de acciones solo se puede deducir, en definitiva, en sede de *communio cum societate*. Aquí, el ejercicio de la *actio pro socio* no excluye el de la *communi dividundo* o, a la inversa, dada sus disímiles finalidades. Correctamente, Ulpiano sostiene que si se ejercitó la *actio communi dividundo* no queda excluida la *actio pro socio*, pues ésta *nominum rationem habet et adiudicationem non admittit*; pero si luego se ejercita la *pro socio*, el juez deberá descontar lo obtenido de la primera (*sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est*)⁸³. El jurista plantea la ventaja de la *communi dividundo*, ya que por la acción de sociedad *minus consequitur*. Esta consideración hay que ponerla en relación con D. 10,3,1 (Paul. 23 *ad ed.*) donde se deduce la naturaleza mixta de la acción de división, *tam in rem quam in personam*, frente a la puramente personal de la *pro socio*. Ello ha llevado a la doctrina⁸⁴ a considerar el texto manipulado por una visión postclásica de la *laudatio edicti*:

Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.

⁸² Como observa TALAMANCA, M., *La 'societas'*, p. 72.

⁸³ DROSDOWSKI, Th., *Das Verhältnis von 'actio pro socio' und 'actio communi dividundo'*, cit., pp. 48 ss.; MEISSEL, F. S., "Zur Konkurrenz von *actio pro socio* und *actio communi dividundo*", cit., pp. 15 ss.; STARACE, P., *Sulla tutela processuale del communiter gerere*, cit., p. 94. Cf. DI PORTO, A., *Impresa collettiva e 'schiavo manager'*, cit., pp. 130 ss.

⁸⁴ ARANGIO-RUIZ, V., "Societas re contracta e *communio incidens*", cit., p. 374; TALAMANCA, M., *La 'societas'*, p. 80.

Del todo superflua resulta, por otro lado, la frase final que viene a corroborar la imposibilidad de la acción de división si *res communis non sit*.

Más compleja de explicar parece, sin embargo, la mención de la acción de la sociedad en D. 17,2,39 (Pomp. 13 *ad Sab.*):

Si fundus mihi tecum communis sit et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio.

El texto determina que: si tengo un fundo en común contigo y hubieras enterrado a alguien en él, te demandaré por la acción de socio. Su redacción es confusa y parece estar separado de su contexto originario, dado que Ulpiano 25 *ad ed.* (en D. 11,7,2,1) ante la misma problemática opta por la *actio familiae erciscundae* o la *communi dividundo*. No obstante, lo que está claro es que Pomponio no se está refiriendo a un caso de *communio sine societate*, donde la *pro socio* no tendría cabida.

Sensu contrario, la opinión de Ulpiano 31 *ad ed.* (en D. 17,2,52,10 y D. 17,2,52,12) es más comprensible a favor de la existencia de una *communio ex societate*. En el primero se dice lo siguiente:

Idem respondit: socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis usuris intra quattuor menses, postquam opus reffectum erit, recipere potest exigendoque privilegio utetur aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat. Finge enim malle eum magis suum consequi quam dominium insulae. Oratio enim divi Marci idcirco quattuor mensibus finit certas usuras, quia post quattuor dominium dedit

El socio que hubiera reparado a su costa el edificio común, si no recibía dentro de los cuatro meses siguientes la parte de los gastos correspondiente al otro socio, podía adquirir la cuota del condómino *cessans*, según una *oratio (in senatu habita)* de Marco Aurelio, tendente a la protección de los edificios por interés público. Papiniano, citado por Ulpiano, consideraba, no obstante, que esta facultad del socio podía ser rechazada por él y, entonces, accionar *pro socio* para obtener *quod sua intererat*. La mención de dicha *actio* y no de la *communi dividundo* -ejercitable *manente communione* para satisfacer las prestaciones recíprocas entre condueños claramente a partir del Bajo Imperio⁸⁵- hace pensar que Ulpiano se esté refiriendo expresamente a un caso de sociedad en la que los socios comparten un edificio común (*communio cum societate*) y no a una simple *communio*.

⁸⁵ Sobre el decurso histórico de la acción, vid. SALAZAR REVUELTA, M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, cit., pp. 148 ss.

Con el mismo argumento, en D. 17,2,52,12, Ulpiano menciona, esta vez, una opinión de Casio que propone también la *actio pro socio* por parte de uno de los socios contra los demás, para hacerse reintegrar los gastos que desembolsó en la reparación del canal común⁸⁶:

Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum Cassius scripsit.

Por último, podemos mencionar dos textos, uno de Ulpiano y otro de Pomponio, en los que la contraposición que observamos entre *communio cum societate* y *sine societate* resulta implícita.

D. 17,2,14 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeat. Quid tamen si hoc convenit, ne abeat, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. Sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeat, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. Nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati?*

El *pactum ne societas dividatur* por un cierto tiempo viene plenamente admitido. No obstante Pomponio, con una elegancia de razonamiento que subraya Ulpiano, pone de manifiesto la inutilidad del *pactum ne intra certum tempus societate abeat*, pues incluso si no fuese formulada, no se puede renunciar a la sociedad *intempestive* y tampoco, aunque se haya pactado lo contrario⁸⁷.

El texto es significativo, pues muestra que ya desde Sabino el *pactum ne res communis dividatur* no es considerado equivalente al pacto de no abandonar la sociedad. Pero es evidente que en el pacto de no renunciar a la sociedad estaba implícito el de no dividir la cosa común, que sería normal para la *communio ex societate*. En base a este testimonio, tampoco se puede sostener que el condominio sea una

⁸⁶ En relación al influjo de Casio en el parecer de Ulpiano en materia de aguas, vid. TERRAZAS PONCE, J. D., "La tutela jurídica del agua en el Derecho romano". *Revista Chilena de Derecho*, 2012, vol.39, n.2, pp. 371-409. Disponible online en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000200007&lng=es&nrm=iso y <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000200007> (fecha de la última consulta: 11/04/2022).

⁸⁷GARCÍA LUDEÑA, M. T., *Garantías de la responsabilidad societaria*, cit., p. 185.

especie de sociedad (*re contracta*), cuando se observa, *sic et simpliciter*, que ambos pactos presentan diversa extensión.

Lo mismo se ha inferir de D. 10,3,14,3-4 (Paul. 3 *ad Plaut.*):

Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non est dubium: quare emptor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summovertur. 4. Si paciscatur socius, ne partem suam petat, effectum tollitur societas.

El *pactum ne partem suam petat* puede extinguir *ipso iure* el contrato de sociedad, no la comunidad de bienes. Al ser el *iudicium societatis bonae fidei*, en él se encuentra inherente la excepción del pacto. Lo que significa que los pactos posteriores al contrato pueden ser exigibles directamente *apud iudicem*, sin necesidad de insertar en la fórmula la cláusula de la *exceptio pacti conventi*. El resultado es que el socio que pactara *ne partem suam petat* quedaría sin protección jurisdiccional frente a los demás. Ello provocaría la extinción de la sociedad, dado que no puede subsistir sin que todos los socios la tengan. Ahora bien, este pacto no tendría eficacia en el plano de los derechos reales para disolver la *communio*⁸⁸.

En definitiva, de la apreciación de las fuentes al respecto podemos concluir que las opiniones jurisprudenciales son unánimes en la línea de excluir el paralelismo *societas re contracta-communio*, entendido como contrato de sociedad constituido mediante una *communio rerum* o la gestión de un negocio común, sin *animus contrahendae societatis*. No existe una contraposición en las fuentes entre la *societas consensu coita* y la *societas contracta re*, ambas son *societates quae in consensu consistit*⁸⁹. En ningún texto de los analizados se observa la extensión al condominio (como *societas re contracta*) del

⁸⁸ TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., p. 85; 124.

⁸⁹ La necesidad de un consentimiento constante y duradero entre los diferentes socios viene ratificada por Diocleciano (C. 4,37,5): *Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat. Proinde si iam tibi pro socio nata est actio, eam inferre apud eum, cuius super ea re notio est, non prohiberis*. La declaración de renuncia expresa o tácita extingue la sociedad (GUARINO, A., “*Dissensus sociorum*”, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 5, Milano, 1971, pp. 135 ss.). Igualmente, la muerte de uno de los socios extingue la relación societaria. «Y es que la sociedad es un contrato formado *intuitu personae*. El elemento personal de este contrato resulta indispensable, de modo que la relación societaria sólo existe entre los *socii* que intercambian su consentimiento. Hasta el punto predomina el elemento personal que la incorporación de un nuevo socio exige la aprobación consensuada de los demás (D. 17,2,19)». Vid. HERRERA BRAVO, R., “Sociedad”, *Derecho romano. Base del Conocimiento Jurídico*, en Portal de Derecho iustel.com., p. 2. Disponible online en <https://www-iustel-com.ujaen.debiblio.com/v2/c.asp> (Fecha de la última consulta: 24/05/2022); BERNARDI COSTA, G. F. “*A affectio societatis no Direito romano*”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico y Financeiro*, Año 55, ns. 170/171, 2015-2016, pp. 140 ss. Disponible online en https://www.academia.edu/43394029/A_affectio_societatis_no_direito_romano (Fecha de la última consulta: 26/05/2022).

régimen de la figura contractual de la sociedad y, por tanto, de la aplicabilidad de la *actio pro socio*. En cambio, sí existen fragmentos en los que se distingue netamente (en terminología de Gayo D. 10,3,2 pr.) la *communio cum societate* (donde concurren la *actio pro socio* y la *communi dividundo*) de la *communio sine societate* (donde no cabe la acción de la sociedad). *Communio* como *contractus* no encuentra cabida alguna en la Compilación, sino como figura de cuasi contrato ya en época postclásica⁹⁰. Convenimos, pues, con la doctrina mayoritaria⁹¹ en que el espécimen *societas re contracta=communio* no existió en el ordenamiento jurídico romano, ni clásico, ni postclásico, ni justiniano⁹².

V.- EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES ESTUDIADAS Y DELIMITACIÓN DE SU ESENCIA JURÍDICA

Considerada la naturaleza contractual de la *societas* romana, *ab initio*, y descartada, en cambio, para el caso de la *communio*, existen asimismo grandes diferencias en cuanto a la función que cumplen ambas figuras jurídicas.

Como hemos visto, la comunidad o indivisión de bienes puede venir motivada por una relación societaria en la que se ponga en común bienes de naturaleza diversa, pero también *sine societas*, por un hecho ajeno a la voluntad de los que comparten dichos bienes comunes, en calidad de coherederos o colegatarios, e incluso por voluntad de los copropietarios, sin convenir sociedad, al acometer juntos un negocio o llevar a cabo una compraventa, como acaece cuando dos personas convienen en comprar conjuntamente en subasta pública - para no perjudicarse con las pujas- una cosa, que procederán a dividir más tarde. En estos supuestos estamos lejos del contrato de sociedad, cuyo objetivo, impulsado por la *affectio societatis*, consiste en aportar cada socio bienes y/o industria durante un tiempo para obtener un beneficio económico. En concreto, por lo que respecta a sociedades *unius rei o alicuius negotiationis*, no resulta imprescindible la presencia de una comunidad de bienes⁹³.

En definitiva, la finalidad del régimen del condominio es mantener el *statu quo* patrimonial de los condóminos, conforme a la cuota de cada uno. En la sociedad, por el contrario, el objetivo es la superación de la posición inicial a través de la actividad

⁹⁰ DONATUTI, G., "La *communio incidens* come causa obbligatoria", cit., pp. 119-142.

⁹¹ TALAMANCA, M., *La 'societas'*, cit., p. 90.

⁹² De ahí que la expresión "*societas et rerum communio*" contenida en D. 50,17,23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit*, no sea más que una confusión fruto de la "raffazzonatura" legislativa operada por los compiladores. Vid. VOGLI, P., *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 213. Cf. ARNÓ, C., *Il contratto di società*, cit., pp. 116-136, quien contrapone la existencia de una *voluntaria societas*, como única reconocida por los juristas mucianos, a una *involuntaria et fortuita societas* que admitirían los juristas servianos.

⁹³ GARCÍA LUDEÑA, M. T., *Garantías de la responsabilidad societaria*, cit., pp. 40 ss.

conjunta de los socios. De ahí la posibilidad de desequilibrio entre las cuotas o *partes lucri et damni*⁹⁴.

De hecho, la *magna quaestio* -en palabras de Gayo- que ya se planteó por parte de la jurisprudencia republicana y, en especial, entre Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo, se centraba en dilucidar si se podía constituir una sociedad de manera que un socio obtenga la mayor parte de los beneficios y responda de una parte menor de las deudas. Quinto Mucio pensó que esto era contrario a la naturaleza de la sociedad. Pero Servio Sulpicio, de quien, 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 sus trabajos se consideran tan valiosos que resulta equitativo admitirle en la sociedad con este acuerdo. Así se desprende de Gayo 3,149⁹⁵:

Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societates, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse sensit. Sed Servius Sulpicius cuius etiam praevaluit 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 videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. 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 valet.

La parte final del texto gayano: *Nam et ita posse coiri societatem constat-saepe enim opera alicuius pro pecunia valet*, es solo una justificación de la tesis serviana. Asimismo, *si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*, que es la base de esta tesis, queda más claramente explicada en IJ. 3, 25, 2⁹⁶: *quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti.*

⁹⁴ VOCI, P., *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 221.

⁹⁵ BESELER, G., "Zu Gaius III, 149", *SDHI*, 4, 1938, pp. 205-208. Cf. HORAK, F., *Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, p. 164. Asimismo, CANCELLI, F., *Società (dir. romano)*, cit., pp. 495 ss.; BONA, F., *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 32; SANTUCCI, V., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, CEDAM, Padova, 1997, p. 38, nt. 19; p. 81; BLANCH NOUGUÉS, J. M., "Precedentes romanos de los artículos 1689 a 1691 del Código civil", cit., pp. 34 ss. Sobre la expresión '*contra natura societatis*' del texto, ROTONDI, G., "*Natura contractus*", *BIDR*, 24, Milano, 1911, pp 5 ss. [= *Scritti Giuridici*, 2, Milano, 1922, pp. 165 ss.].

⁹⁶ *De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem*

Los juristas clásicos se harán eco de esta discusión preexistente entre los maestros republicanos. Así, Ulpiano concreta la opinión de Servio Sulpicio en D. 17,2,30 (*Ulp. 6 ad Sab.*):

Mucius libro cuarto 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.

De la frase “*Servius in notatis - omni lucro deducto*” extraída de las *Notata Mucii*, parece que Servio esté aceptando la tesis de Mucio, pero en realidad, del tenor literal del texto, se infiere que tiene cabida en la práctica obtener partes diferentes de perjuicios y beneficios, no al contraerse la sociedad, sino al disolverse y tener en cuenta la gestión social; momento en el que se sabrá exactamente las ganancias de la misma, una vez deducidas las pérdidas.

Igualmente, otro texto ulpiano (Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17,2,29 pr.-1) testimonia la preocupación sobre la discusión entre mucianos y servianos 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. 1. 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 cosa⁹⁷. De forma que se admite que los beneficios

admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.

⁹⁷ 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*

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 dicha dispensa: *item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus*⁹⁸.

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 instituciones 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 (la *societas unius rei* y la *societas unius negotii*), cuyos objetivos son puramente mercantiles (*societates ex quaestu*) 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 contrato⁹⁹.

altero partes expressae fuerint, uelut in lucro, in altero uero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt. Cf. IJ. 3,25,1.

⁹⁸ 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, K.-M., *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.

⁹⁹ FUENTESECA, P., "Función histórica del *pactum*", *Estudios homenaje a A. D'Ors*, I, Pamplona, 1987, pp. 487 ss.; TALAMANCA, M., "La tipicità dei contratti fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone. *Contractus* e *pactum*. Tipicità e libertà negoziale nella speranza tardo republicana", *Atti del Convegno di Diritto romano e della presentazione della nova riproduzione della littera Florentina, Copanello 1988*, Napoli, 1990, pp. 36 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino 1992, pp. 23 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "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.

La propia evolución en la estructura de la sociedad es la que se observa también en el desarrollo histórico del condominio. Éste 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*¹⁰⁰.

De ahí que los criterios que regulan el régimen de *impensae*, *damni* o *lucrum* en ambas instituciones sean similares, si bien se deriven de causas diversas. En general, en la *societas* dicho régimen emana del *quiquid ex fide bona alterum alteri dare facere oportet*, mientras que, en la *communio*, depende de la mención del *gestum* o del *amissum* en las correspondientes fórmulas de los *iudicia* divisorios. Asimismo, en la *communio* se requiere que el *damnum* haya tenido lugar *manente communione* para la demanda de responsabilidad al condómino correspondiente a través de la acción divisoria (D. 10,3,3 pr.; D. 10,2,16,4; D. 17,2,52,11), mientras que para el ejercicio de la *actio pro socio*, este requisito es superfluo porque se sobreentiende que ha de acaecer durante la vida de la sociedad. Al mismo tiempo, para el reembolso de los gastos entre copropietarios es imprescindible que éstos se hayan realizado por el condómino *manente communione* (D. 10,3,4,4; D. 10,3,4,5; D. 10,3,4,6) y como consecuencia de una actuación que beneficia y obliga, igualmente, a los demás condóminos (D. 10,3,6,2; D. 10,3,14 pr.; D. 10,3,29 pr.). En la sociedad, este régimen es común, dado el nexo de causalidad que ha de existir entre los gastos y el buen funcionamiento de la misma, pero el criterio que rige en la sociedad es, fundamentalmente, el consenso y la buena fe que se presupone en las relaciones entre los socios, amén de un objetivo común presidido por la *affectio societatis*. A este respecto, resulta significativo un texto de Ulpiano 19 *ad ed.* (en D. 10,2,18,3)¹⁰¹ que alude a un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla mediante el cual uno de los coherederos puede conseguir del otro todos los intereses de los gastos que él solo hubiere hecho de buena fe, *ex die morae*. El interés del texto estriba en que muestra una clara analogía en la disciplina jurídica de la *communio* hereditaria y la sociedad, que solo puede entenderse a través del decurso evolutivo de la figura jurídica de la *communio* y la influencia en ella del régimen de la *societas*.

¹⁰⁰ SALAZAR REVUELTA, M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, cit., pp. 85 ss.

¹⁰¹ *Sumptuum, quos unus ex heredibus bona fide fecerit, usuras quoque consequi potest a coherede ex die morae secundum rescriptum imperatorum Severi et Antonini.*

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*). Tal requisito 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 sociedad¹⁰².

En esta línea, se entiende cómo la responsabilidad de los socios se circunscribe *ab origine* al dolo, dado que toda conducta contraria a la *fides* es asimilada al dolo (D. 4,3,1) y es la propia *actio pro socio*, como acción infamante, la acción válida contra el socio que vulneró la buena fe en el desempeño de sus funciones (Paul. 3 *ad ed.* D. 2,13,9 pr.)¹⁰³. En cambio, en el condominio este criterio no se aplica, pues los condóminos están vinculados entre sí únicamente en base al derecho real de copropiedad. De ahí que la responsabilidad por una impropia disposición material o jurídica de la cosa común por parte de un copropietario conlleve el discernimiento entre el dolo y la culpa, pues los copropietarios están unidos entre sí *non consensus, sed res* (Paul. 23 *ad ed.* D. 10,2,25,16)¹⁰⁴.

Ab initio, el objeto de las acciones de división era, indudablemente, conceder derechos de propiedad autónomos, no tanto reconocer en justicia las *praestationes* entre los copropietarios. No suponía un conflicto entre pretensiones rivales, sino el reparto del bien o bienes indivisos, la atribución de eventuales compensaciones y, más tarde, la reglamentación de los actos de gestión. Estas funciones entraban dentro de la propia competencia y absoluta libertad de apreciación de que gozaba el *arbiter*. A pesar de que existe un vínculo entre las nociones de *arbitria* y las acciones de buena fe, la acción de división no se ve incluida en éstas. La pureza de los textos que la presentan como acción de buena fe es bastante dudosa¹⁰⁵. El motivo está en que surge copiando a la *familiae erciscundae* (l. 4,6,28). Así, tampoco surgirá, en el procedimiento formulario, la necesidad de utilizar la cláusula *ex fide bona* para otorgar al árbitro poderes que ejercía desde hacía siglos.

¹⁰² GUARINO, A., “*Dissensus sociorum*”, cit., pp. 135 ss.

¹⁰³ IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 385.

¹⁰⁴ *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.*

¹⁰⁵ D. 10,3,14,1 (Paul. 3 *ad Plaut.*); D 10,3,24 pr. (Iul. 8 *Dig*); D. 41,1,45 (Gai. 7 *ad ed. prov.*).

Pese al objetivo preponderante de la división, pronto se debió admitir la función relativa a las *praestationes*. Dicha función se puede remontar a tiempos de Labeón¹⁰⁶ y, quizá, ya a Ofilio y Alfeno¹⁰⁷, incluso a su maestro común Servio. La discusión se sitúa en su existencia en el procedimiento formulario o, con anterioridad, en las acciones de la ley. Sobre este punto no es posible dar una respuesta firme. Nada, sin embargo, se opone a considerar como modelo la *iudicis postulatio* que mencionaba, al mismo tiempo, ambos objetos propios de la acción de división¹⁰⁸. Lo cierto es que cabe conjeturar que la determinación de las *praestationes* no se entendiera fuera de la partición de la cosa común, sin ser posible ejercitar la acción sin este fin primordial. Por pura utilidad y simplificación práctica se permitiría la misma acción para regular las dificultades surgidas a lo largo de la *communio*. La cuestión es la de su ejercicio para reclamar *manente communione* dichas *praestationes*, sin necesidad de llegar a la división, finalidad perfectamente atestiguada en las fuentes, si bien sospechosas de interpolación por la doctrina mayoritaria¹⁰⁹. Esta innovación en el plano procesal supone un cambio en la especulación teórica, que llevará a los juristas justinianos a considerar el condominio entre las *obligationes quasi ex contractu* (I.J. 3,27,3-4)¹¹⁰.

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, no se puede descartar del todo¹¹¹. De ahí la

¹⁰⁶ D. 10,3,4,3 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10,3,6,7 (Ulp. 19 *ad ed.*).

¹⁰⁷ D. 10,2,16,6 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10,3,26 (Alf. 2 *Dig.*).

¹⁰⁸ GAUDEMET, J., *Étude sur le régime juridique de l'indivision*, cit., pp. 315-317.

¹⁰⁹ RICCOBONO, S., "Dalla *communio* del diritto quiritarario alla *comproprietà* moderna", *Essays in Legal History*, Oxford, 1913, pp. 33-119.

¹¹⁰ 3. *Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.* 4. *Idem iuris est de eo, qui coheredi suo familiae erciscundae iudicio ex his causis obligatus est.* Clasificación confirmada por Teófilo en Paraphr. 3,28,2. DONATUTI, G., "La *communio incidens* come causa obbligatoria", cit., pp. 119 ss.

¹¹¹ BIANCHINI, M. G., *Studi sulla societas*, cit., pp. 111 ss. En ocasiones, hemos podido constatar que los respectivos contornos 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 *immittere 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 immittere 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, A., "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: 25/05/2022), 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*

existencia de una *affectio communionis* paralela a una *affectio societatis*, de la que habla un escolio a los Basílicos 12,1,31¹¹², aparte de imprecisas expresiones como “*incidimus in communionem*” o “*societatem coire re posse*” que la doctrina ha demostrado de naturaleza tardía¹¹³ y que, como hemos visto, no pueden llevarnos a confusión sobre la genuina naturaleza consensual de la sociedad y el carácter real del condominio.

Es lógico pensar que, pese a una posible influencia, resultado de una evolución paralela, el propio desarrollo económico y social, además del auge y creciente complejidad de las relaciones comerciales, propician por sí mismos una evolución de la *communio*, cuando el régimen clásico de la *prohibitio* se convierte, con la propia acción, en un instrumento jurídico para hacer valer en juicio las prestaciones singulares.

Ya, 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, también influirían no sólo en la aparición del condominio parciario, sino -como sostiene Wieacker¹¹⁴- en la polémica jurisprudencial a finales de época republicana sobre el reparto de las ganancias y pérdidas de la sociedad, dado que el *consenso* y la buena fe se irán imponiendo¹¹⁵ frente a la distribución igualitaria de los socios en la sociedad, influencia ésta última -en opinión de Talamanca¹¹⁶- del antiguo *consortium*.

En definitiva, se trata de analogías entre instituciones jurídicas, de naturaleza y estructura diferentes, que surgen con el devenir de nuevas relaciones económicas y sociales, y que están en la base de los debates dialécticos de los grandes creadores del Derecho, que fueron los juristas republicanos y sus sucesores.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, B., “*Actio servi corrupti e actio arborum furtim caesarum tra condomini*”, *Labeo*, 5, 1959, 325-333 [= *Scritti giuridici*, 1, Palermo, 1991, 113-121].

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».

¹¹² HEIMBACH, K.W.E., *Basilicorum Libri*, Leipzig 1833-1870, I, 740.

¹¹³ ARANGIO-RUIZ, V., “*Societas re contracta e communio incidens*”, cit., pp. 357 ss. Cf. EIN, E. “Le azioni dei condomini”, cit., pp. 76 ss.; FREZZA, P., “*Actio communi dividundo*”, cit., pp. 3 ss.; 108 ss.

¹¹⁴ WIEACKER, F., *Societas*, cit., pp. 251 ss.

¹¹⁵ SANTUCCI, G., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, cit., pp. 61 ss., para quien, ya a finales de la República, cabía la posibilidad de que los socios acordasen un reparto de cuotas diferentes entre los mismos a través de un *arbitrium boni viri* que confiere el carácter *bonae fidei* a la *actio pro socio*.

¹¹⁶ En concreto sobre la *societas omnium bonorum*, TALAMANCA, M., v. “*Società*”, cit., p. 835.

ALBERTARIO, E., "Appunti sul consorzio familiare romano", *Rivista di Diritto Commerciale*, 32, 1934, 227-238.

- "I nuovi frammenti di Gaio (PSI. XI Nr. 1182)", *Studi di diritto romano*, 5, *Storia. Metodologia, Esegesi*, Milano, 1937, 463-482.

ARANGIO-RUIZ, V., "Il nuevo Gaio. Discussioni e revisioni", *BIDR*, 42 n. s. 1, 1934, 571-624.

- "*Societas re contracta e communio incidens*", *Studi Riccobono*, 4, Palermo, 1936, 357-395 [= *Scritti di diritto romano*, 3, Camerino, 1977, 27-65].

- *La società in Diritto romano*, cit., Jovene, Napoli, 1950.

ARNÒ, C., *Il contrato di società*, Torino, 1938.

BABUSIAUX, U., "Zum Konsenserfordernis bei der *societas* - methodische Bemerkungen zu einem altbekanntem Problem", en Weber, Rolf H.; Stoffel, Walter A.; Chenux, Jean-Luc; Sethe, Rolf. *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, 767-784. Disponible online en ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-143363>

BERNARDI COSTA, G. F. "A *affectio societatis* no Direito romano", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico y Financeiro*, Ano 55, ns. 170/171, 2015-2016, pp. 140 ss. Disponible online en https://www.academia.edu/43394029/A_affectio_societatis_no_direito_romano

BESELER, G., "Zu *Gaius* III, 149", *SDHI*, 4, 1938, 205-209.

BIANCHINI, M. G., "*Societas iuris gentium e societas iuris civilis tantum*. Interrogativi in sospeso", *Annali Facoltà di Giurisprudenza Genova*, 1, Giuffrè Editore, Milano, 1972, pp. 92-118.

- *Studi sulla societas*, Giuffrè Editore, Milano, 1967.

BLANCH NOUGUÉS, J. M., "Precedentes romanos de los artículos 1689 a 1691 del Código Civil", *RJUAM*, 18, 2008, 29-54.

BONA, F., *Studi sulla società consensuale in Diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1973.

BONFANTE, P., "Il *ius prohibendi* nel condominio", en *Scritti giuridici*, 3, Torino, 1926, 382-433.

BRETONE, M. "*Consortium e communio*", *Labeo*, 6, 1960, 163-215.

BRUTTI, M., "Gaio e il *ius controversum*", *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 55, 2012, 72-124.

CANCELLI, F., "*Società* (Diritto romano)", *NNDI*, 17, Torino, 1970, 495-516.

CANNATA, C. A., "Sulla *divisio obligationum* nel diritto romano repubblicano e classico", *iura: Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 21, 1970, 52-70.

COCH ROURA, N., *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*, Dykinson, Madrid, 2017.

D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9ª ed., EUNSA, Pamplona, 1997.

DE FRANCISCI, P., "La comunità sociale e politica romana primitiva", *SDHI*, 22, 1956, 1-86.

DE LOS MOZOS TOUYA, J. J., "La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las Instituciones de Gayo y de Justiniano y su valor sistemático en el moderno derecho civil", *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 6, 1994, 103-124.

DI PORTO, A., *Impresa collettiva e 'schiavo manager' in Roma antica (II sec. A C- II sec. D C)*, Milano, 1984.

DONATUTI, G., "La *communio incidens* come causa obbligatoria", *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, 119-142.

DROSDOWSKI, Th., *Das Verhältnis von 'actio pro socio' und 'actio communi dividundo' im klassischen römischen Recht*, Ducnker & Humblot, Berlin, 1998.

FALCONE, G., "Sistematiche gaiane e definizione di *obligatio*", en Capogrossi-colognesi L.- Cursi F. (eds.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010), Jovene, Napoli, 2011, 17-52.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.,

- "Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje", *Religión y cultura*, 234, 2005, 711-738.

- "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, 14-15-16 giugno 2001): Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese / Luigi Garofalo (ed. lit.), 2, 2003, 31-58.

- *Derecho privado romano*, 5ª ed., Iustel, Madrid, 2012.

- "El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos", *Revista de Derecho UNED*, 7, 2010, 275-306.

- *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, 1ª ed., Col. Biblioteca Jurídica Básica, Iustel, nº 4, Madrid, 2006.

- *La deuda histórica del arbitraje moderno: concordancias entre la ley 60/2003, de arbitraje y el derecho arbitral griego y romano*, Dykinson, Madrid, 2017.

- "Sistematica y *ius civile* en las obras de *Quintus Mucius Scaevola* y de *Accursio*", *Glossae. European Journal of Legal History*, 14, 2017, 278-298.

EIN, E., "Le azioni dei condomini", *BIDR*, 39, 1931, 73-294.

FERRINI, C., *Le origini del contratto di società in Roma*, *AG*, 38, 1887, 3-32.

FREZZA, P., "*Actio communi dividundo*", *RIGS*, 7, 1932, 3-142.

- “L’istituzione della collegialità in Diritto romano”, *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, 507-542.

FUENTESECA, P., “Función histórica del *pactum*”, *Estudios homenaje a A. D’Ors*, I, Pamplona, 1987, 487-500.

GALLO, F., “La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio”, *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970, 479-542.

GARCÍA LUDEÑA, M. T., *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), UNED, 2015. Disponible online en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Mtgarcia/GARCIA_LUDENA_MariaTeresa_Tesis.pdf.

GAUDEMET, J., *Étude sur le régime juridique de l’indivision en Droit romain*, Paris, 1934.

GEIB, O., *Die rechtliche Natur der actio communi dividundo*, H. Laupp, Tübingen, 1882.

GONZÁLEZ ROLDÁN, Y., “Gai Institutiones. Commentarius Tertius. Instituciones de Gayo. Comentario Tercero”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 29, 2005, 243-332.

GUARINO, A., “*Dissensus sociorum*”, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 5, Milano, 1971, 135-149.

- *La società in Diritto romano, Societas consensu contracta*, Napoli, 1972.

GUZMÁN BRITO, A., “El carácter dialéctico del sistema de las *Institutiones* de Gayo”, en Carvajal (ed.), *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, 427-458.

HEIMBACH, K.W.E., *Basilicorum Libri LX*, Leipzig, 1833-1870.

HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992.

HERRERA BRAVO, R., “Sociedad”, *Derecho romano. Base del Conocimiento Jurídico*, en Portal de Derecho iustel.com. Disponible online en <https://www--iustel--com.ujen.debiblio.com/v2/c.asp>

HINGST, K.-M., *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.

HORAK, F., *Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1969.

IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

KASER, M., “*Divisio obligationum*”, en Stein, P.- Lewis, A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, Sweet & Maxwell, London, 1983, 73-86.

- “Neue Literatur zur *societas*”, *SDHI*, 41, 1975, 278-338.

KRELLER, H., *Römisches Recht. Grundlehren des Gemeinen Rechts*, Wien, 1950.

LENEL, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2ª ed., Leipzig, 1907.

- *Palingenesia Iuris Civilis, Volumen Prius [I]; Volumen alterum [II]*, Lipsiae, 1889.

LÖBER, B., *El Derecho de sociedades en la Escolástica Española*, trad. esp. A. Pérez Martín, Opera Histórica, Ser. Minor VI, 1979.

MANTOVANI, D., *Le formule del proceso privato romano*, 2ª ed., Padova, 1999.

MAYER-MALY, T., “*Divisio obligationum*”, *The Irish Jurist*, 2, 1967, 375-385.

MEISSEL, F. S., “Zur Konkurrenz von *actio pro socio* und *actio communi dividundo*”, *Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies*, 5, 1999, 15-47.

NELSON, H.L.W., “Die textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente”, *Ius Romanus. Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, 1, Leiden, 1968, 135-180.

PALMA, A., “Note sul *paries communis* tra conflitto e cooperazione”, *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, 5, BOE, 2021, 649-655. (Disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-50064900656).

PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, vol. 2, 2ª ed., Roma, 1928.

POTHIER, R. J., *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae, De lingua latina in gallicam versae* de Bréard-Neuville, t. 5, Paris, 1821.

RICCOBONO, S., “Dalla *communio* del diritto quiritario alla *comproprietà* moderna”, *Essays in Legal History*, Oxford, 1913, 33-119.

- “La formazione della teoria generale del *contractus* nel periodo della giurisprudenza classica”, en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, 1, Giuffrè Editore, Milano, 1930, 123-173.

ROBY, H. J., *Roman Private Law. In the times of Cicero and of the Antonines*, vol. 2, Cambridge University Press, 1902.

ROTONDI, G., “*Natura contractus*”, *BIDR*, 24, Milano, 1911, 5-115 [= *Scritti Giuridici*, 2, Milano, 1922, 159-267].

SALAZAR REVUELTA, M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2003.

SANTOS MORÓN, M. J., *La forma de los contratos en el Código civil*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

SANTUCCI, V., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, CEDAM, Padova, 1997.

STAGL, J. F., "Das didaktische System des Gaius", *ZSS*, 131, 2014, 313-348.

STARACE, P., *Sulla tutela processuale del communiter gerere. Intorno a D. 17,2,62*, Cacucci Editore, Bari, 2015.

STOLFI, E., *Studi sui Libri ad Edictum di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, LED Edizioni Universitarie, Milano, 2001.

TALAMANCA, M., *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.

- "La tipicità dei contratti fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone. *Contractus et pactum*. Tipicità e libertà negoziale nella esperienza tardo repubblicana", *Atti del Convegno di Diritto romano e della presentazione della nova riproduzione della littera Florentina, Copanello 1988*, Napoli, 1990, pp. 35-108

- "Società (Diritto romano)", *EdD*, 42, 1990, 814-857.

TERRAZAS PONCE, J. D., "La tutela jurídica del agua en el Derecho romano". *Revista Chilena de Derecho*, 2012, vol.39, n.2, 371-409. Disponible online en:

[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000200007&lng=es&nrm=iso)

y

[http://dx.doi.org/10.4067/S0718-](http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000200007)

[34372012000200007](http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000200007)

TONDO, S., "Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica", *SDHI*, 60, 1994, 601-612.

TORRENT, A., "Consideraciones sobre la *societas omnium bonorum*", *RISG*, 94, 1963-1967, 205-216.

- "*Consortium ercto non cito*", *AHDE*, 34, 1964, 479-502.

- "Notas sobre la relación entre *communio* y copropiedad", *Studi Grosso*, 2, Torino, 1968, 97-116.

VOCI, P., *La dottrina romana del contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 1946.

WESTRUP, C. W., "Joint family and family property in Early Law", *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, 1, Padova, 1934, 143-178.

WIEACKER, F., *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, 1, Weimar, 1936.