

BIBLIOGRAFIA

BIANCHINI, Mariagrazia: *Studi sulla societas* (Università di Milano, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, serie II), Milano, Giuffrè, 1967, pp. 126.

Esta es la segunda vez que tengo la oportunidad de reseñar un trabajo de la A. para los lectores del *Anuario*¹. El presente estudio, que acomete una institución clave del derecho contractual romano, representa un intento de aclarar dogmáticamente un tipo de sociedad: la *societas omnium bonorum* de los tiempos clásicos, que la A., aisladamente, viene a considerar como institución *iuris civilis*, con unas particularidades especiales dentro del ámbito clásico del contrato de sociedad. Veamos hasta dónde nos conducen las investigaciones propuestas en este estudio.

En el capítulo I (pp. 1-28), la A. examina el *aliud genus societatis* en las instituciones de Gayo. A la muerte del *paterfamilias* se instauraba espontáneamente (*erat*) una *societas*, que disciplinada por primera vez en las XII Tablas, podía por ello ser definida *naturalis* (o sea, realizada automáticamente a la muerte del *pater*) y *legitima*, en cuanto disciplinada por la ley, comunidad que sobreviviría no tanto por razones económicas², que incidirán en un segundo momento, sino más bien por razones defensivas y por motivos de carácter afectivo. Lo que caracteriza el primitivo *consortium* es el vínculo de sangre (p. 8) y no necesitaba algún acto particular directo para su constitución. Este continuar viviendo juntos, aun cuando estaba prevista la posibilidad de una división, presuponia en cada componente del grupo el deseo, o también la voluntad, de no pedir la disolución de la sociedad, deseo o voluntad que podían ser más o menos conscientes, pero que no significan considerar el *consortium* como un contrato consensual, con un consentimiento manifestado tácitamente, como ha sido afirmado por algún sector de la doctrina (Solazzi, Maschi). Respecto al *consortium ceterorum*, la *legis actio* constitutiva sería la *sacramento in rem* como medio para actuar la *in iure cessio*. No estoy de acuerdo que los *extranei* recurrieran a la expresión *ercto*

1. TORRENT, rec. a Bianchini, *La formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964, en *AHDE*, 36 (1966), p. 607 ss.

2. En contra, ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914 (= *Scritti Centenario Jovene*, Napoli, 1954, p. 119), que defiende el principal carácter económico del *consortium*.

non cito en la fórmula de constitución, como parece indicar la A. (p. 12, nt. 26), que reclama analógicamente el recurso a la *in iure cessio* para el reconocimiento ficticio de una situación familiar en la *in iure cessio hereditatis* (p. 13, nt. 27), con lo que tampoco estoy de acuerdo³.

De la referencia gayana a un *aliud genus societatis* (Gayo, 3.154 a), deduce la A. que Gayo no habla a propósito de la *societas* de su estructura como negocio, sino que súbitamente presenta los dos tipos fundamentales, faltando al jurista la visión unitaria del instituto, quizá debido (p. 17) a la configuración tardía de la sociedad como contrato consensual, e incluso es probable que en época de Gayo no existiese aún una concepción unitaria de *societas*, sino que se considerasen varias situaciones concretas, diversas por su contenido y fin inmediato, y unificadas, sin embargo, por ciertas afinidades, como la participación en ganancias y pérdidas, la colaboración entre los socios y particularmente la tutela procesal (*actio pro socio*). Por ello, cuando habla Gayo de un *aliud genus* se refiere a un tipo diverso de los considerados precedentemente y caracterizado por ser *proprium civium Romanorum*, derivado directo de la antigua *societas*, a la que se había referido anteriormente. El término *societas* (p. 18) alcanzó el significado técnico de contrato (consensual) de sociedad tardíamente, y ni aun en la primera época clásica se hubiera logrado este concepto. Antes, el término *societas* designaría una relación de carácter asociativo, duradera, de coordinación y colaboración entre varios sujetos, independientemente de la fuente de donde traía su origen, ideas que la A. recaba del manual gayano, especialmente de 3.154 b.: *alii quoque qui volebant eandem societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione*, sociedad conseguida a través del reconocimiento ficticio de la cualidad de *frater*, y que la A. parece indicar como propia de la época de Gayo esta *societas ceterorum*.

Las diversas figuras de sociedad universal en la época clásica son estudiadas en el cap. II (pp. 29-69). La A. parte de la premisa general que en esta época había decaído la comunión hereditaria que cita Gayo (3.154 a), añadiendo con razón que ahora la sociedad se distingue no sólo de la pura y simple indivisión hereditaria (D. 17.2.52.6), sino también del condominio en general. De las particularidades que señalan los compiladores sobre el *transitus legalis* en la *societas omnium bonorum*, y sólo para ésta y no para otros tipos de sociedades, destaca la convergencia en época clásica de una *societas propria civium Romanorum* distinta de las *societates iuris gentium*. Por ello no extraña a la A. que en D. 17.2.2; D. 17.2.3.1 no se haga mención expresa de una *legis actio* (p. 41) para operar el *transitus legalis* en la *soc. omn. bon.*, y se mantenga la *traditio tacita* justiniana, pues a los juristas (Gayo y Paulo) conscientes de la especialidad de este tipo de *societas propria civ. Rom.* les interesaba destacar las diferencias entre este tipo y las otras *societates*

3. TORRENT, *Venditio Hereditatis*, Salamanca, 1966, p. 132 ss.

*iuris gentium*⁴. Sin embargo, reconoce que esta *soc. omn. bon.* especial según la A., haya sido el modelo fundamental, el producto de la experiencia romana más genuina, punto de referencia tanto del Edicto como de la *actio pro socio*, pero que son diferentes estos tipos de sociedades, añade la A., puede observarse en los comentarios de Q. Mucio y de Sabino. Estos comentarios, antiguos y tradicionales, ponen a la *soc. omn. bon.* en primer lugar por seguir el orden tradicional, pero ya Gayo se separa de esta sistemática y expone esta *societas iuris civilis* después de los supuestos sociales *iuris gentium*. Asimismo deriva la existencia de esta *soc. iuris civilis* de D. 44.7.57, donde, a propósito del error en los contratos consensuales de compraventa y arrendamiento, añade: *et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas quae in consensu consistit*. En este punto la A. dice (p. 43) que el error determinante en el consentimiento incide sobre la validez de aquella *societas* haciéndola nula, concluyendo que el error no tiene importancia para aquella sociedad que no se basa exclusivamente sobre el consentimiento, sino que está constituida por un negocio solemne, formal, y aunque la A. insiste (p. 43, nt. 35) que esta *societas* no es la *societas re coita*, no me convence su argumentación, porque, en primer lugar, no me convence la clasicidad de una *societas contracta re*: el contrato de sociedad es consensual, no formal, y este consentimiento podrá ir acompañado de unos actos más o menos solemnes (*communicatio bonorum*, por ejemplo), pero lo esencial es el consentimiento. Tampoco me convence el recurso que para su tesis encuentra la A. en el escolio de Esteban a D. 17.2.52.6 (Hb. Bas. I, 753). En este texto no se diferencia una *societas iuris civilis* de las *societates iuris gentium*, sino que Esteban cita la *χοινωνία εκτο non cito*, instituto antiquísimo, desaparecido desde hacía muchísimo tiempo, y que en mi opinión sólo encuentra su explicación en que Esteban era un gran conocedor de las antigüedades romanas⁵. El mismo argumento extrae de Gayo, 3.148: *societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii*, observando que Gayo habla de *soc. totorum bonorum* y no *soc. omn. bon.* Pero en mi opinión esto no deja de ser un relieve puramente formal, y en otros fragmentos del Digesto se citan indiscriminadamente *socii omnium bonorum*. Incluso en D. 17.2.65.3 se habla de *soc. omn. bon.* refiriéndola como contrato consensual.

De todos estos argumentos deriva la A. que cuando las fuentes citan *soc. omn. bon.* se refieren a una sociedad fundada con acto solemne. También trae argumentos para su tesis de D. 17.2.7 y D. 17.2.73, refe-

4. Tampoco estoy de acuerdo con estas afirmaciones. Cfr. TORRENT, *Consideraciones sobre la societas omnium bonorum*, en *RISG*, 3.ª S. XI (1963-67), p. 205 ss.

5. TORRENT, *Consortium εκτο non cito*, en *AHDE*, 34 (1964), p. 501.

rentes a *societates universarum fortunarum*, pero en mi opinión tampoco de estos textos puede recabarse argumentos para una diferenciación entre una *societas iuris civilis (omnium bonorum)* y las *societates iuris gentium (universarum fortunarum)*. Son frases que expresan ambas la esencia de la sociedad de todos los bienes: aportaciones generales a la sociedad. Dogmáticamente así, la A. distingue una *soc. omn. bon.* que es *iuris civilis*, y las *societates universarum fortunarum iuris gentium*, admitiendo ciertas afinidades estructurales entre ambas, considerando que en la primera el acto solemne de constitución produce inmediata y necesariamente efectos reales sobre la totalidad de los bienes presentes de los socios, y consecuentemente, también de los futuros, sociedad que teniendo un fin de lucro, no es tan acentuado como en las sociedades comerciales “*vere e proprie*” (p. 62).

En el cap. III (pp. 71-118) vienen consideradas la *societas*, *communio* y *actio pro socio*, intentando la A. en primer lugar una clarificación de las relaciones entre *societas* y *communio*. Admite que la antigua *quaedam legitima et naturalis societas* pueda ser considerada como el precedente común de la sociedad y del condominio, aunque Gayo no identifica esta *societas* (3.154 a) con el condominio, pues destaca ante todo la relación personal de carácter asociativo que une a los *consortes*, constituyendo la copropiedad de los bienes entre éstos únicamente un aspecto —aunque principal— de la relación asociativa. Rechaza, por ende, la tesis de Ein y Frezza de la *societas re coita*, y siguiendo a Gaudemet estima que la utilización clásica del término equívoco *socius* para designar socios y condóminos, prueba la marcha paralela de ambas instituciones con un origen común, aunque en época clásica las diferencias estructurales entre ambas son grandes. La A. destaca debidamente los textos ciceronianos en que *voluntaria societas* (apuntando a la consensualidad) se diferencia de la *hereditaria societas* (que indican el condominio), admitiendo que el lenguaje ciceroniano carece de rigor técnico (p. 77), y desde luego, incluso en las mismas fuentes clásicas, el término *societas* designa una variedad de supuestos muy diversos entre sí.

Respecto a la *actio pro socio*, la A., siguiendo a Wieacker⁶, considera que es antigua y su origen está en la regulación de las pretensiones entre los *consortes*. La terminología gayana *societatem coire*, en relación con las investigaciones de matiz filológico de Saumagne que comparte la A., la lleva a entender que el uso de *coire* en tema de sociedad confirma la inseparabilidad originaria del término respecto a la *soc. omn. bon. iuris civilis*, y de ésta respecto a la *actio pro socio*; por otra parte, confirma también el carácter voluntario, pero no necesariamente consensual, de la

6. WIEACKER, *Societas Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, p. 209. Esta obra, junto con la de ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, constituyen las mejores monografías sobre el tema

constitución de la relación asociativa (p. 93). Entiende asimismo la A. que la *actio pro socio* sería intentable *manente societate* en la *soc. omn. bon.*, y divisoria en los demás tipos de sociedades. La *actio pro socio* sería en origen una acción civil, extendida más tarde a regular situaciones *iuris gentium*.

Como hemos visto, la tesis central de la A. se funda en la consideración de la *soc. omn. bon.* clásica como instituto *proprium civium Romanorum*. Para demostrar esta tesis acude a una crítica textual —en mi opinión demasiado arriesgada y frecuentemente sólo hipotizable— y a la evolución de la *actio pro socio*. ¿Hasta qué punto son ciertas estas conclusiones? En cierta manera, ya he ido exponiendo mi criterio al indicar el pensamiento de la A., pero ahora quizá sea oportuno señalar otras puntualizaciones de carácter más general. Por otra parte, ya ha sido hecha una crítica más particularizada al trabajo que acabo de reseñar por Bona⁷, a cuyos resultados me adhiero sustancialmente.

En primer lugar, creo excesivo destacar de una manera tan tajante las diferencias entre el *ius civile proprium civium Romanorum* y el *ius gentium*. Creo que la unidad fundamental del *ius romanum* brillantemente defendida por Lauria⁸, o desde otro punto de vista, lo que Riccobono ha venido a destacar como la progresiva fusión de los elementos orgánicos del Derecho Romano, subrayando, por ejemplo, el paralelismo entre el *ius gentium* y el *ius praetorium*⁹ y la unión orgánica entre *ius civile* y *ius gentium*¹⁰. Hoy, con la aportación fundamental de las investigaciones papirológicas, principalmente por mérito de Partsch y Pringsheim para la compraventa, y Wolff para el arrendamiento, se ha llegado a la conclusión que los institutos de recepción extranjera en Roma son poquísimos, y en todo caso, adaptados, como podían ser las arras penitenciales, el *foenus nauticum* y algún otro, pero, desde luego, los contratos consensuales no. Así está claro que los griegos no conocieron como contratos consensuales ni la compraventa ni el arrendamiento. Por otro lado, el carácter consensual del contrato de sociedad en Roma es evidente, y a partir de Quinto Mucio aparece ampliamente documentado. Una obra de gran fuste comparativístico, como la de Szlechter¹¹, nos convence de la poca influencia que tuvieron los derechos orientales sobre el Derecho Romano en este tema. Concretamente, el

7. BONA, *Società universale e società questuaria generale in diritto romano*, en *SDHI*, 33 (1967), p. 366 ss.

8. Vid. recientemente LAURIA, *Ius Romanum*, I, 1, Napoli, 1963, p. 9 ss.

9. RICCOBONO, *La definizione del ius al tempo di Adriano*, en *Annali Palermo*, XX (1949), p. 28 ss.

10. RICCOBONO, *ibid.*, p. 117.

11. SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome*, París, 1947.

plantear la *societas* dentro de los contratos consensuales representa una genial construcción romana, como la misma idea del *ius gentium*, que dejando aparte su valor filosófico¹², es estrictamente romana¹³.

Gayo, 3.135 e Inst. 3.22 pr., incluyen la *societas* entre los contratos consensuales, y el mismo Gayo en 3.154 a, cuando contrapone la *societas* consensual *iuris gentium* a la *soc. propria civium Romanorum*, se refiere al "Olimzeit", no a la situación de su tiempo. Los argumentos de la A. son claros, pero se basa sobre conjeturas: pretende ver excesivas particularidades en la *soc. omn. bon.* como para identificarla con una especial *soc. omn. bon. iuris civilis*, pero, por un lado, olvida el proceso de "civilización" del *ius gentium*, que en origen agrupaba determinados institutos aptos para romanos y *peregrini*, reunidos bajo la tutela procesal de los *bonae fidei iudicia*, que, a su vez, presupone la actuación *in iudicio* a través de *formulae*¹⁴, lo que retrotrae la consensualidad a finales de la República. ¿Hasta qué punto es admisible que Gayo hablara de una *soc. propria civ. Rom.* justo cincuenta años antes de la generalizadora *constitutio antoniniana*? Realmente, desde un prisma conceptual lógico, parece poco atendible esta visión. Ciertamente, los escritos de los clásicos no son un modelo de precisión dogmática en torno a los perfiles estructurales de la *societas*, que incluso a veces puede confundirse con la *communio*¹⁵; es decir, la terminología es confusa algunas veces, y en este sentido puede observarse también una estimación excesiva de la A. por los términos *universarum fortunarum* y *universorum bonorum*, minusvalorando la expresión *omnium bonorum*. Me parece acertado, y estoy de acuerdo con la A., que la *soc. omn. bon.* es heredera directa del *consortium ceterorum*, y confirmo plenamente su visión de la importancia del acto de transmisión idóneo para conferir todos los bienes a la sociedad (a través de una *in iure cessio*), pero de aquí no se deriva la especialidad *iuris civilis* de esta *soc. omn. bon.*, que es consensual, y en este sentido deponen la pequeña cadena de textos D. 17.2.1.1; *eod* 2; *eod* 3-1, o ¿es que existe una consensualidad *iuris civilis* y otra *iuris gentium*? ¿Por qué excluir a los *peregrini* de formar válidamente una *soc. omn. bon.*? Creo que ningún texto autoriza fundadamente esta tesis restrictiva, que la A. se complace tanto en destacar. El régimen de la *soc. omn. bon.*, debido al carácter general de esta sociedad y a su lastre histórico, naturalmente ha de diferenciarse en alguna manera de

12. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947, ha demostrado con gran acopio de argumentos la prioridad del concepto filosófico sobre el jurídico.

13. Cfr. SCHONBAUER, *Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte*, en ZSS, 49 (1929), p. 383 ss.

14. Vid. WATSON, *Consensual "societas" between Romans and Introduction of "formulae"*, en RIDA, 3.ª S. IX (1962), p. 431 ss.

15. TORRENT, *Notas sobre la relación entre "communio" y copropiedad*, que aparecerá en *Studi in onore di Grosso*.

los otros tipos de sociedades, pero ello no autoriza a destacarla como exclusiva *civ. Romæ*.

No quiero acabar estas líneas sin expresar mi satisfacción por el libro que acabo de presentar. Su construcción es moderna y la A. ha realizado un esfuerzo considerable; su intento de señalar una nueva vía en el accidentado campo de la *societas* está llevado con gran rigor, y aunque se pueda disentir de sus opiniones —y ya hemos visto cómo yo disiento profundamente y en puntos fundamentales—, no puedo menos de alborozarme cuando leo estos trabajos que ofrecen tan vasto campo de reflexiones romanísticas.

ARMANDO TORRENT

BISCARDI, Arnaldo: *Lezioni sul processo romano antico e classico*. (Torino, Giappichelli, 1968), VI + 536 págs.

El autor ha estudiado muy especialmente, desde hace años, el tema, central para todo el derecho procesal romano, de la litiscontestación. Presenta ahora, en forma de lecciones litografiadas, un extenso curso en el que reajusta y desarrolla los resultados de sus investigaciones anteriores. El tema se concentra en el período clásico pre- y ebuiano, quedando para otro momento la litiscontestación del procedimiento cognitorio, la del procedimiento acusatorio criminal y la de la época post-clásica y justiniana.

A. O.

EL CÓDIGO TEODOSIANO: Traducción. Director, AGUSTÍN DÍAZ BIALET. Instituto de Derecho Romano de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina), 2 volúmenes; págs. 81 y 53 respectivamente, 1964-1967.

Se trata de una traducción que se vierte por primera vez al castellano realizada sobre el texto latino, edición ordinaria de TEODORO MOMMSEN, publicada con el aparato crítico de P. KRUEGER. Ha sido dirigida por el Profesor Dr. AGUSTÍN DÍAZ BIALET con la colaboración de los Profesores SILVINO A. PAUTASSO, HUMBERTO VÁZQUEZ y ALDO COOPER, y el estudiante de la Facultad, ASENSIO M. CASTELLÓN, asistente a la traducción y autor de la dactilografía de los originales portadores de todos los signos del trabajo cumplido.

Constituye un acierto el trabajo sobre estas fuentes, porque ello contribuye a la investigación histórica-jurídica, lo que da profundidad y explica lo perenne del Derecho. Y es precisamente a los romanistas a los que corresponde sin duda realizar esta clase de trabajos sobre el llamado por los mismos autores *El Derecho de las Constituciones*.