

ACTIO PRO SOCIO Y PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN

POR YURI GONZÁLEZ ROLDÁN¹

RESUMEN: La responsabilidad del socio se encontraba limitada al *id quod facere potest* (aquello que puede realizar), esto significa que el demandado tenía el beneficio que la condena no habría superado el activo patrimonial a menos que las deudas no fueran originadas por la misma sociedad '*ex ipsa societate debeatur*' (el así llamado '*beneficium competentiae*') evitándose en tal modo la ejecución patrimonial: *missio in possessionem* y *bonorum venditio*. Sin embargo, podía suceder que el pretor después de la *causa cognita*, hubiera negado de favorecer al demandado con la *taxatio* en razón de su comportamiento doloso y este aspecto es el que se analiza en la presente investigación.

PALABRAS CLAVE: *Societas*, Dolo, Culpa, *Interdicta*, Jurisprudencia.

ABSTRACT: The partner's responsibility was limited to the *id quod facere potest* (what he can do), this means that the defendant had the benefit that the conviction would not have exceeded the equity asset unless the debts were not originated by the same company '*ex ipsa societate debeatur*' (the so-called '*beneficium competentiae*') thus avoiding patrimonial execution: *missio in possessionem* and *bonorum venditio*. However, it could happen that the praetor after the cognitive cause would have refused to favor the defendant with the *taxatio* because of his malicious behavior and this aspect is the one analyzed in the present research.

KEYWORDS: *Societas*, Fraudulent conduct, Guilt, *Interdicta*, Court precedent.

SUMARIO: 1. EL CONTENIDO DE LA FÓRMULA DE LA ACTIO PRO SOCIO. 2. LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN D. 17.2.68.1 (GAI 10 AD EDICT. PROV.). 3. EL CRITERIO DE LA PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN APLICADO A TODOS LOS TIPOS DE SOCIETATES. 4. EL SOCIO DEMANDADO NO SE ENCUENTRA OBLIGADO POR SU CULPA SINO QUE ÚNICAMENTE ES RESPONSABLE POR EL DOLO. 5. CONCLUSIONES. 6. FUENTES DE CONSULTA.

1. EL CONTENIDO DE LA FÓRMULA DE LA ACTIO PRO SOCIO

En una anterior investigación² consideramos la *actio pro socio* dentro de las acciones en donde el empobrecimiento doloso del deudor antes de la *litis contestatio* concedía al demandante la posibilidad de ejercitar la acción en el juicio en contra del demandado como demuestran diferentes textos de la jurisprudencia antonina y severiana [...*quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis...* en D. 17.2.68.1 (Gai 10 ad edict. prov.); ...*in id quod facere possunt quodve dolo malo fece-*

1 Profesor en la Universidad de los Estudios de Bari 'Aldo Moro', Italia.

2 Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari-Cacucci 2010, 208-211.

rint quo minus possint... en D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad edict.*); ...*quod dolo fecit quo minus possit...* en D. 17.2.63.7 (Ulp. 31 *ad edict.*)]. En esta sede tenemos la intención de profundizar la problemática para explicar aspectos que necesitan de una mayor atención.

Como es notorio, la responsabilidad del socio se encontraba limitada al *id quod facere potest* (aquello que puede realizar), esto significa que el demandado tenía el beneficio que la condena no superaría el activo patrimonial a menos que las deudas no fueran originadas por la misma sociedad '*ex ipsa societate debeatur*' (el así llamado '*beneficium competentiae*') evitándose en tal modo la ejecución patrimonial: *missio in possessionem* y *bonorum venditio*³. Sin embargo, podía suceder que el pretor después de la *causa cognita*, hubiera negado de favorecer al demandado con la *taxatio* en razón de su comportamiento doloso, como por ejemplo, el caso del receso fraudolento e inmediato del *socius* para evitar de compartir los beneficios obtenidos por motivo de una herencia⁴ o el hecho de negar falsamente de no haber efectuado el contrato de

- 3 D. 17.2.63.3 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Id quod facere socius potest quemadmodum aestimandum sit? et placuit non debere deduci aes alienum quod debetur a socio: ita et Marcellus libro septimo digestorum scripsit, nisi forte, inquit, ex ipsa societate debeatur.* (¿En que modo deben ser estimados los límites de las posibilidades económicas del socio? Y parece bien que no se deban deducir las deudas que son debidas por el socio; así escribió también Marcelo, en el libro séptimo de los digestos, siempre y cuando no sean debidos por motivo de la misma sociedad). Tal beneficio de carácter personal se extendió al garante del socio como se demuestra en D. 17.2.63.1 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Videndum est, an et fideiussori socii id praestari debeat an vero personale beneficium sit, quod magis verum est. sed si hic fideiussor quasi defensor socii iudicium suscepit, proderit sibi: namque Iulianus libro quarto decimo digestorum scripsit defensorem socii in id quod socius facere potest condemnari oportere...* (Se necesita observar si tal beneficio deba ser extendido también al garante del socio o si se trate mas bien de un beneficio personal, que resulta ser lo más correcto. Sin embargo, si el garante aceptó la *litis contestatio* como defensor del socio tal beneficio será concedido también a esta persona. Juliano en el libro décimo cuarto de los digestos escribió que el defensor del socio debe ser condenado en los límites de las posibilidades económicas del socio...) Sobre el argumento ver: A. GUARINO, *Studi sulla "Taxatio in id quod facere potest"*, en *SDHI* 7, 1941, 5-34; *idem*, *La società in diritto romano*, Napoli-Jovene rist. 1988, 195-201, *idem*, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli-Jovene rist. 2015, 22-32; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, 2a rist., Napoli-Jovene 1950, 29-31, 183-188; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen-Scientia Antiquariat, 3a ed., 1956, 297-299; M. BIANCHINI, *Studi sulla società*, Milano-Giuffrè 1967, 86-99.; J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, Göttingen-Schwartz 1986, 27-31.; M. TALAMANCA, v. *Società (dir. Rom.)*, en *ED*, XLII, Sep-Sorv, Milano-Giuffrè 1990, 852-854; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2a auf., München-C.H. Beck 1996, 316 n. 35; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, 2a ed., Padova-CEDAM 1999, 54 n. 145.
- 4 Como se demuestra en D. 17.2.65.3 (Paul.32 *ad ed.*)...*Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit...*(Casio escribió que aquél que haya hecho la rescisión de la sociedad libre de cualquier tipo de obligación respecto a sus socios no se libera de ellos. Y este derecho debe ser observado si el receso fue efectuado con dolo, como por ejemplo, en el caso en que nosotros hubieramos constituido una sociedad de todos los bienes y si hubiera llegado a uno solo de ellos una herencia y por este motivo haya renunciado a formar parte de la sociedad. Sobre este último argumento ver F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano-Giuffrè 1973, 79-115.

sociedad⁵, pero el argumento que a nosotros nos interesa en este momento consiste en la exclusión del beneficio cuando el socio, considerando la eventualidad que se deba ejercitar una acción en su contra, hubiera enajenado o dilapidado el propio patrimonio con la finalidad de defraudar al demandante en el proceso.

La *actio pro socio* forma parte de los *bonae fidei iudicia* al mismo modo que otras acciones que encuentran su fundamento en el consentimiento como se indica en Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto..., mandati..., pro socio...* Pero son juicios de buena fe aquellos que provienen de una acción de compraventa, de arrendamiento, de mandato, de sociedad) y por esto, después de la designación del juez (*iudicis nominatio*) se incorporaban en la fórmula la *demonstratio*, una *intentio incerta* y una *condemnatio* incluyéndose en el deber (*oportere*) la cláusula de buena fe (*ex fide bona*⁶) como claramente se observa en la reconstrucción de Lenel (*Das Edictum Perpetuum*, Tit. XIX § 109):

Quod A. Agerius cum N. Negidio societatem omnium bonorum coitit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio (alterum alteri) dare facere (praestare?) oportet ex fide bona dumtaxat quod N. Negidius facere potest, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.

Sea juez Gayo Aquilio. Ya que Aulo Agerio (el demandante) se unió con Numerio Negidio (el demandado) en sociedad *omnium bonorum* (por la totalidad del patrimonio) materia motivo de la controversia, respecto a todo esto que, por tal motivo, Numerio Negidio debe dar o hacer de lo cual debe responder a favor de Aulo Agerio según la buena fe, en los límites de las posibilidades de Numerio Negidio, el juez condene a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio; si no resulta en tal modo, lo absuelva.

En el modelo de fórmula propuesto por Lenel se encuentra indicado el *quod facere potest* (lo que puede hacer) no obstante el maestro reconozca que tal beneficio habría

5 Caso indicado en D. 42.1.22.1 (Pomp. 21 *ad Quin.Muc.*): *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur.* (Pero lo que se ha dicho de los socios, que también ellos son condenados a cuanto pueden satisfacer, dice el pretor que lo hará el con conocimiento de causa, pero el conocimiento de causa consistirá en esto, para que no se auxilie al que niega que es socio o al que está obligado por virtud de cláusula de dolo). Como menciona ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 184, la negación de la efectiva celebración del contrato de sociedad es una forma de defensa inspirada demasiado en la mala fe porque quien la realiza no puede obtener un tratamiento benigno.

6 Sobre el argumento ver L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München-M. Hueber 1925,156; F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, en ZSS 80, 1963, 1-41; M. TALAMANCA, v. *Processo civile (dir. rom.)*, en ED, XXXVI, Proc-Prog, Milano-Giuffrè 1987, 64-68; *Idem*, v. *Società (dir. Rom.)* cit. 852-354. *Idem*, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell'ordinamento*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001, IV, Padova-CEDAM 2003, 131-157; KASER- HACL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 153-157. R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino-Giappichelli, 2004, 100-106.

sido concedido después de una evaluación discrecional del pretor en una *causae cognitio*, opinión aceptada casi por la totalidad de la doctrina⁷ como se demuestra en D. 42.1.22.1 (Pomp. 21 *ad Quint. Muc.*): *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit...* (Pero lo que se dijo respecto a los socios, que también ellos son condenados en la medida de lo que puedan satisfacer, dice el pretor que lo otorgará con conocimiento de causa...) El pretor en tal sede debería apreciar las circunstancias específicas para conceder al demandado el '*beneficium competentiae*' si no se hubiera encontrado en situaciones contrarias a la *bona fides*; por ello, si Numerio Negidio hubiera declarado la falta de fundamento de la demanda por justos motivos o hubiera indicado circunstancias por las cuales efectivamente hubiera existido la deuda pero todavía no era exigible (por ejemplo, no había transcurrido el tiempo indicado en el pacto), el magistrado habría concedido el juicio con la limitación indicada en la fórmula. Si el pretor, por el contrario, hubiera negado al demandado la limitación de la condena por su comportamiento doloso porque antes del proceso enajenó o dilapido el patrimonio con la finalidad de defraudar a la contraparte, la fórmula quedaría sin el límite indicado como ya había hecho notar Arangio-Ruiz⁸:

Quod Aulus Agerius cum Numerio Negidio societatem omnium bonorum coiit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.

Ya que Aulo Agerio (el demandante) se unió con Numerio Negidio (el demandado) en sociedad *omnium bonorum* (por la totalidad del patrimonio) materia motivo de la controversia, respecto a todo esto que, por tal motivo, Numerio Negidio debe dar o hacer de lo cual debe responder a favor de Aulo Agerio según la buena fe el juez condene a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio; si no resulta en tal modo, lo absuelva.

Ferrini⁹ critica la tesis de Lenel que presenta la *societas omnium bonorum* como modelo de reconstrucción de la fórmula porque el desarrollo del contrato de sociedad es independiente al *consortium erecto non cito*, situación por la cual, según el, habría sido extraño que el pretor hubiera considerado en la fórmula propuesta en su edicto la so-

7 La tesis de LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* cit. 298 es aceptada por ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 30 n. 2, pero prefiere suprimir la frase *dumtaxat quod Numerius Negidius facere potest* (en los límites de las posibilidades de Numerio Negidio), porque como había hecho notar el mismo Lenel (p. 298) la limitación de la condena habría sido concedida por el mismo pretor previa *causae cognitio*; BIANCHINI, *Studi sulla società* cit. 88, reconoce que la reconstrucción leneliana, modelada en el ejemplo de la *societas omnium bonorum* encontró el favor unánime de la doctrina como habría aceptado también TALAMANCA, *v. Società (dir. Rom.)* cit. 852 n. 413 y MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano* cit. 54 (con pequeñas modificaciones de forma) si bien es cierto, existen opiniones de investigadores que tienen dificultad a aceptar tal pensamiento como se verá enseguida.

8 ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 30-31.

9 C. FERRINI, *Le origini del contratto di società* [1887], en *Opere di C. Ferrini* III, Milano-Hoepli 1929, 32-36.

cietas omnium bonorum. El texto que sirve a Lenel como fundamento de su propuesta [D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): ...*etiamsi non universorum bonorum socii sint, sed unius rei...*(también si no se trata de socios de todos los bienes, sino también de una cosa específica)] no forma parte del comentario de Ulpiano a la fórmula de la *actio pro socio* sino al edicto del pretor en donde se debía determinar si el demandado habría gozado del derecho de limitar su responsabilidad en el *id quod facere potest* (en lo que puede hacer): ...*attamen in id quod facere possunt...*

El investigador considera además que, si la fórmula de la *actio pro socio* hubiera tomado en consideración la sociedad universal, tal esquema no se podía adaptar haciendo pequeñas modificaciones para aplicarla a la *societas alicuius negotii*, se trata según Ferrini, di ‘una fattispecie ben diversa e di ben diversa efficacia’, si bien es cierto el autor reconoce que tal posibilidad existe en el edicto del pretor [por ejemplo en el caso del Tit. XLIII § 248 (Lenel) *a quo fundus petetur, si rem nolit defendere* (si se pida un fundo, si no quiera defender la cosa) en donde la palabra «*fundum*» empleada en el interdicto se podría sustituir con cualquier otro bien inmueble como se demuestra en *Fragm. Vindob § 4*], y por este motivo el remedio más probable habría sido el de usar acciones útiles. Si los juristas cuando comentan el edicto parten del análisis de la sociedad universal, la razón no es debida al hecho de que tal tipo hubiera servido como modelo de fórmula, sino porque los mismos inician su comentario a partir de la *societas* más amplia y completa.

Arangio-Ruiz¹⁰ comentando únicamente la primera afirmación de Ferrini, declara justamente que Ulpiano, cuando recuerda los casos en donde se puede aplicar el beneficio en D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad ed.*), subraya claramente ...*socium autem omnium bonorum accipiendum est...* (pero se ha de entender por socio el que es de todos los bienes) y como se observa en tal texto, el verbo *accipere* (entender) se refiere al argumento tratado en la obra del interprete en donde el modelo de la fórmula de la *actio pro socio* corresponde a la *societas omnium bonorum*. En relación al segundo argumento, debemos subrayar que efectivamente el uso de *actiones utiles* era un remedio del magistrado para utilizar la fórmula a otras especies similares ya consideradas por el *ius civile* por ejemplo, cuando el fundamento de la acción era una ley (el daño en el caso concreto no había sido causado *corpore* como exigía la *lex Aquilia*), sin embargo debemos notar una cosa evidente, los dos tipos de *societates* tienen en común la *actio pro socio* porque son *species* del mismo *genus* (Gai 3.148:*Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii...* Nos podemos unir en sociedad por todos los bienes o por un negocio determinado) y, puesto que el pretor escoge como ejemplo de fórmula la especie más amplia, la posibilidad del uso de una acción útil en el caso de la *societas unius negotiationis* resulta a nuestro parecer improponible. El último fundamento de Ferrini a su tesis no parece corresponder al método usado por la jurisprudencia para comentar el edicto del pretor porque, como es notorio, los

10 ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 30-31.

juristas, cuando analizan una determinada acción o interdicto, parten siempre de un comentario literal del edicto y no vemos el motivo por el cual, en el caso de la *actio pro socio* la situación hubiera sido diferente.

También Guarino¹¹ habría manifestado su oposición a la reconstrucción de la fórmula de la *actio pro socio* de Lenel afirmando que tal propuesta se encuentra sin fundamentos en la parte '*Quod As. As. cum No. No. societatem omnium bonorum coit*' (Ya que Aulo Agerio se unió con Numerio Negidio en sociedad por la totalidad del patrimonio) proponiendo de eliminar la indicación a la *societas omnium bonorum* en este modo: '*Quod As. As. cum No. No. societatem coit*' (Ya que Aulo Agerio se unió con Numerio Negidio en sociedad) porque a su parecer, el recuerdo a la sociedad universal en los textos jurisprudenciales en donde se comenta la *actio pro socio*¹² tienen un valor 'absolutamente nulo', pero respecto a tal tesis, como habíamos dicho *supra* en relación al criterio de Ferrini, los juristas, cuando comentan el edicto del pretor, parten de un análisis de las palabras usadas en la fórmula y no vemos razón por la cual la sociedad universal no hubiera podido servir como modelo de fórmula propuesto en el edicto. El investigador además, en referencia a D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*), texto que será motivo de estudio por nosotros y en el que se indica la *societas omnium bonorum* y la *taxatio*, considera que no resulta ser una prueba suficiente por la que tales elementos deberían ser considerados en la fórmula de la *actio pro socio*.

Kaser¹³ opina que no se puede aceptar la posición de Guarino, ya que si se elimina la referencia al tipo de sociedad, la fórmula carecería de una clara determinación del objeto y, si el demandante no precisaba en juicio a que tipo de sociedad hacía referencia, la demanda resultaría incompleta; por ejemplo, en el caso de las acciones que tienen como fundamento una compraventa (*actio empti* o *venditi*) deben especificar en la fórmula la *res* vendida o comprada (*Quod A. Agerius N. Negidio hominem quo de agitur vendidit, qua de re agitur*. Ya que Aulo Agerio vendió a Numerio Negidio el esclavo del cual se trata y que es la materia por la que se demanda/ *Quod A. Agerius de N. Negidio hominem quo de agitur emit, qua de re agitur*. Ya que Aulo Agerio compró a Numerio Negidio el esclavo del cual se trata y que es la materia por la que se demanda) porque en caso contrario la pretensión resulta imprecisa. Ciertamente, continua a argumentar Kaser, en D. 17.2.7 (Ulp. 30 *ad Sab.*) se dice: *Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt...* (Se puede constituir una sociedad también simplemente y, si no se hicieron indicaciones al respecto, se considera que se constituyó por todos los bienes), pero tal presupuesto

11 GUARINO, *La società in diritto romano*, cit. 8-11.

12 D. 17.2.1.1 (Paul. 32 *ad ed.*): *In societate omnium bonorum...* (En la sociedad de todos los bienes...); D. 17.2.3 pr. (Paul. 32 *ad ed.*): *Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu...* Todo aquello que consistirá en créditos, permanecerá en el estado en que se encontraba (respecto a la *societas omnium bonorum*); D. 17.2.5 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Societates contrahuntur sive universorum bonorum...* (Se contraen sociedades bien sea por todos los bienes...) y Gai 3.148: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum ...* (Nos unimos en sociedad bien sea de todos los bienes...)

13 M. KASER, *Neue Literatur zur 'Societas'*, en *SDHI* 41, 1975, 290-292.

se refiere a la constitución de la sociedad y no al ejercicio de la *actio pro socio*, ya que seguramente en la *demonstratio* de la fórmula de tal acción, se debía declarar el tipo de sociedad por la cual se ejercitaba la acción en el juicio.

2. LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN D. 17.2.68.1 (GAI 10 AD ED. PROV.)

La limitación de la responsabilidad del demandado al *id quod facere potest* (en la medida de lo que puede hacer), habría sido la buena fe, como dijimos arriba, pero podía suceder que el magistrado hubiera decidido de no conceder el beneficio porque el socio, considerando probable que sería demandado en futuro, se encontrase en la imposibilidad de cumplir enajenando o despilfarrando el propio patrimonio con la finalidad de defraudar el demandante en el procedimiento.

Ferrini¹⁴ correctamente indica que el grupo de pasajes que se encuentran en la compilación en D. 17.2.63 pr.-7 (Ulp. 31 *ad ed.*) se refieren a la *causae cognitio* anterior a la concesión de la fórmula con limitación de responsabilidad. De estos textos serán motivo de estudio D. 17.2.63 pr. y D. 17.2.63.7, porque tratan el problema del campo de aplicación del dolo en la *actio pro socio* que veremos a continuación. Además de estos, los compiladores incorporaron D. 17.2.68.1 (Gai 10 *ad edict. prov.*) que representa el punto de partida de nuestra investigación por el hecho de que cita las palabras usadas por el procónsul en el edicto provincial:

Illud quaeritur, utrum is demum facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione acquirendi non utitur. sed verius est de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est: 'quod dolo fecisti, ut desineres possidere'.

Se presenta la cuestión si se considera que haga en modo de no poder hacer aquel que gasta sus bienes en fraude de una acción futura o también aquel que no se aproveche de la oportunidad de adquirir (*illud-non utitur*). Pero resulta cierto que el procónsul se ocupa de aquel que gasta los bienes propios, y esto lo podemos inferir de los interdictos en los cuales se encuentra escrito en este modo 'porque haz hecho con dolo en modo de no poseer' (*sed-possidere*).

El texto forma parte de los pocos pasajes del comentario gayano al edicto provincial en relación a la *actio pro socio* que se incorporaron en la compilación (D. 17.2.2, 22, 34, 66 e 68). El jurista toma como modelo la *societas omnium bonorum* ya que, como hechos tratado de demostrar en el párrafo anterior, tal dato se encontraba indicado en la misma fórmula¹⁵ y entre los presupuestos para el ejercicio de la acción, cita las

14 C. FERRINI, *Le origini del contratto di società*, cit. 33.

15 O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis I*, Il Cigno-Roma (rist.) 2000, 214-215. Que en D. 17.2.2 Gayo hubiera tomado como modelo la *societas omnium bonorum* se puede comprobar con la unión que los compiladores hicieron entre D. 17.2.1.1 (Paul. 32 *ad edict.*) y D. 17.2.2 (Gai 10 *ad edict. prov.*). Paulo ini-

palabras del procónsul que se encontraban en el edicto en donde se debía decidir la limitación de la *condemnatio* al socio demandado después de haber examinado en concreto la cuestión¹⁶; si bien es cierto Gayo no habla del pretor sino del procónsul, es evidente que la misma situación debía verificarse también en el edicto del pretor urbano porque, como comenta Guarino¹⁷, los libros del jurista sabiniano *ad edictum provinciale* «facevano puro e semplice riferimento o rinvio a quello del *praetor urbanus*».

Los términos '*qui erogat bona sua*' usados por el procónsul probablemente corresponden al momento preciso en donde la autoridad habría decidido de no conceder el beneficio ya que relacionando esta parte de la frase a la *quaestio* propuesta por el jurista, se observa una referencia al comportamiento doloso que es el motivo por el cual el pretor habría negado de favorecer al demandado con la *taxatio*; además, si Gayo relaciona la parte del presente enunciado con los *interdicta*, deberemos suponer que se trate de un caso en donde el procónsul (o el pretor) haya hecho valer en primera persona su autoridad en referencia a una situación de conflicto, como sucede también en los interdictos¹⁸. Gayo presenta dos casos por los que el demandado no habría podido cumplir la pretensión del demandante, el primero, que el socio, considerando la eventualidad que sería demandado en juicio, gastaba sus haberes en fraude de una acción futura y el segundo, que no haya aprovechado la oportunidad de adquirir. El jurista, recordando la declaración del procónsul (debemos de recordar que Gayo está analizando el edicto de una provincia senatoria) analiza el primer supuesto '*qui erogat bona sua*' (quien gasta sus propios bienes) relacionando el caso con los interdictos que incorporaron el criterio de la pérdida dolosa de la posesión¹⁹.

cia a explicar que en la *societas omnium bonorum* todas las cosas que pertenecen a los socios se vuelven comunes (*In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*). La exposición se completa con el texto de Gayo en donde se explica que, si bien falta un acto de transmisión de propiedad, se considera que se transmiten los bienes en modo tácito (*quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire*).

- 16 Dificilmente se puede aceptar la tesis de ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 184, que la expresión *in id quod facere potest* (en los límites de lo que puede hacer el demandado) sea el resultado de una síntesis de la fórmula pretoria que se concluía con las palabras *vel dolo malo fecerit quo minus possit* (o bien con dolo ha hecho en modo de no poder hacer) excluyendo el beneficio por aquella parte del patrimonio que el demandado hubiera enajenado o dilapidado con la finalidad de defraudar la contraparte. La dificultad que encontramos en tal posición se encuentra determinada en el hecho que en D. 17.2.68.1 (Gai 10 *ad edict. prov.*) el recuerdo al dolo no resulta incorporado en la fórmula de la *actio pro socio*, sino que es el presupuesto identificado por la jurisprudencia para no conceder al demandado el *beneficium competentiae*.
- 17 A. GUARINO, *Gaio e l'«edictum provinciale»*, en *Iura* 20, 1969, 154-171.
- 18 Gai 4. 139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. Quod tum maxime facit...inter aliquos contenditur*. (En ciertos casos el pretor –o el procónsul– hace valer en primera persona su autoridad para poner fin a las controversias y lo hace sobretodo cuando surge un conflicto).
- 19 Argumento que ya tratamos en otras sedes: GONZÁLEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica* cit. 167 ss. = *Interdicta y pérdida dolosa de la posesión*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. A. Guzmán Brito II*, Alessandria-Orso 2011, 651 ss.

La relación que efectúa Gayo entre la *causae cognitio* y los *interdicta* tiene como finalidad subrayar la analogía entre las dos disposiciones del magistrado respecto al dolo (*idque ex interdictis colligere possumus*), ya que, al mismo modo por el cual un socio gasta sus propios bienes para evitar de encontrarse en la posibilidad de satisfacer la pretensión del demandante, lo mismo podía suceder con las órdenes del magistrado en donde se considera la conducta fraudulenta: interdicto *quorum bonorum*²⁰, *quod*

- 20 *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas* (De aquellos bienes, cuya posesión fue otorgada de acuerdo a mi edicto, aquello que posees a título de heredero o poseedor o bien comenzarías a poseer si nada hubiera sido usucapido o bien haz hecho dolosamente en modo de cesar de poseer, restitúyelo) (Tit. XLIII § 227 ed. Lenel). La reconstrucción de LENEL, *Das Edictum perpetuum* cit. 452, toma como fuente D. 43.2.1 pr. (Ulp 67 ad ed.): *Ait praetor: 'Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas'. Hoc interdictum restitutorium est et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet et appellatur 'quorum bonorum' et est apiscendae possessionis universorum bonorum.* (Dice el Pretor: 'De aquellos bienes cuya posesión fue otorgada por virtud de mi edicto a una determinada persona, debes entregarle la cosa que posees y que forma parte de los mismos bienes, o poseyeres como heredero o como poseedor, si nada hubiera sido usucapido, y lo que con dolo hiciste con la finalidad que dejaras de poseer'). P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano. La proprietà*.2.II, Milano-Giuffrè 1968, 344 (con referencias bibliográficas) tiene dudas que sean clásicos los términos *possideresve si nihil usucaptum esset*, sin dar una respuesta al respecto, pero claramente M. KASER, *Pro herede vel pro possessore* en *Studi in O. di A. Biscardi* II, Milano-Cisalpine 1982, 221 ss, explica que tales palabras, (si bien no encuentran confirmación en una constitución de Diocleciano y Maximiano del año 294 d.C. en C. 8.2.2, donde se menciona tal parte del edicto) son indispensables, porque en este modo se encuentra comprendido el caso de que la persona a la que va dirigida la orden del magistrado no tenga la posibilidad de tener las cosas hereditarias mediante la asignación de las mismas por parte del pretor.
- 21 *Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine non voluntate illius possides quodque dolo malo fecisti quo minus possideres, id si eo nomine satisdatum sit sive per illum non stat ut satisdetur, illi restituas* (Aquellos que de aquellos bienes, cuya posesión le fue otorgada con base en mi edicto, posees a título de legados no por su voluntad o bien haz hecho dolosamente en modo de no poseer, siempre que le sea otorgada garantía a tal título o bien no sea a él imputable la falta de entrega, restitúyelo) (Tit. XLIII § 228 ed. Lenel). La indicación de la pérdida dolosa de la posesión se encuentra en D. 43.3.1.7 (Ulp 67 ad ed.): *Quod ait praetor 'aut dolo desit possidere', sic accipere debemus 'desiit facultatem habere restituendi'* (Lo que dice el Pretor: o dejó de poseer con dolo malo, debemos entenderlo así 'dejó de tener la posibilidad de restituir'. La tesis de PH. LOTMAR, *Zur Geschichte des Interdictum quod legatorum*, en *ZSS* 31, 1910, 129 ss, que en origen el *interdictum quod legatorum* tutelaba quien había obtenido la *bonorum possessio* por parte del pretor, como demuestra *Fragm. Vat. 90* y D. 43.3.2.1 (Pau. 63 ad ed.), fue aceptada por la doctrina, pero todavía se discute si los compiladores interpolaron los textos en donde se indica al heredero en lugar del *bonorum possessor*, como supone tal investigador. Puesto que los pasajes que se encuentran en la compilación se refieren al comentario de Ulpiano al presente interdicto y visto que en el periodo histórico en el que escribe se encuentran en el mismo nivel el heredero y el *bonorum possessor*, resulta probable, según nosotros, que la aplicación de tal interdicto al heredero hubiera sucedido antes de Justiniano, y en este sentido se expresan autores como E. PERROT *L'exercice de l'interdit quod legatorum par l'héritier civil* in *Études d'histoire juridique offertes à P. F. Girard* I, Paris-Paul Geuthner, 1913, 171 ss., O. LENEL, *Die Aktivlegitimation beim Interdictum quod legatorum* en *Mélanges P.F. Girard* II, Aalen-A. Rousseau, 1912, 63 ss., y en *Das Edictum perpetuum*, cit, 453 ss. Contrario C. FERRINI, *Teoria Generale dei Legati e dei Fedecommissi*, Roma-Bretschneider rest. 1976, 415 ss., y P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano-Giuffrè 1936, 48 ss. Más prudentes, sin escoger una u otra tesis B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano-Giuffrè 1943, 374 ss. y G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino-Giappichelli 1962, 410. Por último, M. D'ORTA, *Il legatum per praeceptionem*, Torino-Giappichelli 2004, 110 n.16 acepta la tesis de Lotmar.

*legatorum*²¹, *de tabulis exhibendis*²², *quod precario*²³, *de liberis exhibendis, item ducendis*²⁴.

Vista tal analogía, para entender los términos *qui erogat bona sua* (quien gasta sus propios bienes) resulta indispensable considerar los supuestos indicados por los juristas respecto a la tutela interdictal.

Una clara y precisa definición ulpiana de pérdida dolosa de la posesión viene indicada en D. 43.3.1.7 (Ulp. 67 *ad ed.*) cuando trata del *interdictum quod legatorum* con el cual el pretor permitía al *bonorum possessor* de hacerse restituir la cosa que el legatario hubiera ocupado sin su voluntad:

Quod ait praetor 'aut dolo desiit possidere', sic accipere debemus 'desiit facultatem habere restituendi'.

Lo que dice el Pretor: o dejó de poseer con dolo, debemos entenderlo en este modo, que dejó de tener la posibilidad de restituir.

Ulpiano interpreta la pérdida dolosa de la posesión en el sentido de dejar de tener la facultad de restituir, pero considerar tal criterio en relación a la *actio pro socio* según el pensamiento gayano en D. 17.2.68.1 presenta una cierta dificultad, ya que, como es notorio, en esta acción el demandante no pretende un *restituere* sino que considera el deber de *dare, fare, praestare ex fide bona* que concedía al juez una amplia discrecio-

22 *Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas* (Si las tablas que se afirman fueron otorgadas por Lucio Ticio en relación a su testamento se encuentran contigo o por tu dolo sucedió que desaparecieran, exhibelas (Tit. XLIII § 232 ed. Lenel). El contenido se obtiene de D. 43.5.1pr. (Ulp. 68 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas...* Sobre el argumento ver A. BISCARDI, *v. Interdictum de tabulis exhibendis*, en *NNDI*, VIII, Torino-UTET 1968, 10 ss.; M. Marrone, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, en *Studi in Onore di A. Biscardi* VI, Milano-Cisalpine 1987, 185 ss., con referencias bibliográficas en la nota 21.

23 *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* (Lo que tienes a título de precario de él o haz hecho dolosamente en modo de cesar de tener sobre lo cual se está reclamando, restitúyesele) (Tit. XLIII § 258 ed. Lenel), así se indica en D. 43.26.2 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* Sobre tal argumento ver: P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano-Giuffrè 1969, 211 ss.; M. MARRONE, *Precario habere e precarium* en *Labeo* 17, 1971, 210 ss. y M. KASER, *Zur Geschichte des precarium*, en *ZSS* 89, 1972, 94 ss.

24 *Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas* (Si una persona de sexo masculino o femenino que está en la potestad de Lucio Ticio se encuentra contigo o por tu dolo sucedió que no se encontrara contigo, exhibela) (Tit. XLIII § 262 ed. Lenel). Interdicto indicado en D. 43.30.1 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas'.* Sobre el argumento ver A. BERGER, *v. Interdictum* en *RE*, IX.2, Stuttgart-Metzler 1916, 1642 ss.; A. MASI *v. Interdictum de liberis ducendis (exhibendis)* en *NNDI*, VIII, Torino-UTET 1962, 801 ss. y A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, Milano-Giuffrè 1979, 275 n. 57.

nalidad. Tal obstáculo es fácilmente superable ya que los términos *colligere possumus* (podemos relacionar) usados por Gayo no significan que el jurista pretenda la identidad de resultados entre las acciones y los *interdicta*, sino únicamente una relación entre las diferentes partes del edicto para aclarar el significado del dolo que, en el caso de la *actio pro socio*, debería ser evaluado por parte del juez para establecer la *condemnatio* que otorgaría al demandante la atribución del *id quod interest*²⁵.

El socio demandado puede meterse en las condiciones de no cumplir la pretensión del demandante en modo doloso mediante los casos indicados en D. 43.5.3.6 (Ulp. 68 *ad ed.*) que se refieren al *interdictum de tabulis exhibendis* como la sustracción, ocultamiento y la entrega de la cosa a un tercero²⁶. Contrariamente, si el socio hubiera vendido las cosas de la sociedad para evitar de satisfacer la pretensión del demandante, tal caso no sería

25 Que la jurisprudencia haya considerado el *id quod interest* en la *actio pro socio* se constata en varios pasajes como por ejemplo en D. 17.2.65.4 (Pau. 32 *ad ed.*): *...teneberis quanti interest mea...*(te encontrarás obligado hacia mí respecto al valor que yo considere respecto al interés que tenga sobre la cosa); D. 17.2.52.10 (Ulp. 31 *ad ed.*): *...potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat...* (sin embargo puedes ejercitar la acción *pro socio* con la finalidad de obtener aquello que corresponde a tu interés). Sobre el argumento ver: D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensatzes*, Köln-Graz-Böhlau 1962, 197 ss. y H. Honsell, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensatzrecht*, München-C.H.Beck 1969, 159 ss.

26 *Si quis dolo malo fecerit, quo minus penes eum tabulae essent, nihilo minus hoc interdicto tenebitur, nec praeiudicatur aliquid legi Corneliae testamentariae, quasi dolo malo testamentum suppresserit. nemo enim ideo impune retinet tabulas, quod maius facinus admisit, cum exhibitis tabulis admissum eius magis manifestetur. et posse aliquem dolo malo facere, ut in eam legem non incidat, ut puta si neque amoverit neque celaverit tabulas, sed idcirco alii tradiderit, ne eas interdicenti exhiberet, hoc est si non suppresserit animo vel consilio fecit, sed ne huic exhiberet.*(Si alguien hubiera hecho con dolo que no se encontraran en su poder las tablas del testamento, estará sin embargo obligado por este interdicto. Y en nada se perjudicará a la ley Cornelia sobre los testamentos como si con dolo hubiera suprimido el testamento porque nadie considera impunemente las tablas porque haya cometido un delito mayor, puesto que con las tablas exhibidas se manifiesta más bien su delito; y puede uno hacer con dolo de modo que no incurra en esta ley, por ejemplo, si ni hubiere sustraído, ni ocultado las tablas, sino que las hubiere entregado a otro precisamente para no exhibirlas al que ejercitaba el interdicto, esto es, si no lo hizo con ánimo o deseo de suprimirlas, sino para no exhibirlas a este). Substraer o esconder son claros ejemplos de pérdida dolosa de la posesión por los cuales el pretor habría concedido el *interdictum de tabulis exhibendis* y los mismos casos eran considerados también en la ley Cornelia como se indica en D. 48.10.2 (Paul. 3 *ad Sab.*): *qui testamentum amoverit celaverit eripuerit deleverit interleverit subiecerit resignaverit...legis Corneliae poena damnatur* (El que hubiere sustraído, ocultado, robado, borrado, tachado, substituido o abierto un testamento...es condenado con la pena de la ley Cornelia). Una misma situación generaba en este modo dos intereses diferentes que requerían ser tutelados: un interés público y un interés pecuniario privado. Cfr. G. ARCHI, *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano*, en *Iura* 20, 1969, 396 ss., = *Scritti di Diritto Romano II*, Milano-Giuffrè 1981, 875 ss. Podía darse el caso que el poseedor de las tablas hubiera hecho con dolo de no tenerlas consigo por motivos diferentes a los considerados por la ley; así, la entrega a otra persona era una pérdida dolosa de la posesión sancionada por el interdicto, mientras que el destinatario de este último no era responsable de acuerdo a la ley Cornelia porque tal supuesto no se encontraba considerado en la *lex*. Sobre el argumento ver A. BISCARDI, *v. Interdictum de tabulis exhibendis*, en *NNDI VIII*, Torino-UTET 1968, 10 ss.; M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, en *Studi in Onore di A. Biscardi VI*, Milano-Cisalpine 1987, 185 con referencias bibliográficas en la nota 21 y por último GONZÁLEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica* cit.171 ss.

considerado un ejemplo de pérdida dolosa ya que, como sucede en el interdicto *quorum bonorum*, quien recibe un precio continúa a poseer, criterio ya estudiado por nosotros en otra sede²⁷ y confirmado en D. 29.4.4.3 (Ulp. 50 *ad ed.*) cuando se trata del *edictum si quis omissa causa testamenti*, en donde se declara que no cesa con dolo de poseer la persona que vendió la *res* (herencia), ya que de todos modos resulta que sigue poseyendo (*si quis vendiderit hereditatem, utique possidere videtur, non dolo fecisse, quo minus possideat*).

3. EL CRITERIO DE LA PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN APLICADO A TODOS LOS TIPOS DE SOCIETATES

Como hemos visto en D. 17.2.68.1 (Gai 10 *ad ed. prov.*) Gayo interpreta las palabras *qui erogat bona sua* (quien gasta sus bienes) usadas por el procónsul en la *causae cognitio* en el mismo sentido de *quod dolo fecisti, ut desineres possidere* (lo que haz hecho con dolo para dejar de poseer) para negar al demandado, que no se comporta según los criterios de buena fe, la limitación de la *condemnatio* en la medida de sus propias posibilidades (*id quod facere potest*).

Tal problema es tratado por el jurista sabiniano respecto a la *societas omnium bonorum* ya que en el *principium* de D. 17.2.68 así se encuentra claramente indicado: *...etsi totorum bonorum socii sint* (si bien se trate de socios de todos los bienes), pero no se dice nada si el criterio de la limitación de la responsabilidad del demandado hubiera sido aplicado también a la *societas unius rei*. Sobre este aspecto encontramos dos textos de Ulpiano que se encuentran en comentarios diferentes del edicto y que parecen contradecirse; por una parte, en D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad edict.*) se considera factible la limitación de la responsabilidad del socio no únicamente en el caso de la sociedad universal, sino además en la *societas unius rei*, recordando el pensamiento de Sabino sobre la materia: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt... condemnari oportere...* (Resulta ser verdadero lo que afirma Sabino, que también si no son socios de todos los bienes sino de una sola cosa, deben ser condenados en la medida de las propias facultades) pero en D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad ed.*) parece decir lo contrario: *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno, et quidem sunt hi fere. qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est)...* (Hay quienes son demandados por lo que pueden pagar, esto es, sin haberse deducido las deudas; y esto sucede normalmente en el caso de los que son demandados con la acción de sociedad, pero se ha de entender por socio el que es de todos los bienes...)

Antes de afrontar la cuestión debemos analizar D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad edict.*) porque tal texto forma parte de la *sedes materiae* a diferencia de D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad edict.*) que trata de la acción Rutiliana (Tit. XL § 218 Lenel):

27 Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il Senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari-Cacucci 2008, 107 ss.

*Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*²⁸.

Resulta ser verdadero lo que afirma Sabino, que también si no son socios de todos los bienes sino de una sola cosa, deben ser condenados en la medida de las propias facultades o de lo que con dolo hayan evitado que formara parte. Ciertamente este criterio tiene un grande fundamento racional teniendo la sociedad en cierto sentido un derecho de hermandad (*hoc-habeat*).

Según la opinión de Sabino²⁹, bien sea en la *societas omnium bonorum* bien sea en la *societas unius rei*, los socios eran condenados entre los límites del activo del demandado (*in id quod facere potest*); esto es, entregando la cosa que era debida y que poseían; pero, si el socio dolosamente se hubiera encontrado en las condiciones de no cumplir (perdiendo con dolo la posesión de la cosa), el así llamado '*beneficium competentiae*' no habría tenido aplicación y habría debido ser condenado por aquella parte del patrimonio que el socio demandado no hubiera adquirido, hubiera enajenado o dilapidado con la finalidad de defraudar a la contraparte³⁰. Si bien es cierto en el texto no se habla

-
- 28 La frase *societas-habeat* fue considerada interpolada (se vean las referencias bibliográficas recordadas por M. BREONE, *Consortium e Communio*, en *Labeo* 6, 1960, 177 n. 1), pero después del descubrimiento de Gai 3.154 a-b tal tesis resultó injustificada por D. DAUBE, *Societas as consensual contract*, en *CLJ* 6, 1938, 381. BREONE, *idem*, 177 n.1, piensa que la referencia al *ius quodammodo fraternitatis* se refiere en época clásica únicamente a la *societas omnium bonorum*, como podría demostrar D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad ed.*), y por esto D. 17.2.63 pr. resulta ser una interpolación 'extensiva'. Según nuestra opinión, tal afirmación se refiere también a la *societas unius rei*, porque si bien el vínculo de *fraternitas* se indican en origen al primer tipo de sociedad, debe notarse que el contenido de la responsabilidad sería la misma en los dos tipos de *societas* según Sabino, y por ello Ulpiano habría podido incluir en su razonamiento también la *societas unius alicuius negotii*. Sobre este punto cfr. A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli-Jovene 1975, 29, con referencias bibliográficas en la página 104 y J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, Göttingen-Schwartz 1986, 27 ss.
- 29 Respecto al pensamiento de Sabino en el presente texto cfr.: F. BONA, *Contributi alla storia della societas universorum quae ex quaestu veniunt in diritto romano*, en *Studi in onore di G. Grosso* I, Torino-Giappichelli 1968, 447 n. 102 y W. LITEWSKI, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* en *Studi in onore di E. Volterra* IV, Milano-Giuffrè 1971, 547 ss.
- 30 Sobre este punto ver V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli-Jovene 1950, 184 ss; GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht* cit. 27 ss. Efectivamente, como destaca TALAMANCA, *v. Società (dir. Rom.)* cit. 853, el *beneficium* era concedido por el pretor *causa cognita* como se demuestra en D. 42.1.22.1 (Pomp. 21 *ad Q. Muc.*). Claramente Pomponio indica que la finalidad del *beneficium* era evitar que el demandado que niega de ser socio o que se encuentra obligado por la cláusula de dolo fuera protegido: *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur*. (Pero lo que se dijo respecto a los socios, que también ellos son condenados a cuanto pueden satisfacer, dice el Pretor que lo hará él con conocimiento de causa; pero el conocimiento de causa versará sobre esto, para que no se auxilie al que niega que el es socio o al que está obligado en virtud de la cláusula de dolo). Evidentemente el demandado habría podido defenderse con una *exceptio* denominada en las fuentes '*quod facere possit*' (para lo que pueda hacer) como se observa en D. 44.1.7 pr. (Paul. 3 *ad Plau.*): *Exceptiones*,

de pérdida dolosa de la posesión o de la falta de adquisición, sin embargo, debemos considerar el hecho de que el socio dolosamente se hubiera podido meter en las condiciones de no cumplir mediante un acto que tuviera como finalidad la pérdida de la posesión o la falta de adquisición de la cosa debida.

El mismo jurista severiano en su comentario a la acción Rutiliana en D. 42.1.16 (Ulp. 63 *ad edict.*) parece negar lo que había dicho en el pasaje anterior:

Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno, et quidem sunt hi fere. qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est)...

Hay quienes son demandados por lo que pueden pagar, esto es, sin haberse deducido las deudas; y esto sucede normalmente en el caso de los que son demandados con la acción de sociedad, pero se ha de entender por socio el que es de todos los bienes...

El texto indica como hicimos notar al inicio de nuestra investigación que la responsabilidad del socio se encontraba limitada en la medida de sus propias facultades (*id quod facere potest*), por lo cual el demandado tendría el beneficio que la condena no habría superado el activo patrimonial, pero causa sorpresa que después el mismo jurista diga que tal responsabilidad solo corresponde cuando se trata del socio de todos los bienes (*socium autem omnium bonorum accipiendum est*) pareciendo existir una contradicción con D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt... condemnari oportere* (también si no son socios de todos los bienes sino de una sola cosa, deben ser condenados en la medida de las propias facultades).

La doctrina se encuentra dividida sobre el problema, mientras algunos prefieren dar mayor crédito a D. 42.1.16 considerando interpolado D. 17.2.63 pr.³¹, otros piensan lo contrario³². Nosotros ya indicamos nuestro parecer al respecto sobre D. 17.2.63 pr., en donde resulta claro que la extensión de la condena en los límites de lo posible a la *socie-*

quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem 'quod facere possit'... (Las excepciones que son inherentes a la persona de cualquiera, no pasan a otros, por ejemplo, la excepción que tiene el socio para lo que pueda hacer...) La *taxatio* no se encontraba incluida en la fórmula como se observa en la reconstrucción de Lenel que transcribimos en el § 1 de esta investigación, resultando, como indica GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* cit. 27, 'inserta nel *iudicium* solo se e quando la specifica *causae cognitio* lo avesse consigliato'. Sobre el argumento KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 260 n. 27 y 316 n. 35.

31 ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 122-123 declara: 'Solo in via di congettura abbiamo creduto di dover dare a quest'ultimo testo il maggiore credito' considerando así la extensión del *beneficium* a todo tipo de socios como una falsa integración de los compiladores.

32 LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* cit. 298 n.7, considera la frase '*socium autem omnium bonorum accipiendum est*' en D. 42.1.16 poco oportuna y escrita en un pésimo latín como pensaron también GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* cit. 26-32 = *La società in diritto romano* cit. 195-201; LITEWSKI, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* cit. 550-551; KASER, *Neue Literatur zur 'Societas'* cit. 292 n. 53.

tas unius rei ya había sido afirmado por Sabino y que tal opinión había sido aceptada por Ulpiano. Resulta difícil pensar que los compiladores hubieran atribuido a Sabino una noticia falsa pero tampoco dudando de la veracidad de la información que se encuentra en D. 42.1.16 se resuelve el problema porque la alteración habría debido tener una finalidad que personalmente no logramos encontrar.

Probablemente Ulpiano, en una sede diferente al comentario que ya había hecho respecto a la *actio pro socio*, habría hecho un elenco en D. 42.1.16 de una serie de casos en donde la responsabilidad del demandado se habría limitado a aquello que se encontrara en las propias posibilidades (*id quod facere potest*) y leyendo nuevamente sus comentarios anteriores al libro sesenta y tres *ad edictum* habría indicado que el *beneficium competentiae* se concedía al demandado en la *actio pro socio* especificando un dato evidente, que la fórmula propuesta por el pretor correspondía a la *societas omnium bonorum*. Para demostrar nuestra tesis basta observar que el jurista severiano usa el verbo *accipere* (entender) para explicar el contenido del edicto con su *congruens interpretatio*; por ejemplo, en D. 43.3.1.7 (Ulp 67 *ad edict.*) cuando el jurista trata del interdicto *quod legatorum* transcribe el contenido del edicto para después explicarlo con sus palabras: *Quod ait praetor 'aut dolo desiit possidere', sic accipere debemus 'desiit facultatem habere restituendi'* (Lo que dice el pretor: o dejo de poseer con dolo, debemos enterlo en este modo, que dejó de tener la posibilidad de restituir). En el libro 63 *ad edictum* Ulpiano no debe repetir que el beneficio es concedido también al demandado en el caso de la *societas unius rei*, como ya había dicho en D. 17.2.63 pr, únicamente interpreta aquello que se encuentra escrito en el edicto sin incorporar mayores noticias³³.

4. EL SOCIO DEMANDADO NO SE ENCUENTRA OBLIGADO POR SU CULPA SINO ÚNICAMENTE POR SU DOLO

Otra referencia al dolo se encuentra también en D. 17.2.63.7 (Ulp. 31 *ad ed.*):

Hoc quoque facere quis posse videtur, quod dolo fecit quo minus possit: nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare, quod et in ceteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est. si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit, dicendum est condemnari eum non debere³⁴.

Se considera que alguien pueda hacer esto, que con dolo haya hecho en modo de no incrementar el patrimonio, ya que no resulta equo que sea liberado del propio dolo

33 También GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* cit. 27-31, busca una solución a la contradicción aparente entre D. 17.2.63 pr. y D. 42.1.16 y, sin negar el contenido clásico del segundo texto, considera que Ulpiano es simplemente poco riguroso en su indicación.

34 GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* cit.127, piensa que los términos *quod-accipiendum* fueron incorporados en el texto originario como podría ser demostrado con el uso del verbo *conveniuntur*, pero según nuestra opinión, tal parte del pasaje demostraría simplemente que la presente tesis fue aceptada por el mismo Ulpiano aplicándola a todos los casos en donde hubiera sido requerido un *facere posse*.

(*hoc-relevare*). Esto debe ser aceptado también para todos aquellos que son demandados en los límites de las propias posibilidades económicas (*quod-accipiendum est*). Sin embargo, si no por razón de dolo, sino por su culpa haya cesado de poder hacer, debe ser considerado que no será condenado (*si-debere*).

El socio se encuentra obligado por todo aquello que habría debido hacer y no había hecho por razón de su dolo; así, si dentro de las actividades que debía hacer, se encontraba la de entregar una cosa y el socio en lugar de hacerlo, hubiera perdido la posesión de la misma intencionalmente o no la hubiera adquirido, el juez consideraría su valor en la *condemnatio*³⁵ a diferencia del caso en donde la pérdida no fuera debida por causa de su dolo sino por su culpa.

Respecto a este texto queremos notar que Ulpiano hace entrar en el *dumtaxat quod N. Negidius facere potest* (en los límites de la posibilidad de Numerio Negidio) el *quod dolo fecit quo minus possit* (lo que ha dejado de tener con dolo) y la *ratio* encuentra como fundamento un criterio de equidad: no resulta equo que el dolo de uno lo libere de sus deudas. Uniendo este pasaje a D. 17.2.63 pr., (del mismo autor) respecto a la parte final en donde se indica que en el contrato de sociedad existe un cierto vínculo jurídico de hermandad (*cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*), resalta la razón por la que se excluye la responsabilidad por culpa, ya que, una relación de hermandad representa una conexión y unión de situaciones armónicas contrarias a conductas fraudulentas³⁶.

35 GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile* cit., 81, 88 ss. e 127, piensa que los términos *quod dolo fecit quo minus possit* demuestran la incorporación en el *id quod debitor facere potest* (aquello que el deudor puede hacer) del *id quod dolo desiit possidere* (lo que con dolo había dejado de poseer). Esta tesis fue objetada por LITEWSKI, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* cit. 474 n.20, porque las palabras del pasaje no admiten tal interpretación pero, según nosotros, si bien es cierto que estos términos no significan literalmente una pérdida dolosa de la posesión, podrían, sin lugar a dudas comprenderla como hemos querido tratar de demostrar en esta investigación.

36 No es esta la sede para analizar el problema de la responsabilidad del socio ya que debemos tomar en consideración textos que sobrepasan los límites del presente estudio, únicamente queremos notar que Ulpiano en D. 17.2.63.7 excluye que el demandado sea obligado por la pérdida culposa de la posesión por los motivos indicados *supra*. De este texto no queremos dar por supuesto que adherimos a la tesis de ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit. 188 ss, que el socio se encuentra obligado únicamente al dolo y no a la culpa ya que existen textos en donde se constata una responsabilidad por esta última. Claramente el jurista severiano en D. 17.2.52.2 (Ulp. 31 *ad ed.*) examina la cuestión: (*Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat*, quaeritur...Se pone la cuestión si el socio debe responder por dolo o por culpa) y presenta la tesis de Celso, el cual afirma en su libro séptimo *digestorum* que el socio es responsable también por culpa (...*et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet...*) en el caso específico del socio que haya prometido su actividad lavorativa y su pericia (...*si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter...*). Evidentemente tal caso específico es diferente al problema motivo de nuestra investigación. Sobre el argumento, con amplia discusión de la doctrina reenvío a R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C)*, Milano-Giuffrè 1995, 454 ss.

5. CONCLUSIONES

La responsabilidad del socio se encontraba limitada al *id quod facere potest* (aquello que puede realizar), esto significa que el demandado tenía el beneficio que la condena no habría superado el activo patrimonial a menos que las deudas no fueran originadas por la misma sociedad '*ex ipsa societate debeatur*' (el así llamado '*beneficium competentiae*') evitándose en tal modo la ejecución patrimonial: *missio in possessionem y bonorum venditio*. Podía suceder, sin embargo, que el pretor después de la *causa cognita* hubiera negado de favorecer al demandado con la *taxatio* en razón de su comportamiento doloso como por ejemplo cuando el socio, considerando la eventualidad que se deba ejercitar una acción en su contra, hubiera enajenado o dilapidado el propio patrimonio con la finalidad de defraudar al demandante en el proceso. La jurisprudencia romana analiza el problema y propone los mismos criterios interpretativos que ya había efectuado en relación del dolo aplicado a la materia interdictal.

6. FUENTES DE CONSULTA

Corpus Iuris Civilis

Digesta

D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*)

D. 17.2.63.7 (Ulp. 31 *ad ed.*)

D. 17.2.68.1 (Gai 10 *ad ed. prov.*)

D. 29.4.4.3 (Ulp. 50 *ad ed.*)

D. 43.3.1.7 (Ulp. 67 *ad ed.*)

D. 43.5.3.6 (Ulp. 68 *ad ed.*)

Bibliografía

ARANGIO-RUIZ V, *La società in diritto romano*, Napoli-Jovene 1950.

ARCHI G., *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano*, en *Iura* 20, 1969, 396 ss., = *Scritti di Diritto Romano II*, Milano-Giuffrè 1981, 875 ss.

BERGER A, *v. Interdictum* en *RE*, IX.2, Stuttgart-Metzler 1916, 1642 ss.

BIANCHINI M., *Studi sulla società*, Milano-Giuffrè, 1967.

BIONDI B, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano-Giuffrè, 1943.

BISCARDI A, *v. Interdictum de tabulis exhibendis*, en *NNDI*. VIII, Torino-UTET 1968, 10 ss.

BONA F, *Contributi alla storia della società universorum quae ex quaestu veniunt in diritto romano*, en *Studi in onore di G. Grosso I*, Torino-Giappichelli 1968, 447 ss.

BONFANTE P, *Corso di Diritto Romano. La proprietà*. 2.II, Milano-Giuffrè, 1968.

- BRETONE M, *Consortium e Communio*, en *Labeo* 6, 1960.
- CARDILLI R, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilit  contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C)*, Milano-Giuffr , 1995.
- D'ORTA M., *Il legatum per praeceptionem*, Torino-Giappichelli, 2004.
- FERRINI C, *Teoria Generale dei Legati e dei Fedecommissi*, Roma-Bretschneider rest. 1976.
- GILDEMEISTER J, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, Göttingen-Schwartz, 1986.
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y, *Il Senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari-Cacucci, 2008.
- GONZÁLEZ ROLDÁN, Y. *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari-Cacucci, 2010.
- GROSSO G, *I legati nel diritto romano*, Torino-Giappichelli, 1962.
- Honsell H., *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München-C.H.Beck, 1969.
- GUARINO A, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli-Jovene, 1975.
- KASER M., *Zur Geschichte des precarium*, en *ZSS* 89, 1972, 94 ss.
- KASER M, *Pro herede vel pro possessore en Studi in O. di A. Biscardi II*, Milano-Cisalpio 1982, 221 ss.
- KASER M.- HACKL K, *Das römische Zivilprozessrecht*, München-C.H. Beck 1996, 153 ss.
- LENEL O, *Die Aktivlegitimation beim Interdictum quod legatorum en Mélanges P.F. Girard II*, Aalen-A. Rousseau, 1912, 63 ss.
- LENEL O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen-Scientia Antiquariat, 1956.
- LITEWSKI W, *Das beneficium competentiae im römischen Recht en Studi in onore di E. Volterra IV*, Milano-Giuffrè 1971, 547 ss.
- LOTMAR PH, *Zur Geschichte des Interdictum quod legaturum*, en *ZSS* 31, 1910, 129 ss.
- MANTOVANI D, *Le formule del processo privato romano*, Padova-CEDAM, 1999.
- MARRONE M, *Precario habere e precarium en Labeo* 17, 1971, 210 ss.
- Marrone M, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, en *Studi in Onore di A. Biscardi VI*, Milano-Cisalpio 1987, 185 ss.
- MASI A, *v. Interdictum de liberis ducendis (exhibendis) en NNDI*, VIII, Torino-UTET 1962, 801 ss.
- MEDICUS D, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz-Böhlau, 1962.
- MORDECHAI RABELLO A, *Effetti personali della patria potestas*, Milano-Giuffr , 1979.
- PERROT E, *L'exercice de l'interdit quod legatorum par l'h ritier civil en  tudes d'histoire juridique offertes   P. F. Girard I*, Paris-Paul Geuthner, 1913, 171 ss.,

TALAMANCA M, *v. Processo civile (dir. rom.)*, en *ED. XXXVI*, Milano-Giuffrè 1987, 64 ss.

TALAMANCA M, *v. Società (dir. Rom.)*, en *ED. XLII*, Milano-Giuffrè 1990, 852 ss.

VOCI P, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano-Giuffrè, 1936.

WENGER L, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München-M. Hueber 1925.

WIEACKER F, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, en *ZSS. 80*, 1963, 1 ss.

ZAMORANI P, *Precario habere*, Milano-Giuffrè, 1969.

