

La intransmisibilidad de la posición jurídica de socio en el contrato de sociedad

SUMARIO: I. LA INTRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* DE LA CONDICION DE SOCIO.—II. LA MUERTE DEL SOCIO EN LA EXTINCION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.—III. LA CONSIDERACION DE SOCIO Y SU INTRANSMISIBILIDAD *MORTIS CAUSA*.—IV. INCIDENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA REGULACION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD SEGUN NUESTRO CODIGO CIVIL.

Como es sabido, la constitución del contrato de sociedad aparece en el Derecho Romano clásico (1) sobre el precedente quiritarario del *consortium ercto non cito* constituido por los herederos del causante. Juntamente con dicho contrato surge la prohibición de que, en las sociedades de carácter privado, un socio pueda ser sustituido por otro y, la de que el heredero, ocupe el lugar del socio fallecido. Esta última prohibición perdura en el derecho justiniano, si bien se fueron admitiendo algunas excepciones.

Ciñendonos a las sociedades privadas, y concretamente a las *societates omnium bonorum*, resulta sugestivo entrar en su estudio con la doble finalidad de aportar una reflexión que ayude a justificar su exigencia en el Código Civil y de contribuir a un mejor conocimiento de una temática multisecular. Nos ceñiremos al tipo contractual de dichas *societates omnium bonorum* que han de considerarse como la forma originaria de las socieda-

(1) Es una opinión generalmente aceptada que la *societas omnium bonorum* estuvo completamente configurada en la época clásica. Entre otros, A. POGGI: // *contratto di società in Diritto Romano Clasico*. Fasc. I, Roma, 1972, pp. 2 ss.; A. TORRENT: «Consideraciones sobre la *societas omnium bonorum*», en *RISG* XI (1963-67), pp. 205 ss., y M. TALAMANCA: «Società in generale. Diritto Romano», en *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1990, pp. 817 ss.

des privadas; a semejanza del contrato que les daba origen, se configuraron las restantes clases de contratos de sociedad (2). No entraremos en el estudio de las de naturaleza pública que estaban sujetas a un régimen sensiblemente distinto, y que, por ello, daban lugar a conclusiones diversas de las que se deducen de la consideración de las primeras.

El carácter personalísimo de la relación obligatoria que nace del contrato y la muerte del socio como causa general de extinción del mismo y sus posibles excepciones, llevaban como consecuencia la intransmisibilidad de la posición jurídica de socio. Tal regulación romana ha tenido incidencia en nuestro Código Civil.

I. LA INTRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* DE LA CONDICION DE SOCIO

En los contratos no formales, como el de sociedad, el vínculo entre los sujetos surge de la palabra dada y exige que ésta se mantenga hasta que se haya cumplido por completo la prestación objeto del mismo, que siempre ha de perseguir la consecución de un interés común a todos los contratantes, aunque éste no les produzca ningún lucro.

Las relaciones de los socios tienen su fundamento en la amistad y en la confianza, debiéndose fidelidad mutua (3) y están protegidos por una acción de buena fe: la *actio pro socio*, con condena infamante.

Todas estas características estuvieron sustraídas a la voluntad de los contratantes porque constituían los elementos esenciales del contrato; de ahí que su propia existencia dependiera de su cumplimiento.

La consideración especial de los sujetos contratantes y su relación *intuitu personae* conllevaba que el contrato se circunscribiera al ámbito estricto de los socios. Se aplicó a ultranza el principio *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, sin que pudiera existir ninguna excepción; porque la mutua confianza que se depositaron fue personal e intransferible

(2) Este es el criterio mayoritariamente sostenido por la doctrina, aunque algunos autores se han planteado su revisión. En este sentido, A. GUARINO: «Societas consensu contracta», en *la Societá in Diritto Romano*. Napoli, 1988, pp. 11 ss. Y WIEACKER, recensión de la obra y del autor citado, en *IURA*, 1973, pp. 243 ss. M. KASER: «Nue Literatur zur societas», en *SDHI*, 1975, p. 281. Todo ello citado por M. TALAMANCA: *Op. cit.*, p. 284.

(3) CICERÓN, recogiendo el sentir de su época, manifestó que: «... no se puede vivir sin amistad...» y que: «los amigos son más necesarios que el fuego, que el agua y que el pan». Cic., *Lael.* 6,22: «*Non aqua, non igni, ut aiunt, locis pluribus utimur quam amicitia*». Y tal como afirma SCHULZ «de la amistad romana derivan una gran multitud de deberes serios e importantísimos». Cf. F. SCHULZ: *Principios del Derecho Romano*. Trad. al esp. por M. ABELLÁN VELASCO. Madrid, 1990, pp. 253 ss.

a otras personas (4). Esto se tradujo en el principio de vinculación exclusiva de los socios, recogido en el texto *D. 17,2,20 (Ulp., Ed. 31): nam socii mei socius meus socius non est*(5).

Este enfoque explica que la muerte de uno sólo de los socios fuera un modo involuntario de extinción del contrato y que, en vida, tampoco pudieran realizar ningún negocio o acto jurídico que pudiera implicar sustitución o subrogación en el lugar de alguno de ellos, puesto que cualquier cambio producido en este sentido hubiera conllevado la extinción del contrato.

Por el mismo motivo, tampoco podía utilizarse la enajenación de la participación en el haber social como medio transmisivo de la posición de socio. Las fuentes fueron explícitas sobre el particular al decir (Gai, *Ed. prov. 10*) (6): *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint*. Texto que limitaba la capacidad de disposición del socio a uno o varios elementos materiales que constituían su parte en la sociedad; y el precio obtenido por la venta pasaba a engrosar el activo común al tratarse, como hemos dicho, de una *societas omnium bonorum*.

Si el objeto de la venta era la totalidad de la parte del socio, se estaba ante lo que GAYO definió como sucesión por compra de bienes (7), sobre cuya validez y eficacia, en relación a este contrato, debemos reflexionar. Para que pudiera llevarse a cabo la enajenación era imprescindible que previamente se delimitara, con toda precisión, el objeto de la venta, es decir, que se concretara la parte que le correspondía al socio enajenante, al efecto de llevar a cabo la *traditio* o el acto que corresponda, según la cosa o derecho, con arreglo a cada uno de los elementos individualmente considerados. No podía entenderse como una *universitas*, ya que si así fuera se estaría ante un supuesto de cesión de contrato, figura desconocida en el Derecho Romano.

(4) J. MACQUERON: *Histoire des Obligations. Le droit romain*. Aix-en-Provence, 1971, pp. 390 ss. En igual sentido, entre otros autores, C. ARNÓ: // *Contratto di Società*. Torino, 1938, pp. 342 ss.

(5) F. SERRAO: «Sulla rilevanza esterna del rapporto di società», en *St. Volterra*, 5 (1971), pp. 743 ss. Considera que el texto citado no es el más significativo para indicar el principio de que el contrato de sociedad produce efectos sólo entre los socios sin que tenga ninguna eficacia respecto a los terceros que no han intervenido en la conclusión del mismo. Sostiene que cualquier actividad del socio respecto a terceras personas —como es el caso previsto en los textos *D. 17,2,19 y 21 (Ulp., Sab. 30)*, i). *17,2,22 (Gai, Ed. prov., 10) y D.17,2,23 (Ulp., Sab. 30)*— no constituye una actividad social sino un acto realizado por cuenta única y exclusivamente del sujeto que lo lleva a cabo y, por este motivo, está al margen de la sociedad. Cf. KNÜTEL: «Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht», en *ZSS*, 1983, pp. 423 ss.

(6) *D. 17,2,68 pr.*

(7) GAI, *Inst. 3,78: Bona autem ueneum aut uiuorum aut mortuorum (...). Mortuorum bona ueneunt uelut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.*

La delimitación de la cuota debía realizarse mediante el ejercicio de la *actio communio dividundo* para procederse a la liquidación de la misma, por cuanto, en éste tipo de sociedad (8), los bienes de los socios formaban una *communio* en la que los comuneros tenían sus derechos y propiedades circunscritos a la cuota o participación que poseían en la sociedad (9); en ella regía el *ius prohibendi* propio de toda *communio*.

La liquidación previa implicaba de por sí la extinción de la sociedad y, además, si la venta era voluntaria, concurriría otra causa de extinción que vendría dada por la falta de interés del socio en permanecer en la sociedad, lo cual podría interpretarse como una renuncia tácita a su condición de socio. De no ser la venta voluntaria sino necesaria, como sería el caso previsto en el *D. 17,2,65,1 (Paul., Ed. 30): Item bonis a creditoribus venditis unius socii, distrahi societatem Labeo ait*, también provoca, como consecuencia, la extinción de la sociedad, ya que, al igual que el caso anterior, la cuota de participación en la misma pasaba a titularidad del adquirente, quedando el socio desprovisto de patrimonio a consecuencia de la enajenación efectuada por sus acreedores; no adquiriría el importe de la venta, porque lo obtenido ha de aplicarse a satisfacer sus propios créditos y deudas. De esta suerte, lo obtenido por la venta no se incluiría en el activo de la sociedad, a no ser que, una vez satisfechas las deudas, resultara un sobrante, que sí se incorporaría a dicho activo. Salvo en este último supuesto, la sociedad se extinguía, porque no se admitía en la misma ningún socio sin aportación de bienes, ya fueran corporales o incorporeales o de trabajo propio, ya que siempre debía mediar alguna aportación (10).

Por consiguiente, tanto si la enajenación de la totalidad de la cuota tenía lugar voluntariamente como si se llevaba a cabo necesariamente, ambos tipos de venta producían como efecto la extinción del contrato de sociedad. En el primer caso, la extinción era debida a la falta de voluntad del socio para continuar en el mismo, que se desprendía del hecho de querer enajenar su cuota y del ejercicio de la acción de división que se llevaba a cabo para la individualización. En el segundo supuesto, se producía también la extinción, porque al aplicarse la totalidad de lo obtenido por la venta a la satisfacción de todas las deudas, el socio dejaría de serlo al no tener ninguna aportación en la sociedad.

De todo ello puede deducirse que, en las sociedades privadas, nunca se

(8) Como es sabido, en otros casos no se forma ninguna copropiedad, como, por ejemplo, el supuesto recogido en el texto *D. 17,2,71 (Paul., Ep. Dig. Alf., 3)*.

(9) Este tipo de copropiedad era propio de la época clásica y ha sido denominada por la doctrina «propiedad plúrima parcial» para diferenciarla de la «propiedad plúrima integral» que era la que existía con anterioridad. Cf. A. TORRENT: «Notas sobre la relación entre *communio* y copropiedad», en *Studi Grosso*, II (1968), pp. 101 ss.

(10) Cf. *D. 17,2,5,2* en relación a *D. 17,2,29*, pr y 1.

permitía que la enajenación de la cuota se utilizara como instrumento para que el socio pudiera transmitir su condición de tal. Siempre e independientemente del medio que se utilizara, los únicos objetos que se transmitían con la venta eran los elementos constitutivos de la cuota social, sin que ello implicara ningún cambio en los sujetos, ya que de pretenderlo provocaría como consecuencia la extinción de la sociedad y, por lo tanto, no llegaría a producirse cesión alguna.

Tampoco podía plantearse la venta como enajenación del derecho del socio, porque en el casuismo que aparece en las fuentes referido a las enajenaciones de *res incorporales* (11), el objeto de la venta era el contenido o ejercicio del derecho correspondiente, de acuerdo con el modo de ver de los juristas romanos clásicos que no operaban con la noción de compraventa traslativa de la propiedad. La aplicación de esto al contrato de sociedad chocaría con el carácter *intuitu personae* referido a los socios, y por ello dudamos de la eficacia y de la validez de una venta cuyo objeto hubiera sido el derecho del socio.

Conclusión distinta de la anterior se obtiene en el caso de las *societates publicanorum* que precisamente por la particularidad de su objeto y por la finalidad pública perseguida, permitían que pudieran sustituirse las personas de los socios, sin que ello implicara la extinción del contrato. Si bien se preceptuaba que los sujetos reunieran, además de los requisitos normalmente exigidos en cuanto a la capacidad, aquellas exigencias específicamente concretadas en las *leges licitationis* (12) del contrato. Tal peculiaridad se explica porque tales sociedades constituían, a diferencia de las anteriores, lo que modernamente se conoce por persona jurídica; y, además, primordialmente, porque, al tener éstas una finalidad pública, la consecución de esta finalidad no podía quedar interrumpida por cualquier vicisitud que se produjera en las personas de los socios. En las *societates publicanorum* el carácter *intuitu personae* era interpretado en relación a la idoneidad del socio para lograr el fin pretendido, como hemos de ver más adelante.

No se podían establecer estipulaciones a favor o a cargo de terceras personas ajenas al contrato. Esta prohibición tuvo carácter general durante

(11) Entre otras fuentes, pueden citarse las rúbricas *D.* 18,4 y *C.* 4,39 relativas a la venta de herencia, *D.* 32,59 en relación con *D.* 30,44,5, que aluden a la venta de créditos; la venta de *militia* en *D.* 31,22,21, *D.* 32,102,2 y 20; la venta de derechos de goce como servidumbres, usufructo y enfiteusis también aparece en los textos, etc. Cf. «Vendita in generale. a) Diritto Romano», en *Enciclopedia del Diritto*, *Op. cit.*, XLVI, pp. 303 ss. Para la venta de herencia, A. TORRENT: *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*. Salamanca, 1966, p. 236.

(12) Sobre este particular resulta de especial interés el artículo de J. A. ARIAS BONET: «Societas Publicanorum», en *AHDE*, XIX (1948-49), Madrid, pp. 266 ss. y la bibliografía citada por F. CANCELLI: «Società», en *NNDI*, XII, p. 495 y, además, ZIMMA: *Ricerche sulle società di publicani*. Milano, 1981; KLINGENBERG, en *ZSS*, 1982, pp. 403 ss.

todas las etapas de la vigencia del Derecho Romano hasta que, en la época justinianeá, se dejó sin efecto en algunos supuestos en los que había un interés para el estipulante; fueron excepciones concretas, que no alcanzaron al contrato de sociedad.

Tampoco se admitió que el sujeto se obligara mediante estipulaciones para después de la propia muerte (13). Se trata de lo que ALBANESE (14) denomina «término inicial *post mortem meam*». Desde la perspectiva de la propia estipulación era inadmisibles, porque su eficacia estaba circunscrita al ámbito *inter vivos* y, desde la perspectiva del contrato de sociedad, su inserción hubiera implicado admitir que el socio causante obligara a su heredero a continuar vinculado al contrato. Esto último hubiera vulnerado la regla recogida en el texto de PAULO, D. 45,1,83, pr (Paul., Ed. 72) (15) que circunscribe los efectos del negocio jurídico a la esfera estrictamente personal de quien los realiza, y hubiera implicado también una transgresión del principio de vinculación exclusiva de los socios. En consecuencia, la inserción de tal estipulación hubiera producido la nulidad, tanto de la propia estipulación como del contrato.

Tal argumentación, unida al carácter *intuitu personae* que prima en la relación entre los socios y que convierte en personalísimas las obligaciones nacidas del contrato, es igualmente válida para justificar la prohibición de constituir sociedad, a su heredero (16), al tratarse de una estipulación hecha por otro.

No tuvieron incidencia en el contrato de sociedad las transformaciones producidas en el Derecho Romano clásico que implicaron la revisión de algunos principios y la inaplicación de otros que habían informado hasta entonces los contratos. Ello fue debido al uso reiterado de los *pacta adiecta* (17), mediante los cuales podían modificarse convencionalmente extre-

(13) Cf. GAI, *Inst* 3,100: *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? uel ita: <POST MORTEM TVAM DARI SPONDES? ualet autem, si quis ita dari stipuletur: CVM MORIAR DARI SPONDES? uel ita>: CVM MORIERIS DARI SPONDES? id est ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur; nam inelegans esse uisum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: PRIDIE QVAM MORIAR, aut: PRIDIE QVAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodammodo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est.*

(14) B. ALBANESE: *Gli atti negoziali nel Diritto Privato Romano*. Palermo, 1982, pp. 320 ss..

(15) Cf. *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur; itaque alius pro alio promittens «datum facturumve eum», non obligatur; nam de se quemque promittere oportet; (...).*

(16) Cf. D. 17,2,35 (Ulp, Sab. 30) que dice: *Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit. (...).*

(17) B. ALBANESE: *Op. cit.* pp. 149 ss.

mos no esenciales de los mismos; lo que implicó que paulatinamente los contratos dejaran de considerarse como un vínculo estrechamente personal entre los sujetos, para dar supremacía al aspecto puramente convencional. Ello conllevó, a su vez, una transformación en los criterios determinativos de la responsabilidad, dando entrada al carácter objetivo frente al subjetivo, que era el anteriormente existente; y esta mutación provocó que se otorgara validez a ciertas estipulaciones en favor de tercero. Pese a todos estos cambios quedaron algunas reminiscencias de otros tiempos, como fue el caso de la prohibición de obligarse para después de la propia muerte.

Debido a su función reipersecutoria se fue reconociendo, de modo paulatino, la transmisibilidad al heredero de las obligaciones nacidas de contratos. Para ello se utilizó la inserción de una cláusula en las estipulaciones en la que el sujeto declaraba que se obligaba por sí mismo y por el propio heredero, cláusula cuyo uso reiterado la transformó en regla jurídica (18). Con todo, tal transmisión sólo podía ser a título universal y nunca podía tener la consideración de sucesión particular, debido, entre otras causas, a que perduraba la influencia del carácter personal de la obligación.

Todo ello no afectó al contrato de sociedad. De haberse admitido, hubiere implicado una modificación en los elementos esenciales configuradores del mismo, y particularmente hubiera afectado al carácter personalísimo de la posición de socio, dando lugar a otro contrato distinto por cuanto el de sociedad no hubiera existido al faltarle los elementos que lo generaban.

Desde del punto de vista sucesorio, la inadmisibilidad de la transmisión al heredero de la condición de socio por actos *inter vivos* viene reforzada por la circunstancia de que si, en el momento de constituir el contrato, uno de los socios o todos ellos convinieran su sucesión en la sociedad a favor de su respectivo heredero, tal pacto podría interpretarse como un pacto sucesorio, que habría que incluir dentro de los *pacta de succedendo* o pactos sucesorios confirmativos o de institución.

Estos pactos eran inadmisibles en el Derecho Romano por cuanto la figura del contrato y los pactos adjuntos al mismo generaban obligaciones sólo *inter vivos*. Su utilización no podía hacerse extensiva para designar a un sucesor, al ir en contra del espíritu de aquel derecho e incluso de los *boni mores* de la época, ya que el llamamiento a la sucesión únicamente podía realizarse *ex testamento* o *ab intestato*, pero nunca por vía contractual (19).

(18) E. BETTI: *La Struttura dell'Obbligazione Romana e il Problema della sua genesi*. Milano, 1955, pp. 59 ss.

(19) Este sentido se deduce de varios textos como: D. 39,5,29,2 (Pap. Resp. 12)-D. 45,1,61 (Iul. Urs., Fer. 2) y C. 8,38,4 y ha sido puesto de manifiesto por gran número de autores de la doctrina romanística moderna, por ejemplo, M. KASER: *Derecho Privado Romano*. Trad. al esp. por J. SANTA CRUZ TEJUEIRO, 2.^a ed., Madrid, 1982, pp. 304 ss.

II. LA MUERTE DEL SOCIO EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

En el Digesto, y también en las Instituciones de GAYO, se establece expresamente que la muerte del socio constituye una de las causas de extinción del contrato de sociedad. El texto aludido en el *Corpus Iuris Civilis*, que hemos citado anteriormente, es de MODESTINO (20); el de GAYO (Gai, *Inst.* 3,152) dice: *Soluitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit*. Ambos textos no plantean discusión alguna en la doctrina, ya que, por la misma naturaleza del contrato, la muerte del socio conllevaba la extinción del mismo.

El contrato de sociedad, creado en el ámbito del *ius gentium* (21), cuya finalidad era la de que pudieran realizarse negocios jurídicos generalmente de naturaleza eminentemente comercial, se utilizó también para otro tipo de actividades. El *status civitatis* no implicó ningún impedimento para su conclusión, porque se dejaron a un lado los requisitos relativos a la ciudadanía y los derechos unidos a ella que había establecido el *ius civile*.

Destaca TALAMANCA (22) que, en la época de Q. MUCIO, siglos II y I a. C., existe constancia a través de los textos (23) de que, en la práctica, se constituían sociedades *consensu contractae* entre los *cives*, aunque sus raíces llegaban hasta el derecho quirritario en la figura del *consortium ercto non cito* (24).

La forma quirritaria de constitución del *consortium* no era contractual, ni en ningún momento de su vigencia se podía convertir en contrato. Era una comunidad entre hermanos que se constituía a la muerte del *pater* (25), ya

(20) Cf. D. 17,2,4,1 (Mod., Reg. 3), GAI, *Inst.* 3,152, respectivamente, y también /. 3,25,5.

(21) Así lo consigna GAI, *Inst.*, 3,154, cuando dice: *...Sed ea quidem societas de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omne homines naturali ratione consistit*.

(22) M. TALAMANCA: *Op. cit.*, p. 818.

(23) Entre otros, D. 44,7,57 (Pompon., Q. Muc, 36): *In omnibus negotiis contrahendia, sive bonae fide sint, sive non sit, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat (...)*.

(24) Cf. GAI, *Inst.* 3,154 a. Que el origen del contrato de sociedad hay que buscarlo en el antiguo *consortium ercto non cito* ha sido un criterio generalmente admitido por la doctrina. Pero incluso los autores que negaron este origen, como MACQUERON, pusieron de relieve la gran influencia que tuvo el *consortium* en determinados aspectos del contrato de sociedad. Cf. J. MACQUERON: *Op. cit.*, pp. 170 ss. M. TALAMANCA: *Op. cit.*, pp. 815 ss. A. TORRENT: *Op. cit.*, en *RISG*, pp. 205 ss., entre otros.

(25) Independientemente de la discrepancia doctrinal que existe entorno a la forma de constitución del *consortium ercto non cito*, entre los autores que sostienen el origen voluntario y consensual y los que se pronuncian por la formación, de manera automática, provocada por la muerte del *pater* y la voluntad de los *fratres* sólo tiene incidencia para su pervivencia; criterio, este último, al que nos adherimos, no cabe duda alguna que en el *consortium inter fratres* está el germen del contrato de sociedad. Cf. A. TORRENT: «*Consortium ercto non cito*», en *AHDE*, XXX IV (1964), pp. 479 ss. J. ARIAS RAMOS:

que sólo podía estar integrada por los *fili* del *pater* causante, sin que pudieran intervenir terceras personas. Otra peculiaridad radicaba en su objeto, el cual se refería siempre a la herencia. El *consortium* potenciaba la vida del grupo familiar manteniendo en su seno una unidad económica, mediante la copropiedad de los bienes materiales, quedando fuera del mismo las relaciones de carácter personal.

Con el transcurso del tiempo se adoptó la misma forma jurídica para sujetos distintos a los indicados y con un objeto diferente al de la herencia. Fue lo que la doctrina ha denominado «consorcio entre extraños», de cuya existencia dan fe los fragmentos de GAYO descubiertos en el año 1933 en El Cairo (26).

La sociedad entre extraños fue, sin duda, un paso decisivo para propiciar la existencia del contrato de sociedad (27), a pesar de que la finalidad pretendida con aquella forma de *consortium* no era la de generar un contrato, sino la de crear una comunidad indivisa. La comunidad entre extraños se diferenciaba también, por su forma de constitución, de lo que sería el contrato de sociedad, ya que en éste era suficiente el consentimiento prestado por los sujetos y, en cambio, en aquel consorcio debían realizarse una serie de formalismos ante el pretor, lo cual circunscribía su realización únicamente a los ciudadanos romanos.

Pese a las diferencias indicadas, el contrato de sociedad tomó de aquellas figuras las características que luego lo configuraron; porque, al igual que los restantes contratos consensuales, se sancionaron de nuevo, y de una manera más flexible y acorde con las necesidades de los nuevos tiempos, instituciones muy antiguas que tuvieron validez en el *ius civile* (28).

Tal como resume ARIAS RAMOS, basándose en el fragmento gayano de El Cairo anteriormente citado, de la *societas ercto non cito*, que era legítima e *inseparabilis*, se pasó al consorcio artificial, que era voluntario,

«Los orígenes...» *Op. cit.*, pp. 149 ss.. GIRARD: *Manuale élémentaire de Droit Romain*, 7.^a ed., París, 1924. ALBERTARIO: «Appunti sul consorzio familiare romano», en *Riv. dir. comm.*, XXXII (1934), p. 232. En contra, LEVY-BRÜHL: «Le consortium artificiel du nouveau Gaius», en *Nouv. et*, París, 1947, pp. 60 y los autores citados en la n. 1; con reservas, J. A. ARIAS BONET: «Societas...», *Op. cit.*, pp. 237 ss.

(26) Cf. GAI, *Inst.*, 3,154 b, que dice: *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. (...)*.

(27) WIEACKER sostiene que la sociedad tiene, al menos, un doble origen; uno, proviene del «Wahlkonsortium» entre extraños y otro, de convenciones *iuris gentium* para finalidades más limitadas. Un reflejo de este doble origen se encuentra en la casuística que nos presenta la distinción entre *societas omnium bonorum* y *societas unius negotiationis*. Cf. WIEACKER: *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, 1936; y también, en ZSS, 1952, pp. 488 ss. en relación pp. 302 ss.

(28) A. D'ORS y PÉREZ PEIX: «La formación histórica de los tipos contractuales romanos», en *AAMN*, V, (1950), p. 262.

formal y proveniente de una *legis actio*, y de éste se pasó a la *societas omnium bonorum* no solemne y consensual (29).

La desaparición de todo formalismo y el efecto vinculante del mero consentimiento propiciaron que surgiera el contrato de sociedad en los términos en que se fue configurando, y, en algunos casos, se llegó incluso a una situación de copropiedad entre los sujetos intervinientes (30). En el contrato de sociedad se constituía una caja común integrada por las aportaciones de todos los socios, y que les permitía la consecución de determinadas finalidades que, de manera individual, hubieran sido de difícil o de imposible logro. Del antiguo consorcio familiar derivó también el *ius quodammodo fraternitatis* que existía en las relaciones entre los socios, *ius* que fue puesto de manifiesto en el texto *D. 17,2,63, pr (Ulp., Ed. 31): ... quum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*; texto que, aunque en un principio se consideró interpolado, según ARIAS RAMOS, posteriormente se cambió de criterio, teniéndosele por auténtico (31).

El fundamento del contrato radicaba en la confianza recíproca de los sujetos contratantes, que implicaba una consideración particularizada de las personas que lo suscribían, dando origen a una relación que hoy denominamos de tipo personalísimo. El consentimiento, expresa o tácitamente, manifestado por cada una de las personas contratantes (32) se emitía en atención al de los otros sujetos que intervenían en la conclusión del mismo, es decir, *intuitu personae* (33); lo que llevó a aplicar a ultranza el principio de vinculación exclusiva de los sujetos contratantes (34). A diferencia de los demás, no existió en este contrato una contraposición de sujetos como si unos constituyeran la parte deudora y otros la acreedora, sino que los socios aunaban sus esfuerzos a nivel patrimonial o con la aportación de su propio trabajo, para la consecución de un fin común. Todos ellos eran a la vez deudores y acreedores: eran deudores de la aportación que forzosamente estaban obligados a realizar y eran acreedores de los beneficios que pudie-

(29) J. ARIAS RAMOS: «LOS orígenes del contrato de sociedad: *consortium* y *societas*», en *RDP*, XXVI (1942), p. 150. A las fuentes indicadas habría que añadir otras que se basaron en la actividad agrícola y comercial desarrollada por el pueblo romano, ampliamente recogidas por V. ARANGIO RUIZ: *La società in Diritto Romano*. Napoli, 1950, pp. 22 ss.

(30) A. TORRENT: «Notas sobre la relación entre...», *Op. cit.*, pp. 98 ss. y también, J. ARIAS RAMOS: «LOS orígenes...», *Op. cit.*, pp. 146 ss.

(31) J. ARIAS RAMOS: «LOS orígenes...», *Op. cit.*, pp. 152 ss.

(32) En estrecha relación con el consentimiento del contrato se encuentra el requisito de la *affectio societatis*. La polémica en torno a su origen y a su exigibilidad está ampliamente recogida en C. ARNO: // *contratto di Società. Corso di Diritto Romano*. Torino, 1963, pp. 19 ss.

(33) Cf. *GAI, Inst.*, 3,152 y, en igual sentido, /. 3,25,5, que dice: *...qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit (...)*.

(34) Cf. *D. 17,2,19 y 20 y GAI, Inst.*, 3,152.

ran producirse, en la proporción que tuvieran derecho a percibir. El interés perseguido afectaba únicamente a la esfera privada de los socios, que estaban obligados a comportarse como hombres honestos conforme a los usos comerciales de la época. Estaban sujetos a la palabra dada, es decir, a la *fides* (35) que, desde el punto de vista contractual, constituyó un medio para poder vincular la actuación de las personas a las que no se les podían aplicar los medios coercitivos previstos por el *ius civile*.

La confianza recíproca y la consideración específica de las personas que lo suscribían justificaron que, a la muerte de alguna de ellas, el contrato se extinguiera automáticamente sin que interviniera ninguna declaración de voluntad y sin que fuera transmisible la condición de socio (36).

Cualquier cambio que experimentan los sujetos, en el número o en la transmisión de la condición de socio a terceras personas, provocaría la extinción automática de la sociedad. De persistir el interés de los sujetos para que la ejecución del contrato continúe, debía constituirse un nuevo contrato (37), para así responder a la voluntad de mantener los lazos fraternales que vinculaban a los socios. Estos constituyeron el contrato de sociedad en atención a los sujetos que intervenían en el mismo; por lo tanto, debían ser éstos, y no otros, los que estuvieran obligados por el vínculo contractual. De ahí que las relaciones entre los socios, a semejanza de lo que acaece en la figura del *consortium* entre hermanos, se hayan denominado relaciones fraternales e *intuitu personae*. En realidad, podían considerarse como una forma de decir que los sujetos se escogían entre sí porque

(35) La *fides* en Roma presenta una amplia y compleja problemática al ser uno de los conceptos básicos de cuya consideración han derivado principios jurídicos fundamentales en aquel ordenamiento jurídico y que han sido recogidos en los ordenamientos jurídicos vigentes. Sobre el particular pueden destacarse como obras fundamentales la de KUNKEL y, posteriormente, la de LOMBARDI. Cf. J. KUNKEL: «Fides als Schöpferisches Element in röm. Schuldrecht», en *Fests. Koschaker*, II (1939), pp. 5 ss., y L. LOMBARDI: *Dalla Fides alla Bona fides*. Milano, 1961. También, A. CASTRESANA: *Fides, bona fides: Un concepto para la creación del derecho*. Madrid, 1991.

(36) En las *societates publicanorum* la muerte de alguno de los socios no provocaba la extinción automática del contrato de sociedad por las peculiaridades que caracterizaron a estas sociedades. No sólo puede destacarse su origen diverso del de las sociedades *omnium bonorum*, ya que provienen del mundo helénico, sino que las diferencias estriban en la propia finalidad y objeto perseguido con la sociedad. Se pretende la gestión de lo que hoy denominamos un servicio público, lo que genera una relación especial y distinta a las relaciones de carácter privado. En primer lugar, hay una adjudicación del contrato a un sólo sujeto *manceps* o bien a todos los socios si actúan todos a la vez. En segundo lugar, el Estado o ente público adjudicatario no se convierte en socio de la sociedad adjudicataria. Por último, y lo más importante es que la gestión no puede quedar suspendida por la muerte de alguno de los socios, por lo que se admite que se transmita su posición de tal al heredero. Cf. J. A. ARIAS BONET, *AHDE*, XIX (1948-49), pp. 218 ss. En definitiva, aquí el interés común radicaba en la obtención del lucro que conllevaba la ejecución del contrato.

(37) C. ARNÓ: *Op. cit.*, pp. 148 ss.

consideraban que, aunando sus fuerzas, lograrían con mayor facilidad el fin común perseguido. Posibilidad que encuentra apoyo en la propia evolución de la figura, evolución recogida con toda precisión por J. MACQUERON, que destaca cómo con el devenir del tiempo se va otorgando más preponderancia al aspecto económico por encima del fraternal, lo cual tuvo su culminación en el derecho justiniano y se tradujo en una más severa exigencia respecto de la responsabilidad de los socios en el caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales (38).

La evolución que ha experimentado el contrato a lo largo del tiempo presenta la constante consideración de la muerte como causa de extinción *ipso iure*, debido a que las relaciones entre los socios se han considerado siempre *intuitu personae* y que este carácter, junto con el interés económico, ha sido esencial en el contrato.

Entendemos que inicialmente la sociedad —que constituye un contrato plural, en el que no hay contraposición de intereses entre los socios, sino que aquéllos son compartidos y comunes— estaba pensada para tener, como todos los contratos de buena fe, una estructura bilateral, es decir, que únicamente intervenían el mínimo imprescindible de sujetos para la existencia de tal contrato de sociedad (39).

Como expone GUARINO (40), refiriéndose a la época preclásica (41) y clásica, la sociedad tenía la estructura de contrato bilateral, dando lugar a la constitución de una *societas* dualista. Admite que, en este mismo período, era posible que las partes convinieran en la creación de sociedades plurales y que, en este caso, la disolución de la sociedad sólo se produce por *dissensus sociorum*, ya que las demás causas, como la renuncia, la muerte, la *capitis deminutio* y la quiebra del socio, sólo eran posibles si se habían acordado previamente con *pacta adiecta* (42). A su entender, no fue hasta la época postclásica y particularmente en la justiniana cuando, gracias a la normación de los *pacta adiecta* que se habían utilizado en los períodos anteriores y a la visión de la sociedad como un embrión de corporación (43), se tuvieron en cuenta de manera general y sin necesidad de que existiera ningún pacto expreso al respecto, para las sociedades con pluralidad de sujetos, las mismas causas de extinción previstas como regla general para las sociedades con estructura bilateral. Todo ello fue una conse-

(38) J. MACQUERON: *Op.cit.*, p. 175.

(39) Corroboran este criterio los textos de la época que, entre otros, pueden tenerse en cuenta: GAI, *Inst.*, 3,148 y 154; /. 3,25,1 pr, 1 y 3.

(40) A. GUARINO: *La Società in Diritto Romano*. Napoli, 1988, p. 42.

(41) En nuestra exposición tomamos la expresión «época clásica» en sentido amplio comprendiendo también el período anterior.

(42) A. GUARINO: *Op. cit.*, pp. 42 y 81.

(43) A. GUARINO: *Op. cit.*, p. 83 en relación a la p. 154.

cuencia de la conversión en norma de los *pacta adiecta*, utilizados en la época clásica (44) en los contratos.

En este caso, según GUARINO, la muerte del socio como causa de extinción no se consideraba *intuitu personae*, sino *intuitu patrimonii*, puesto que la sociedad constituía un ente en el que se daba una coestión por parte de los socios (45).

El criterio de GUARINO nos parece discutible. Ciertamente en los textos no se encuentra ningún fundamento que permita considerar a la sociedad como un ente distinto de los sujetos que la configuran. No cabe duda alguna de que el contrato de sociedad, e incluso la acción que lo protege (la *actio pro socio*), iba referido a un contrato con estructura bilateral; pero ello no fue óbice para que, posteriormente, su aplicación se hiciera extensiva a supuestos con pluralidad de sujetos. Tal evolución aparece del todo conforme con la transformación que sufrió la utilización de la figura jurídica, que primero fue pensada para el desarrollo de la actividad económica circunscrita a un ámbito reducido, ampliándose después este ámbito y utilizándose para el desarrollo de una auténtica actividad empresarial a gran escala. El mero incremento en el número de los sujetos contratantes no tenía por qué provocar la modificación de las reglas configuradoras de la *societas*. Tal criterio llevó a la convicción de que las causas de extinción del contrato debían darse independientemente del número de sujetos intervinientes, al no ser el número, sino la cualidad y condición de los mismos, lo que les servía de fundamento.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que el fenómeno de la ampliación del número de sujetos no es exclusivo del contrato de sociedad, sino que se dio en igual medida en los restantes negocios jurídicos. En los primeros tiempos en los que la vida del pueblo romano, y consiguientemente su derecho, no estaban muy desarrollados, se operaba con soluciones y esquemas simplistas y, por lo que no es de extrañar, que los negocios aparecieran estructurados únicamente de manera bilateral. Progresivamente se fue evolucionando y aquellos planteamientos resultaban insuficientes y, en algunos casos, inadecuados para solucionar las nuevas necesidades surgidas. Para dar respuesta a todo ello se fueron variando, aunque de forma paulatina y nunca de manera radical, algunos criterios jurídicos imperantes hasta entonces, pero que habían ido quedando cada vez más obsoletos para atender a las nuevas necesidades. En este sentido, una variación trascendental y de gran incidencia en toda la materia contractual fue el cambio del criterio determinativo de la responsabilidad por

(44) A. GUARINO: *Op. cit.*, p. 82.

(45) A. GUARINO: *Op. cit.*, p. 83 en relación con la p.153. El fundamento de su tesis radica en el análisis de los textos de *GAI, Inst.*, 3,149 y 150; *GAI, Inst.*, 3,137 e /. 3,22,3.

la promulgación de la *lex Poetelia*, que hizo que dicha responsabilidad dejase de ser estrictamente personal para admitirse la responsabilidad objetiva. El surgimiento de los negocios de buena fe debido a la supresión de los formalismos y a la preponderancia de la voluntad por encima de cualquier otro requisito, junto con otros factores que no vienen al caso comentar aquí, provocó, entre otros efectos, el que se admitiera la pluralidad de sujetos en los negocios jurídicos. Aunque este fenómeno fue general para todas las figuras jurídicas, en el caso de que dejaran de ser bilaterales, no por ello en todas ellas se transformaron sus causas de extinción, ni para tener eficacia tuvieron que pactarse expresamente por los sujetos contratantes.

En consecuencia, la muerte, como causa de extinción *ipso iure* del contrato, se aplica tanto en los contratos de estructura bilateral como en los de estructura plural; al tratarse de una causa de extinción que tiene su fundamento en la propia esencia del contrato. Lo cual, salvo la excepción postclásica que después aludiremos, no quedaba vedado a la disponibilidad de las partes porque hubiera vulnerado el espíritu del derecho de la *civitas*.

La manera como intervenían los sujetos contratantes y el hecho de que no existiera entre ellos contraposición de intereses, sino unión de esfuerzos para lograr un fin común, hacen que nos cuestionemos si se generó lo que hoy denominamos persona jurídica (46).

La respuesta a este interrogante se encuentra en la esencia del propio contrato. El carácter eminentemente personalista de éste no permitía que pudiera considerarse como un ente distinto de los sujetos que lo configuraban. En todo momento mantuvo su naturaleza contractual, ya que la manifestación de voluntad de los sujetos implicaba una vinculación que aparecía como exclusivamente interna. La eficacia del contrato se circunscribía a los socios sin ningún reflejo hacia el exterior, ya que la finalidad perseguida no rebasaba la esfera estrictamente individual de cada uno. Cada socio continuaba siendo el propietario de su aportación al haber social, al igual que lo era de los beneficios obtenidos con la gestión común, con una participación individual en la cantidad y en la forma precisada en el momento de la constitución del contrato (47). En algunos casos, cabía constituir una *communio*. Todo ello impedía que pudiera considerarse a la so-

(46) Es conocida la polémica suscitada en torno a la persona jurídica en el Derecho Romano, que está protagonizada, básicamente, por dos sectores doctrinales contrapuestos. Uno, es el que sostiene que el origen y la configuración de la teoría sobre esta figura se encuentra en los propios textos romanos. Otro sector, en cambio, entiende que esta figura era totalmente desconocida en aquel derecho. Esta problemática ha sido tratada con gran profundidad por ORESTANO, a cuyas conclusiones nos adherimos. Cf. R. ORESTANO: // *problema delle persone giuridiche in Diritto Romano*. I. Torino, 1968, especialmente pp. 79 ss.

(47) Cf. C. 4,37,1.

ciudad como un sujeto autónomo, con derechos y obligaciones distintos de las de los socios, es decir, como una persona jurídica (48).

La vinculación meramente interna de los sujetos la encontramos reiterada en distintos textos del *Digesto* como Ulp., *Sab.* 30 y Ulp., *Ed.* 31 (49). También se encuentra en la propia estructura de la acción que protegía el contrato y que se otorgaba a cada uno de los socios durante la vigencia de la sociedad para poder reclamar y hacer efectivas las obligaciones entre ellos. Una vez disuelta la sociedad, servía para liquidar las obligaciones entre los mismos.

En definitiva, el contrato de sociedad romano no elevaba el conjunto de los socios a persona jurídica (50), ni tampoco lo pretendía. Los socios eran los titulares de los derechos y de las obligaciones de la sociedad; pero no lo eran de la sociedad como grupo colectivo, porque *societas non habet corpus*. La configuración del contrato de sociedad estaba impregnada de la actitud individualista que dominó la doctrina a partir del siglo II a C. Esta actitud implicó que las comunidades se organizaran con el criterio de poner en común lo menos posible (51).

Este principio se mantuvo a ultranza hasta la época de Justiniano en la que el término *societas* tomó otro rasgo al ser contemplado desde otra perspectiva. RICCOBONO, basándose en un texto de POMPONIO (*Sab.* 13) (52), sostiene que Justiniano empezó a considerar a la sociedad como un grupo colectivo dotado de voluntad propia y con intereses diversos de los propios de cada uno de los socios. Esto explica que los compiladores retocaran sin más los textos y presentaran a la sociedad como una unidad. Con todo, aunque, desde el punto de vista económico, el interés de los socios se consideró en conjunto, continuó siguiéndose la postura tradicional. Así, en lo referente a las consecuencias jurídicas, solamente se tuvo en cuenta la persona de los socios singulares y sus respectivos intereses (53).

(48) Generalmente, se suele indicar por la doctrina, apoyándose en el análisis de los textos del *D.* 34,1, pr y 1; *D.* 37,1,3,4; *D.* 46,1,22 y *D.* 47,2,31,1, que las *societates publicanorum* constituyeron personas jurídicas. Afirmación que nos parece un tanto radical en relación a la época a la que va referida, de ahí que consideremos más prudente la afirmación de J. A. ARIAS BONET en el sentido de que existieron cosas comunes, arcas comunes y se actuaba por medio de un actor, sin afirmar de forma categórica su condición de persona jurídica. Cf. J. A. ARIAS BONET: «*Societas publicanorum*» (...), *Op. cit.*, pp. 287 ss.

(49) Cf. *D.* 17,2,19; *D.* 17,2,20 y en igual sentido *D.* 50,17,47,1.

(50) C. ARNÓ: *Op. cit.*, pp. 137 ss.

(51) F. SCHULZ: *Principios...*, *Op. cit.*, pp.169 en relación con 175.

(52) *D.* 17,2,60.

(53) S. RICCOBONO: «*Communio* e comproprietà», en *Essays in Legal History*, p. 102. En igual sentido se había pronunciado P. BONFANTE: *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino, 9.^a ed., 1932, p. 289,1. Elaboró su criterio basándose en los relieves críticos de SEGRE al texto *RISG*, 8 (1889), pp. 150 ss., nota 193. Todo ello está citado, a su vez, en A. POGGI: *Op. cit.*, Fasc. II, Roma, 1972, pp. 18 y 19.

Ciertamente, este proceso evolutivo hizo que se ampliara progresivamente el significado del término *societas*, el cual fue utilizado también para designar algunas figuras asociativas; como en el caso previsto en un texto del *Digesto* (GAI, *Ed. Prov.* 3) (54), en el que el vocablo *societas* se utiliza en el sentido de *corpus*, y en el otro (ULP., *Ed.* 39) (55) que va referido a *collegium* (56). Pero una cosa es que el término se utilizara con cierta amplitud para designar figuras jurídicas que implicaban colegialidad y otra cosa distinta es que el contrato de sociedad hubiera adquirido la condición de persona jurídica, supuesto que no puede atribuirse en modo alguno al ámbito de aplicación del Derecho Romano, pese a que, con el transcurso del tiempo, se hubieran relajado algunas de las exigencias iniciales.

La posibilidad de que los sujetos contratantes pudieran utilizar los *pacta adiecta* para convenir lo que estimaran oportuno, con las únicas limitaciones de no vulnerar la esencia del contrato y no atentar contra los principios inspiradores del derecho (57), permitía que, en caso de existir una pluralidad de socios, éstos podían acordar que, en el caso de que falleciera uno de ellos, la sociedad continuara con los socios supervivientes (58). Se trata de una peculiaridad reconocida sólo a las sociedades con varios sujetos, porque evidentemente si éstos sólo fueran dos, no cabría pacto en este sentido, al no poder existir sociedades de un solo socio. Por eso se atribuyó a la época postclásica (59) la utilización de este acuerdo porque fue en ella cuando proliferaron los negocios con diversos sujetos.

La inserción de dicho pacto en el contrato implicaba que, en el momento de la constitución del mismo, todos los sujetos contratantes hubieran manifestado su anuencia al respecto. Por este motivo, en el momento en el que fallecía uno de los socios no se producía una novación del contrato, ni desde un punto de vista subjetivo ni desde el punto de vista objetivo, al no existir ningún cambio de sujetos, ni del objeto de la sociedad (60). Incluso

(54) Cf. *D.* 3,4,1 pr.

(55) Cf. *D.* 37,1,3,4.

(56) A. POGGI: *Op. cit.*, Fasc. II, pp. 21 ss. Y en igual sentido, A. GUARINO: *L'Ordinamento Giuridico Romano*. Napoli, 1990, p. 6.

(57) G. GROSSO: *Efficacia dei Patti nei Bonae Fidei iudicia. Patti e Contratti*. Torino, 1928, pp. 14 ss.

(58) Podría aquí reproducirse la problemática suscitada por A. GUARINO, a la que nos hemos referido anteriormente, y planteamos si era necesario un pacto previo de todos los socios para que la sociedad continuara con los supervivientes o si, por el contrario, su continuación era automática y el pacto sólo era necesario para convenir la extinción del contrato. La respuesta debe ser idéntica a la que hemos dado anteriormente, ya que por los argumentos expuestos resulta evidente la necesidad de dicho pacto si se quiere la continuación.

(59) Entre otros autores, consideran a este pacto como una excepción postclásica, A. GUARINO: *Op. cit.*, p. 123.

(60) Cf. GAI, *Inst.* 3,176.

el pacto estaba protegido por la propia acción del contrato (61). Tampoco conllevaba ninguna vulneración del carácter *intuitu personae*, puesto que, tal como hemos señalado anteriormente, el consentimiento lo habrían manifestado todos los sujetos, preveyendo la posibilidad de continuar igualmente si faltare alguno de ellos; consentimiento que había de durar mientras estuviera vigente el contrato (62).

Si el pacto se hubiera introducido *a posteriori* una vez constituida la sociedad, entendemos que podía ser plenamente válido siempre que respetase los requisitos aludidos y que se hubiere adoptado por todos los socios. La eficacia de este pacto estaría supeditada a que se hubiera adoptado con anterioridad al momento de la muerte de alguno de los sujetos, ya que de no ser así y de producirse aquel evento, la sociedad se extinguiría; y, aunque mediara el acuerdo en aquel sentido, de hecho no se produciría una continuación, sino que surgiría una nueva sociedad, porque el nuevo consenso crearía una nueva relación aunque los sujetos, salvo la persona del fallecido, y el objeto fuesen los mismos. Así se pronuncia GAYO cuando dice: ... *sed utique si adhuc consentiant in societatem, noua uidetur incipere societas* (63).

En definitiva, si el pacto de continuación de la sociedad con los socios supervivientes se hubiera introducido inicialmente desde el momento de la constitución del contrato, el pacto no sólo era válido, sino que además estaba protegido por la misma acción del contrato. Si el pacto se hubiera introducido *a posteriori* pero antes de la muerte de cualquiera de los socios, también estaría dotado de validez si mediara el consentimiento unánime de todos los socios; si bien, en este caso, el pacto estaría protegido no por la acción, sino por una excepción tal como se deduce de varios textos (64) referidos al contrato de compraventa. Y, en todo caso, para que el pacto tuviera eficacia debería ser anterior al momento de la muerte de alguno de los socios para evitarse el efecto extintivo que este evento produce.

III. LA CONSIDERACION DE SOCIO Y SU INTRANSMISIBILIDAD *MORTIS CAUSA*

En las sociedades de naturaleza privada, el carácter personalista de la condición de socio se manifestó también en las relaciones *mortis causa* al prohibirse expresamente que los socios, mediante un acto con eficacia supeditada a la muerte del socio, incorporaran convencionalmente uno de los

(61) P. E. VIARD: *Les pactes adjoints aux contrats en Droit Romain Classique*. Roma, 1972, p. 116.

(62) Cf. C. 4,37,5.

(63) Cf. GAI, *Inst.* 3,153.

(64) Cf. D. 18,5,3; D. 2,14,7,6 y C. 2,3,13.

pacta adiecta en el que se hiciera constar que el lugar dejado por el socio fallecido lo ocuparía su heredero. El texto de POMPONIO (*Sab.* 12) (65) es taxativo en este sentido cuando dice: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait.* La doctrina cuestiona la autenticidad del mismo, que se tilda de estar interpolado, al menos desde un punto de vista formal, ya que desde la perspectiva sustancial no se discute su autenticidad (66).

No se admite un pacto de este tenor aunque lo hubieran suscrito todos los sujetos contratantes, por cuanto implicaría una vulneración del carácter *intuitu personae* que rige en la relación entre los socios y que exigía que el consenso fuera de todos ellos, puesto que en este caso faltaría el del heredero. El consentimiento de éste sería ineludible por tratarse de un contrato de buena fe que implicaba el estar obligado a comportarse con lealtad a la palabra dada, y era el propio sujeto y no otro por él el que debía someterse a ello. La ausencia de todo formalismo permitió que, con independencia de la ciudadanía del socio, quedara éste vinculado por su mera declaración de voluntad, con lo que se salvó el obstáculo que de otra manera hubiera sido imposible de solucionar, ya que la vinculación al cumplimiento del negocio jurídico hubiera sido distinta para cada sujeto en atención a su ciudadanía y, por lo tanto, al derecho que le fuera aplicable.

El vínculo que generaba la *obligatio* del *ius civile* no podía hacerse extensivo a los extranjeros; por ello se utilizó la *fides*. La lealtad a la palabra dada implicaba un sometimiento a la *fides* individual de los contratantes (67) y este individualismo que se manifestó también en la acción que protegía el contrato, la *actio pro socio*, que, como hemos dicho ya, era de naturaleza personal.

Las circunstancias expuestas explican que, según los juristas romanos, estuviera prohibido pactar la sucesión *mortis causa* de la condición de socio. La muerte extinguía el contrato de sociedad, porque se trata de un contrato personalísimo y, por ello, el título de socio no podía transmitirse, ni por sucesión, ni por donación *mortis causa*. La intransmisibilidad, por tanto, provenía del propio título.

Por lo que respecta a la donación, tampoco podía utilizarse como medio de transmisión de la posición de socio, porque el contrato de sociedad era incompatible con cualquier idea de liberalidad, al perseguir la consecución de un fin común con la actuación conjunta de todos los socios (68).

(65) Cf. *D.* 17,2,59 pr.

(66) Se pronuncian en este sentido, entre otros autores, M. R. CIMMA: *Ricerche sulle Società di Publicani*, Milano, 1981, pp. 231 ss. También, V. ARANGIO RUIZ: *Op. cit.*, pp. 157 ss.

(67) L. LOMBARDI: *Op. cit.*, pp. 26 ss. Y A. CASTRESANA: *Op. cit.*, pp. 66 ss.

(68) Cf. *D.* 4,4,16,1; *D.* 17,2,5,1 y *D.* 39,6,35,5.

Con referencia al aspecto concreto de la sucesión hereditaria en la época en que surgió el contrato, se trata de una sucesión universal (69) en la que el sujeto adquiría, activa y pasivamente, la titularidad de todo un patrimonio proveniente del causante.

La transmisión de derechos a título universal tenía lugar a través de la herencia o de la *bonorum possessio*. Por tanto, la herencia constituía un caso de *successio* en cuanto al difunto le sucedía el heredero y estaba integrada en el ámbito del *ius quod ad res pertinet* (70). Constituyó un modo de adquisición *per universitatem* de las cosas corporales e incorporeales pertenecientes al difunto, como así se deduce de relacionar los dos textos de GAI, *Inst* 2,97 y 2,14.

Nos referimos aquí al heredero del socio, es decir, del sucesor universal y que, según los clásicos, por ser tal, sucede al causante, *in locum defuncti*, a lo que los postclásicos añaden *in ius defuncti* (71). En principio habría que pensar que el heredero sucediera al causante también en el contrato de sociedad cuyos derechos y obligaciones le serían transmitidos por unidad de acto, junto con la totalidad del patrimonio, *transmissio per universitatem*.

Pero por lo que respecta a este contrato, al heredero sólo se le transmiten los derechos y obligaciones provenientes del mismo, sin que pueda adquirir el título o *status* jurídico de socio; no se transmitía el derecho, sino su contenido.

La posición jurídica o título de socio implicaba una obligación personalísima que, como tal, vinculaba únicamente al sujeto, es decir, al socio. Por ello, no han faltado quienes (72) advierten que lo que en tales casos sucedía no es que dichas obligaciones no se transmitieran y no fueran objeto de sucesión, sino que desaparecían con la muerte del obligado y, como consecuencia, no podían transmitirse.

A toda esta argumentación debe añadirse la referencia al elemento temporal. Desde esta perspectiva, la sociedad está sujeta a un plazo de duración, ya que, de no ser así, podría darse la transmisión indefinida de la condición de socio convirtiendo a la *societas* en una figura perpetua; posibilidad que estaba expresamente prohibida, considerando nulas a estas sociedades (73). Con ello, se reafirmó el individualismo y el personalismo de la sociedad. De no ser así, se llegaría a una situación similar a la de las sociedades a las que se les reconoce personalidad jurídica.

(69) Cf. *D.* 5,2,6,1; *D.* 24,3,58; *D.* 38,16,1; GAI, *Inst.* 2,157 y ULP., *Epit.* 29,1. Estos textos están ampliamente comentados por G. IMPALLOMENI: «Successioni (Diritto Romano)», en *NNDI*, T. XVIII, pp. 705 ss.

(70) R. AMBROSINO: «*Successio in ius - Successio in locum - Successio*», en *SDHI*, 1945, pp. 176 ss.

(71) M. KASER: *Op. cit.*, pp. 298 ss.

(72) R. AMBROSINO: *Op. cit.*, p. 181.

(73) Cf. *D.* 17,2,7 y *D.* 17,2,1.

Es obvio que si la condición de socio pudiera irse transmitiendo de un socio a su heredero, de éste al suyo y así sucesivamente, la sociedad no se extinguiría nunca fuera de los casos de que se hubiera constituido para la realización de un objeto concreto o se hubiera determinado en su constitución un plazo de duración.

Quedaría incompleta nuestra reflexión sobre la temática examinada si no aludieramos, aunque sea de forma tangencial, a la peculiaridad que presentan sobre este extremo las *societates publicanorum*. En ellas no rige la prohibición aludida, debido a que su objeto era lo que hoy denominamos la gestión de un servicio público. Como sea que tal servicio público no podía quedar interrumpido por la muerte de uno de los socios de la sociedad que lo gestionara, se relegó a un segundo plano el elemento personal del contrato. Las obligaciones de los socios perdieron su carácter personalísimo y formaron una estructura interna análoga a la de las personas jurídicas modernas (74), aunque, en Roma, no existían aún como tales.

Dichas características permitieron que, en estas sociedades, la muerte no operara como causa de extinción del contrato, porque hubiera redundado negativamente en el servicio objeto de la prestación. Con lo cual, al producirse la muerte de alguno de los socios no hubo inconveniente alguno para que continuara la sociedad con los restantes y con el heredero del socio fallecido, siempre que la parte del socio difunto hubiera sido adscrita a la persona del heredero, según *D. 17,2,59, pr (POMP., Sab. 12): ... in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat; quod ipsum ex causa aestimandum est.(...)*; y *D. 17,2,63,8 (ULP., Ed. 31): ... et circa societates vectigalium caeterorumque idem observamus, ut heres socios non sit, nisi fuerit adscitus (...)* (75).

Otra peculiaridad de estas sociedades fue la de que prestaron un servicio público que previamente había sido ofertado y adjudicado por lo que de algún modo podría asimilarse a lo que hoy llamamos Administración Pública. Los socios constituían la sociedad para poderse hacer cargo de la prestación y, para ello, si se les adjudicaba la gestión, se adherían a lo que hoy denominamos «pliego de condiciones» del contrato que en aquel tiempo se designaba como «*leges censoriae*», que tenía la doble finalidad de adjudica-

(74) J. A. ARIAS BONET: *Op. cit.*, p. 303.

(75) Sobre la forma de convenirse la continuación de la sociedad ha surgido, en la romanística moderna, una interesante problemática, ampliamente recogida por M. R. CIMMA: *Op. cit.*, pp. 236 ss. Simplificando las distintas opiniones vertidas, podemos hacer referencia a dos corrientes contrapuestas. Una de ellas representada, entre otros, por MITTEIS y GAUDEMET, que entienden que el acuerdo consiste en una simple cláusula inserta en el propio contrato y, la segunda, representada por DEL CHIARO y ARNÓ, que se pronuncian por la existencia de dos actos diversos.

ción del contrato y de notificación a los contribuyentes, a modo de edicto, de las obligaciones que debían cumplir. La sociedad adjudicataria debía, al igual que en la actualidad, prestar una garantía para responder de la correcta ejecución del contrato (76).

Por todas estas peculiaridades, como hemos indicado, tales sociedades no podían extinguirse por la muerte de un socio, porque ello hubiera podido implicar la interrupción de la prestación del servicio público. En este caso, el carácter *intuitu personae* sólo se tenía en cuenta en el momento de la constitución de la sociedad, porque, una vez se había contratado con el ente público adjudicatario, la obligación de llevar a cabo la gestión pública primaba por encima de la propia sociedad. Se producía aquí una duplicidad de contratos: el primero era el de constitución de la sociedad y el segundo el que suscribía la sociedad ya constituida con el ente público. El personalismo se reducía, en estos casos, a los supuestos en los que el propio pliego de condiciones establecía una serie de requisitos que deberían cumplir los sujetos con los que se contratara.

En este caso, al presumirse que la sociedad estaba integrada por más de dos sujetos, y habida cuenta de las características expresadas, no había inconveniente, y así lo recogen las fuentes, para admitir la continuación de la sociedad por los socios supervivientes y el heredero del socio fallecido.

En las sociedades de carácter privado, en el supuesto de que el heredero quisiera continuar en el contrato de sociedad y manifestara su voluntad en este sentido a los consocios supervivientes, su anuencia no evitaría la extinción del contrato.

Con la muerte del socio causante la sociedad se habría disuelto *ipso iure*, privando a los demás socios de la facultad de prorrogarla. Pero ello no era óbice para que, si existía voluntad de continuación manifestada, expresa o tácitamente, por todos los sujetos interesados, pudiera constituirse una nueva sociedad. Tal posibilidad está expresamente contemplada en el D. 17,2,37 (POMP., *Sab.* 13): *Plane si hi, qui sociis heredes extiterint, animum inierint societatis in ea hereditate, novo consensu, quod postea gesserint, efficitur, ut in pro socio actionem deducatur*.

La nueva sociedad estaría integrada por los consocios del socio fallecido y por el heredero de éste, el cual no actuaría como tal heredero, sino que lo haría como un sujeto más, como un socio; y el consentimiento contractual se otorgaría en atención a su persona y no a su cualidad de heredero (77). Su actuación en la nueva sociedad no implicaría nunca una subrogación en el título de socio de su causante, porque dicho título era intransmisible y, además, estaba circunscrito al contrato del que surgía.

(76) J. A. ARIAS BONET: *Op. cit.*, pp. 285 ss.

(77) Cf. GAI, *Inst.*, 3,153 *in fine*, que dice: ... *sed utique si adhuc consentiant in societatem, noua uidetur incipere societas*.

La muerte del socio provocaba, como consecuencia, la disolución de la sociedad. Se procedía a la liquidación del haber del contrato y a la transmisión al heredero del socio fallecido de los beneficios obtenidos por su causante (78), exigiéndole que concluyera todo lo iniciado por el difunto y que a su muerte hubiera quedado inconcluso (79). También se transmitía al heredero la responsabilidad derivada de la actuación de su causante en la sociedad (80), y aquél debía responder, en caso de dolo, de su propia actuación en la realización de los actos cuya conclusión se le exigía.

El carácter personalista de la condición de socio aparece de nuevo en otro texto (PAUL., *Ed.* 32) (81) que dice: *Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad arrogatorem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult; ipse autem arrogatus socius permanet: nam et si filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit socius.*

La equiparación de la figura del heredero al arrogante pone de manifiesto que, tanto si se trata de una sucesión universal *inter vivos* —como es el caso de la arrogación— como si se está ante una sucesión universal *mortis causa* —como es el caso del heredero—, la condición de socio no se transmite al nuevo adquirente.

La *adrogatio* constituía uno de los modos de adquirir primitivos (82) por la que el adrogante se hacía con la totalidad de los bienes del adrogado por medio de un acto único; de ahí que se encuadre dentro de las denominadas sucesiones universales *inter vivos* (83). Y, al igual que en las sucesiones *mortis causa*, únicamente son intransmisibles las situaciones personalísimas, entre las que se encuentra la condición de socio.

Como el hijo emancipado, el adrogado continuará siendo socio pese al cambio de su *status familiae*. Lo cual vuelve a evidenciar la intransmisibilidad de la condición de socio, ya que lo único que es objeto de transmisión es el capital o participación de cada uno en la sociedad; pero su lugar no es ni puede ser ocupado por nadie, porque se ha contratado en atención a su persona.

(78) Cf. *D.* 17,2,63,8.

(79) Cf. *D.* 17,2,40.

(80) Cf. *D.* 17,2,35 y 36.

(81) Cf. *D.* 17,2,65,11.

(82) A. TORRENT: «La *adrogatio* en el sistema de las sucesiones universales *inter vivos*», en *RIDA*, XIV (1967), p. 453.

(83) Cf. GELLIO (5.19.9); *GAi, Inst.*, 2,99; *D.* 17,2,2; *D.* 1,7,40 pr.; *ULP., Reg.* 8.8.

IV. LA INCIDENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA REGULACION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD SEGUN NUESTRO CODIGO CIVIL

La influencia del Derecho Romano en la elaboración de los Códigos Civiles europeos modernos aparece clara en lo que respecta al contrato de sociedad que viene regulado en los arts. 1.665 a 1.708 del Código Civil. En ellos subyace la influencia romana compaginada con elementos surgidos con posterioridad a la vigencia de aquel derecho y que fueron propiciados por las mutaciones sociales y, más concretamente, por las nuevas necesidades provocadas por el tráfico jurídico que el Código Napoleónico se encargó de recoger y que pasaron al español.

El elemento fundamental que favoreció el hecho de que, a nivel jurídico, se dieran los nuevos planteamientos fue la elaboración de la teoría del derecho subjetivo, inexistente en Roma, porque el término *ius*, que es el que sirvió también para la denominación de aquel derecho, se utilizaba sin distinción alguna, unas veces para referirse al poder jurídico y otras para aludir al ordenamiento jurídico. Individualizado el derecho subjetivo, se entendió como *ius inter partes*. El poder de mandar *inter partes* (84), que pertenece al ámbito de la autonomía privada, contribuyó a incrementar este derecho y a que gozara de preferencia por encima de otros elementos, como los formales.

En el contrato de sociedad, la preponderancia de la autonomía privada constituyó una de las circunstancias que contribuyeron a que el régimen actual se apartara del rigorismo romano, pese a que ya en aquel derecho se reconoció eficacia jurídica a la mera voluntad de las partes. En la regulación del Código Civil prima la autonomía de la voluntad y, por ello, se permite a los socios que, respetando las normas de derecho público, puedan convenir lo que estimen oportuno siempre que haya unanimidad en el acuerdo. Lo cual era más acorde con las necesidades del tráfico.

En consecuencia, para poder analizar si puede o no transmitirse la posición jurídica de socio al amparo de nuestro Código Civil, debemos averiguar, si se encuentran dentro de los principios de derecho público que impregnan este contrato, los principios *intuitu personae* y las obligaciones derivadas del mismo que son personalísimas. Unos y otras eran los impedimentos básicos que existían en Roma para que pudiera llevarse a cabo la transmisión.

La relación entre los socios continúa caracterizada como *intuitu personae*, pero con un sentido distinto al que tuvo en el Derecho Romano. El

(84) F. CARNELUTTI: *Teoría General del Derecho*. Trad. al español. Madrid, 1955, pp. 199 ss.

factor desencadenante de esta transformación vino propiciado por la circunstancia de que, en nuestro Código, a diferencia de otros códigos extranjeros, como el alemán de 1896 (§ 705 y ss.) o el portugués de 1966 (arts. 157, 158 y 980), el contrato de sociedad constituye una persona jurídica distinta e independiente de los socios que la integran, disponiéndolo así el art. 1.669 *a sensu contrario* (85), que únicamente predica la falta de personalidad para las sociedades irregulares que, por serlo, tienen eficacia exclusivamente entre los sujetos contratantes al mantenerse secretos los pactos de los socios (86).

Con el reconocimiento de personalidad parece que el legislador ha querido que el contrato extendiera sus efectos hacia el exterior, es decir, que la relación asociativa creada con el contrato pudiera actuar como un ente distinto de los sujetos que la integraban (art. 36 en relación con el art. 1.669 del Código), de tal manera que todos los actos y negocios jurídicos que realizara vincularían a la sociedad como entidad con los terceros intervinientes en los mismos. Y, por este mismo motivo, la sociedad como tal entidad es la responsable respecto del socio y viceversa (arts. 1.686 y 1.688, respectivamente), porque se forman patrimonios distintos y separados: el patrimonio de la sociedad y los patrimonios privativos de los socios.

La justificación de la regulación de nuestro Código hay que buscarla en el ordenamiento jurídico francés, que fue el que le sirvió de base. Este partió de la consideración de que la persona jurídica no obedecía a ninguna creación legal, sino que se generaba cuando había un grupo que pretendiera un ejercicio colectivo de intereses lícitos, dignos de ser jurídicamente reconocidos y protegidos. Este criterio, aplicado al contrato de sociedad, hizo que los juristas otorgaran a ésta personalidad jurídica con la finalidad de preservar el patrimonio social de la acción ejecutiva de los créditos personales de los socios. Por ello, a principios de este siglo y a través de la regulación del Código de Comercio, que se apartó de la regulación del Código Civil y del Código Procesal civil, se atribuyó personalidad jurídica a la sociedad (87).

(85) Art. 1.669 C.C.: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

(86) En este sentido se pronuncia la jurisprudencia interpretando diversos supuestos de hecho. Pueden citarse, entre otras, las Sentencias de T.S. de 5 de julio de 1982, 20 de marzo de 1984 y 18 de noviembre y 22 de diciembre de 1986. El régimen de estas sociedades es el de la comunidad de bienes en aplicación del último párrafo del art. 1.669 en relación con los arts. 399 y ss., supuestos que vienen recogidos, entre otras, en la Sentencias del T.S. de 3 de abril de 1982 y 20 de marzo de 1988.

(87) A. CECU y F. MESSINEO: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Vol. XXVIII. *Le Società in genere. Le società di persone*. Milano, 1982, pp. 130 ss.

Ante la regulación de nuestro Código, la relación *intuitu personae* entre los socios puede predicarse, a semejanza del Derecho Romano, desde el momento de la constitución del contrato. Es en este momento cuando los sujetos contratantes emiten su consentimiento en atención a las cualidades y condiciones personales de los sujetos intervinientes; pero, una vez constituida la sociedad, el carácter de esta relación puede decaer al haberse generado un ente nuevo y distinto de los sujetos individuales que lo han creado.

La relación de confianza recíproca no pretendía otra cosa que servir de protección a los intereses de los socios que, al elegir a los sujetos con quien concluían el contrato, se aseguraban de su solvencia económica y de su seriedad en el ejercicio del tráfico jurídico. En la actualidad, para preservar esta especial protección, se ha exigido el acuerdo unánime de los socios para convenir lo que estimen oportuno para los intereses sociales. Efectivamente, el reconocimiento del ejercicio de la autonomía de la voluntad en toda su amplitud, con la única limitación impuesta por el respeto a las normas de derecho público, ha permitido que los socios puedan convenir lo que consideren adecuado siempre que haya unanimidad en el acuerdo.

Lo anteriormente expuesto, y en especial el hecho de que se constituya una persona jurídica, explica que las obligaciones derivadas del contrato dejaran de ser personalísimas. Con lo cual quedaba abierto el camino para que pudiera predicarse la transmisibilidad de la posición jurídica de socio.

Si media acuerdo unánime de todos ellos nada impide que se transmita *inter vivos* la posición jurídica de socio, por cuanto la protección del interés que se perseguía con la intransmisibilidad queda suficientemente cubierto por las figuras que pueden utilizarse para llevar a cabo la transmisión, como son las relativas a la cesión de contrato y las relativas a la modificación de la relación obligatoria (88).

En cuanto a la transmisión *mortis causa*, hay una referencia expresa en el último párrafo del art. 1.704 (89). Este artículo recoge la posibilidad, ya prevista en el Derecho Romano, de impedir que la muerte de un socio opere como causa de extinción del contrato, según lo preceptuado en el número 3 del art. 1.700 del Código (90).

El primero de los preceptos citados no sólo admite que, previo pacto,

(88) F. CAPILLA ROMERO: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales». T. XXI, vol. I, Arts. 1.665 al 1.708 del C. c. Madrid, RDP, pp. 645 ss.

(89) Art. 1.704, último párrafo, C.C.: «...Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de lo que se determina en el número 4 del artículo 1.700». Art. 1.700, número 4: « La sociedad se extingue: ... 4º.- Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707...».

(90) Art. 1.700, n.º 3, C.C.: «La sociedad se extingue: ... 3º.- Por la muerte, insolvencia de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1.699».

la sociedad continúe con los socios supervivientes, sino que va más allá, permitiendo expresamente que el pacto tenga por objeto la continuación de la sociedad con el heredero del socio fallecido (91). El reconocimiento de esta posibilidad implica un completo alejamiento de esta regulación respecto de la del Derecho Romano, por cuanto se está admitiendo explícitamente la transmisibilidad *mortis causa* de la posición de socio.

Este convenio deberá realizarse antes de que se produzca la muerte del socio causante al efecto de evitar que ésta opere como causa de extinción. De perdurar aquella voluntad, se llevaría a cabo la constitución de una nueva sociedad, porque la inicial se habría extinguido por la muerte. En cambio, si el convenio ha tenido lugar con anterioridad a aquel hecho, su aplicación impediría el efecto extintivo de la muerte, al tener supremacía la voluntad de los sujetos con relación a las causas de extinción legalmente establecidas; y continuaría existiendo la sociedad originaria, produciéndose solamente el cambio de socios. A esta conclusión puede llegarse realizando una interpretación analógica del art. 1.703 (92) que, referida a las sociedades constituidas por tiempo determinado, conduce a que pueda darse una prórroga en la sociedad.

Respecto a los consocios, si media el pacto de continuación de la sociedad con el heredero, seguiría respetándose el mismo interés protegido con la causa de disolución de la sociedad por muerte, ya que también aquéllos habrían manifestado su consentimiento unánime de continuar la ejecución del contrato con aquella persona o personas. Respecto al heredero, la situación es más compleja, ya que, tal como tuvo en cuenta el Derecho Romano, el heredero se encuentra vinculado en una relación contractual en la que no había manifestado su propio consentimiento. Y, no sólo eso, sino que —como los socios de la sociedad civil— por el simple hecho de ser socios, son administradores de la sociedad, salvo que otra cosa se determine al respecto. Por esta vía, el heredero asumiría una responsabilidad personal e ilimitada por los actos que se realicen en la sociedad. Para evitar este contrasentido legal, la interpretación más satisfactoria para que goce de eficacia dicho pacto respecto del heredero sería la de concederle, con independencia de su aceptación de la herencia, la posibilidad de decidir personalmente sobre este particular.

Hay autores (93) que entienden que debe concedérsele al heredero un

(91) La STS de 4 de diciembre de 1992 declara que «... el art. 1.704 que, precisamente, tiene por finalidad evitar que la muerte del socio ocasione la disolución de la sociedad, pero sobre la base de que haya cláusula contractual en tal sentido...».

(92) Art. 1.703 C.C.: «Si la sociedad se prorroga después de expirado el término, se entiende que se constituye una nueva sociedad. Si se prorroga antes de expirado el término, continúa la sociedad primitiva.

(93) Entre otros, F. CAPILLA ROMERO: *Op. cit.*, p. 663.

plazo prudencial, una vez aceptada la herencia, para pronunciarse si desea continuar o no en la sociedad ocupando la posición de socio, ya que de esta forma mediaría el consentimiento personal del heredero respecto del contrato y, además, se daría cumplimiento a los requisitos esenciales para la existencia de todo contrato previstos en el art. 1.254 del propio Código.

Pero esta solución no impide que el heredero, por el hecho de haber aceptado la herencia, se haya convertido en socio de la sociedad y, por ello, nos parece un tanto inoperante, ni le encontramos ninguna apoyatura legal para sostenerla, ya que una vez que el heredero se haya convertido en socio podrá utilizar cualquiera de los medios legalmente previstos para apartarse de la sociedad si no tiene interés en pertenecer a la misma. No existe ninguna disposición legal que obligue a ningún sujeto a permanecer en la sociedad si él no quiere; y, por ello, siempre que se garantice el cumplimiento de las obligaciones convenidas y la asunción de la correspondiente responsabilidad, el socio puede apartarse de la sociedad.

Si la transmisión *mortis causa* no se realiza en favor del heredero sino del legatario, al tratarse de una sucesión particular, la aceptación del legado implicaría un consentimiento expreso en relación a la asunción de la posición de socio, que pasaría a ocupar de forma automática.

Con relación a la normativa del Código Civil no podemos concluir nuestro estudio sin referirnos a las particularidades que presentan las sociedades irregulares y a la cuestión de si cabe en ellas la transmisión de la posición de socio.

El principio de libertad de forma que rige el régimen de la constitución de la sociedad, recogido en el artículo 1.667 (94), no se hace extensivo al supuesto de los pactos de la sociedad que se mantengan secretos entre los socios. Las sociedades que así se constituyen son consideradas sociedades irregulares, a las que no se les reconoce personalidad jurídica y se les somete al régimen de la comunidad de bienes. Así lo preceptúa el artículo 1.669 del Código. Pese a conservar la denominación de sociedad, se les priva del régimen contractual, que sólo tiene eficacia constitutiva, para someterlas a la regulación del derecho real de la comunidad de bienes. Ello hace que para considerar, en este caso, el tema planteado, deba determinarse, ante todo, si los sujetos que configuran estas sociedades son considerados socios o, por el contrario, son comuneros y, en segundo lugar, si su posición es transmisible a terceras personas que no hayan intervenido en el acto constitutivo.

No cabe duda alguna de que los sujetos que intervienen en las socieda-

(94) Art. 1.667 C.C.: «La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública».

des irregulares tienen la condición de socios tal y como lo ha venido reiterando la jurisprudencia, pudiéndose citar, entre otras, las Sentencias de 17 de septiembre de 1984, 10 de junio de 1985 y 1 de octubre y 22 de diciembre de 1986 (95). Pero debido a que no se crea ningún patrimonio social al no reconocérseles personalidad jurídica, cada uno de los socios conserva la propiedad de sus aportaciones, lo que coincide con lo preceptuado para los comuneros en el artículo 399 del propio Código (96).

En definitiva, puede decirse que, en estas sociedades, los sujetos intervinientes conservan su cualidad de socio, pero están sometidos al régimen de los comuneros (97). Y, en este sentido y por lo que respecta a la transmisibilidad de su posición de socio, habrá que estar a lo que el Código determine para éstos.

Por lo que respecta a la transmisión *inter vivos*, el antes citado artículo 399 es explícito al afirmar que todo condueño goza de la plenitud de facultades respecto a la propiedad de su parte y, por ello, podrá incluso sustituir a otro sujeto en su aprovechamiento, salvo si se trata de derechos personalísimos. Al partir de la premisa de que el socio de la sociedad irregular debe ser considerado como socio, no cabe duda alguna de que, también en este caso, debe calificarse dicha posición de personalísima y, por lo tanto, intransmisible, a no ser que se hubiera convenido lo contrario en el momento de su constitución, ya que lo preceptuado en el Código sólo será de aplicación en defecto de contratos o de disposiciones especiales, tal y como lo establece expresamente el artículo 392 de aquel cuerpo legal. Por lo que respecta a la transmisibilidad *mortis causa* debemos sostener los mismos argumentos referidos para las sociedades constituidas de conformidad con todos los requisitos determinados por el Código Civil.

Como tal sociedad, aunque irregular, estará sometida a las mismas cau-

(95) La STS de 22 de diciembre de 1986 declara que: «... en los supuestos de sociedades irregulares o de hecho la problemática que envuelven respecto a terceros no afecta a las relaciones internas entre los socios a los que liga un pacto válido contraído al amparo del principio de autonomía de la voluntad...».

(96) Art. 399 C.C.: «Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad».

(97) Debemos tener en cuenta en este caso, lo mismo que se determinaba ya en el Derecho Romano, en cuanto al origen de la comunidad, distinguiendo si la misma proviene del contrato de sociedad o de otro acto jurídico. Si se está en el primer caso, aunque se aplique el régimen de la comunidad deberá tenerse siempre presente el contrato del que proviene. Cf. D. 17,2,31 que dice: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet; nec enim sufficit; rem esse communem, nisi societas intercedat. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem* (...).

sas de extinción, y más si cabe en este caso, tal como afirma la Sentencia del T.S. de 29 de octubre de 1987 anteriormente aludida: «el juego del *intuitu personae* aparece aquí acentuado (...) de modo que faltando el pacto de continuación, la concurrencia de una causa de disolución provoca la extinción de la sociedad (...)». En consecuencia, al margen de estar sometidas al régimen de la comunidad de bienes en cuanto a su funcionamiento patrimonial, podemos dar por reproducidos aquí los mismos argumentos sostenidos para las demás sociedades civiles.

MARÍA EUGENIA ORTUÑO
Profesora de Derecho Romano
de la Universidad de Girona