

SOCIETAS PUBLICANORUM

LOS PUBLICANOS

I. *Concepto*

Varios pasajes de la jurisprudencia clásica recogidos en las fuentes justinianeas nos ofrecen una definición o concepto que pudiéramos llamar legal de los *publicani*. Así, un texto de los comentaristas de Ulpiano al Edicto¹ nos dice que son *qui publico fruuntur (nam inde nomen habet), sive fisco vectigal pendant vel tributum consequantur; et omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani*. Concepto que se reitera en parte en otro pasaje de la misma obra de Ulpiano: *publicani autem dicuntur, qui publica vectigalia habent conducta*².

Gayo, comentando el edicto provincial, ampliaba más la noción afirmando: *sed et hi qui salinas et cretifodinas et metalla habent, publicanorum loco sunt. Praeterea et si quis vectigal conductum a re publica cuiusdam municipii habet, hoc edictum*—el que se refería a las extralimitaciones de los *publicani*—*locum habet*³.

Recogen estos fragmentos las dos acepciones en que de ordina-

1. D. 39. 4. 1. 1.

2. *Eod.*, 12. 3.

3. *Eod.*, 13. pr.

no se usaba la denominación: a) una acepción restringida, que fué la originaria; y b) una acepción más amplia que el término fué alcanzando por sucesivas extensiones.

En el primer estricto sentido *publicanus* es aquel que toma en arriendo, es decir, aquel a quien el Estado concede la cobranza de un impuesto, comprometiéndose a pagar a las arcas públicas una cantidad determinada como producto del impuesto (*vectigal*) cuya percepción le es concedida.

En la otra acepción más amplia, son también *publicani* todos aquellos a quienes se adjudica por el Estado—o por un Municipio—el acopio de suministros, la realización de obras públicas y la explotación de minas, salinas u otras propiedades públicas.

2. Origen de la denominación genérica: VECTIGALIA, PUBLICUM, PUBLICANI

De las dos acepciones apuntadas, la primera ya hemos dicho que fué la originaria. La expresión se usó primero en relación con los arrendatarios del *vectigal*. *Vectigalia* (de *veho* = llevar o acarrear) era, en su sentido más primitivo, el canon o renta pagado al Estado—*populus, populus romanus*—por la ocupación o utilización de sus propiedades. Es evidente que, hasta llegar a una época de mayor complejidad administrativa, la propiedad estatal por la cual se pagaba el *vectigal* estaba constituida por aquella parte del *ager publicus* a la que se daba este destino de utilización por los particulares. Nada de extraño tiene que lo que se acarrea o llevaba (*veho, vectigalia*) por utilizar lo que era público se designase como *publicum*. Por eso, tanto en las inscripciones como en los escritores latinos, se da la sinonimia entre *vectigal* y *publicum*. por un procedimiento o proceso de sustantivación e independencia de esta palabra análogo al seguido por otros adjetivos—*fasti*, calificativo de ciertos *dies*, se hizo sinónimo de calendario o lista de magistrados—. A ello alude Gayo cuando dice: *eum qui vectigal populi romani conductum habet, "publicum" appellamus. Nam "publica" appellatio in compluribus causis ad populum romanum respicit*⁴. De ahí que el hombre que

4. D., 50, 16, 16.

tomaba a su cargo recaudar lo *publicum*, mediante ciertas condiciones pactadas con el Estado, fuese un *publicanus*.

Cuándo empezó a usarse la palabra con este significado, no es posible señalarlo con precisión. En Plauto aparece, por ejemplo, en las siguientes expresiones: "*ubi non est, scripturam unde dent, incusant publicanos*"...; "*hunc nos habemus publicum, illi alii publicani*"...⁵. Esto nos lleva a pensar que el empleo de la voz *publicanus* para designar al encargado de la cobranza de los *publica* comienza, por lo menos, a principios del siglo II a. de J. C. Lo probable es que la palabra, en relación tan natural con la función desempeñada por el sujeto a que aludía, se empezase a usar tan pronto como surgió el sistema de arriendo del impuesto. Pero esto sólo puede conjeturarse con imprecisa aproximación. Desde luego, había entrado ya en el tecnicismo legal en el año 111 a. de J. C., fecha de la *lex agraria* dirigida a contrarrestar la obra de C. Graco, que nos ha sido transmitida en las mismas planchas de bronce que la *lex Acilia repetundarum*. Varias veces se refiere la ley a lo que debe o no debe darse, bien al Estado, bien a la persona a quien éste ha concedido el arriendo, con expresiones como: "*quid ob eam rem populo aut publicano detur exigaturve*"; "*neiquid populo neve publicano dare debeto*"; "*scripturam populo ovi publicano itcm dare debeto*"⁶.

3. Extensión del significado

La amplificación del término y el paso a su sentido extenso es primero simple consecuencia de la mayor complejidad de la Hacienda romana. Cuando los ingresos por impuestos no se referían fundamental y casi exclusivamente a las parcelas agrícolas del *ager publicus*, sino a la utilización de puertos, caminos, puentes, etc., o se basaban en la importación o exportación de mercancías, aunque tales ingresos recibieran a veces denominaciones específicas—*solarium*, *scriptura*, *cloacarium*, *portorium*—, la denominación de los particulares concesionarios o arrendatarios continuó derivándose de

5. *Truculentus*, I, 2 vv. 44 y 49. Sobre la fecha de esta comedia de Plauto, y otros datos en torno a esta cuestión, vid. COSTA: *Il Diritto romano privato nelle comedie di Plauto*, 1890, I, 4 y 8.

6. *Lex agraria*, 20, 26 y 83.

la genérica expresión que servía antiguamente para el impuesto: *publicum*; y se siguió llamándoles *publicani*.

La extensión del significado no paró ahí. Se llamó también *publicani* a los concesionarios de obras, trabajos o suministros ⁷, porque *publica* servía—en acepción que MOMMSEN llama impropia o incorrecta ⁸—para designar los aprovisionamientos contratados por el Estado por el sistema de arriendo, los denominados *ultra tributa*. Como MOMMSEN conjetura, esta ampliación del significado *publica*, y consiguientemente de *publicani*, puede explicarse por el hecho de que pertenecían a la misma clase—*ordo publicanorum*—las personas concesionarias de la cobranza de los *vectigalia* y las que tomaban a su cargo, por el sistema de arriendo, los *ultra tributa*. Así, pues, *publicani*, en sentido amplio, comprende no solamente a los arrendatarios del impuesto sobre la renta (predominante en la época republicana) y más tarde los *portoria* y ciertos impuestos de circulación comercial, sino también a los que tomaban en arriendo la explotación de minas, salinas y otras regalías; e incluso a los *municipes* que tomaban tierras para subarrendarlas ⁹.

En esta acepción, que abarca como actividad de los *publicani* variadas concesiones de suministros para atender a diversas necesidades del Estado, se refería a ellos Valerio Máximo, elogiando su desinteresada y patriótica conducta en la segunda guerra púnica, cuando hubo quien se presentó a los censores proponiéndoles “*ut omnia sic locarent, tamquam res publica pecunia abundaret, seque praestaturus cuncta; nec ullum assem, nisi bello confecto, petiturus*” ¹⁰.

Perfectamente explicable es otra de las manifestaciones de este proceso de expansión del significado de *publica* y *publicani*: su aplicación en las acepciones anteriores, a los casos en que el concedente no era el Estado, sino un municipio, como nos revela el pasaje antes citado de Gayo. *Ad exemplum rei publicae* se configuraba la

7. LIVIO, 25, 6; 34, 6, 17; 43, 16, 7; 25, 3.

8. *Droit publ.* (trad. franc.), pág. 129, nota 4 del tomo IV.

9. MITTEIS: *Röm. Privatr.*, pág. 403, nota 53.

10. *Factorum et dict. memorabilium libri V*, 6, 8.

actividad de estas entidades, y disposiciones, como la contenida en la *Lex Iulia municipalis*, 73-76, reflejan esta similitud ¹¹.

4. Denominaciones específicas

Junto a la denominación genérica, *publicani*, las fuentes nos ofrecen denominaciones específicas para designar publicanos dedicados a una concreta actividad en relación con el Estado, o para indicar arrendatarios de determinados impuestos; de la misma manera que, al lado del término general *vectigalia* o *publica*, aparecen designaciones especiales para ciertos impuestos, como las que antes hemos citado. El falso Asconio (cap. X, 33, p. 113) nos informa: *si quaestus sui gratia decumas redimant decumani appellantur, si portum aut pasqua portitoris aut pecuarii, quarum ratio scriptura dicitur*. El dato, en cuanto a los *portitores* se refiere, no parece exacto, ya que abundantes testimonios ¹² nos les presentan, no como *publicani*, sino como empleados subalternos de éstos, *qui operas ipsis in portibus praestabant*.

Frecuente es la denominación de *redemptor* para designar al contratista que lleva a cabo una obra pública, o al proveedor de un aprovisionamiento público, empleándose muchas veces unida a la indicación del objeto de la concesión, v. gr. *redemptor pontis*, *redemptor operis*. Y, como el *redemptor* es un *conductor* cuyo *locator* es el Estado, este término *conductor*, corriente en el arrendamiento en general, es también utilizado para designar al *publicanus* (*conductor vectigalis*, *conductor operis*) ¹³.

Manceps, expresión de la que hemos de ocuparnos más adelante, se refiere a una figura especial de *publicanus* en su papel de contra-

11. *Quibus loccis ex lege locationis quam censor aliusve quis mag(istratus) publicis vectigalibus ultrove tributeis fruendis tuendisve dixit dixerit, eis, qui ea fruenda tuendave conducta habebunt, ut utri fruci liceat aut utri ab ea eis custodiantur, cautum est, ei quo minus loccis utantur fruatur ita, utri quoque eorum ex lege locationis iei sine d(olo) (malo) utri frui licebit, ex h(ac) l(ege) n(ihil) r(ogatur)*.

12. Vid. los de Cicerón, Plauto, etc., recogidos por BURMANN (*Vectigalia populi romani*, Leidae, 1734, pág. 140), obra, que, no obstante su fecha, se consulta con fruto para el conocimiento del tema, y que probablemente ha facilitado la tarea a muchos autores modernos.

13. D., 19, 2, 60, 8; D., 50, 8, 2, 11.

tante con el Estado. El *manceps* era un *publicanus*, pero, en cuanto al uso de ambas denominaciones en las fuentes, es de notar—como ya advertía KARLOWA¹⁴ y recoge asimismo MATTEIS (op. c., 406, n. 59)—que la denominación *publicanus* no se aplica al *manceps* como tal. En general, *publicanus* no se usa para referirse al concesionario en relación con el Estado; *publicanus* alude más bien a la profesión como tal, o designa al arrendatario en relación con los contribuyentes. *Manceps*, en cambio, es el *publicanus* en cuanto contratante con el Estado.

A veces, la palabra que servía para indicar al dedicado ordinariamente a la tarea que constituía el servicio público arrendado designaba igualmente al contratista que prestaba éste. Así, v. gr., el *balneator* contratante con el edil para proporcionar el servicio de baños públicos¹⁵. Y frecuentemente eran usadas, como es natural, las expresiones genéricas *conductores* y *socii*.

En las constituciones imperiales de época avanzada, también *manceps* aparece designando, no la figura del contratante con el Estado como gerente de una sociedad de publicanos, acepción que tiene en otros textos, sino más bien al arrendatario de un suministro para un servicio público. Tal, por ejemplo, el que toma a su cargo proporcionar caballos en las grandes calzadas para el transporte oficial¹⁶. Pero, en general, en los textos del Bajo Imperio, las denominaciones alusivas a encargados de determinados impuestos, en especie y en numerario—*frumentarii*, *pecuarii*, *suarii*, *susceptores*, *anotadores*, *exactores*, *compulsores*—, ya no tienen que ver en realidad con los *publicani*, sino que son empleados a las órdenes de los magistrados encargados de exacciones diversas, no confiadas ya, en aquellos tiempos de fuerte intervencionismo estatal, a los publicanos.

5. La aparición de los PUBLICANI. Razones de conveniencia e imitación

La aparición histórica de los publicanos se explica por las ventajas que el sistema de arriendo de los impuestos ofrecía para el

14. *Röm Rechtsgeschichte*, I, 21.

15. D., 19. 2. 30 (33). 1.

16. C. Th., 8, 5, 36; *eod.*, 53; *eod.*, 65.

erario. El Estado percibía el ingreso con la antelación y la puntualidad previstas, asegurándose además con una garantía fácilmente exigible por su concentración en pocas personas.

Como ya antes dijimos, la fecha en que surge este sistema en la Hacienda romana no creemos que pueda fijarse, no ya con exactitud, sino ni siquiera con gran aproximación. Hay, desde luego, una fecha más allá de la cual hacia el pretérito no cabe conjeturar la aparición del sistema. Este supone una economía monetaria plenamente desarrollada, y Roma no estuvo en tales circunstancias hasta mediados del siglo IV a. de J. C. Hasta el 335, pasado el período del *aes rude*, no aparecen las monedas de formato lenticular, y hacia tal época se establece el taller de acuñación del templo de Juno Moneta. Por otra parte—no obstante la fecha más remota indicada por la historiografía romana—, hasta la misma época, aproximadamente, no merecen confianza los datos sobre nombres de los que se dice desempeñaron el cargo de censores. La censura tal vez no surgió hasta fines de la primera mitad del siglo V, y serían probablemente los censores los que adoptaron por primera vez el sistema de arriendo. Solamente el censo permitiría sustituir el primitivo impuesto de capitación por una tributación sobre capitales, *tributum ex censu*, que, no obstante su consideración por los romanos como impuesto extraordinario para llenar preferentemente necesidades militares temporales, pudo ser, con los ingresos provenientes de las diversas modalidades de utilización del *ager publicus*, objeto de las más antiguas concesiones de recaudación por arriendo.

De todos modos, es probable que la implantación del sistema, y la consiguiente aparición de los *publicani*, aún haya que colocarla en período más moderno de la Historia de Roma. La consideración general de que tal sistema parece implicar la existencia de una clase capitalista, distinta de la clase senatorial de grandes terratenientes, nos lleva a pensar en los años del siglo III inmediatos a la guerra Tarentina. El plebiscito hecho votar por el tribuno Q. Claudio hacia el 220 ó 219, prohibiendo a los senadores poseer navíos grandes, refleja ya el auge y la influencia política adquiridos por elementos capitalistas dedicados a empresas de gran envergadura. Tenemos, además, respecto a épocas más remotas, el dato concreto de que, durante algún tiempo, la República romana—al menos para la percepción del *tributum*, el impuesto no permanente ni regular, al que

acabamos de referirnos, sobre el capital declarado en el censo—no siguió realmente ni el sistema de recaudación por empleados o agentes del Estado ni el sistema de arriendo, sino el sistema que, a través de datos no muy precisos, aparece como intermedio, de los *tribuni aerarii*, ciudadanos particulares de una cierta fortuna elegidos para cada tribu a efectos de tal misión recaudatoria, del resultado de la cual respondían con su fortuna privada. El sistema de los *tribuni aerarii* cedería el paso al sistema del arriendo¹⁷.

Aparte todo lo dicho, en la implantación de éste influiría también de modo indudable un factor cuya presión se acrecentaría en la época en que inicia su ascensión la clase capitalista no senatorial: el factor imitación. El sistema tenía una remota antigüedad, y los romanos lo vieron implantado en las ciudades helenísticas con las que trabaron contacto, así como en Egipto. “El arrendamiento de los impuestos—dice TAUBENSCHLAG refiriéndose a la época ptolemaica¹⁸—tenía lugar conforme a reglas tomadas de las antiguas ciudades griegas. Sus características eran: la subasta pública sobre la base de condiciones fijadas de antemano por las autoridades competentes, la concesión al licitador de más alta oferta y la prestación de garantía.” “Todas estas aduanas e impuestos—dice BUSOLT, refiriéndose al Atica¹⁹—eran arrendados anualmente por el Estado, previa decisión del Consejo, y por una suma determinada a un arrendatario (τελώναι, πριάμενοι οὐ νόούμενοι τό τέλος). De los grandes arrendamientos se encargaron sociedades, a cuyo frente estaba un concesionario presidente o gerente (ἀρχώνης, τλωναερχης). Análogo cuadro nos presenta otro gran conocedor de la historia económica del mundo romano y helenístico: ROSTOZEFF. “La influencia griega—dice, refiriéndose al sistema de reforma económicosocial de Philapellphus—se ve también en gran parte del sistema, terminología y organización de la tributación... De Gre-

17. Vid. MARQUARDT: *Manuel des Antiq. romains* (trad. franc.), t. X, páginas 244 y ss.; BOUCHÉ-LECLERQ: *Manuel des institutions romaines*, página 246, nota 3 y pág. 285, nota 3.

18. *The Law of Greco-roman Egypt in the light of the papyri*. Nueva York, 1944, pág. 44.

19. *Die griechischen Staats- und Rechtsaltertümer*, en el *Handbuch der klass. Altertums-Wissenschaft* de MUELLER, pág. 295.

cia. fué traído el sistema de introducir entre los contribuyentes y los funcionarios del Estado una especie de arrendatarios de impuestos (τελώναι), que respondían con garantías (ἔγγυοι) y actuaban a veces en grupos o sociedades”²⁰. Los papiros muestran la difusión en el mundo helenístico de sociedades constituidas con esta finalidad—semejantes a la vez a las que, con finalidades análogas, aparecen, respecto a pueblos más remotos, en fuentes de escritura cuneiforme²¹—, sociedades de las cuales las constituidas por los *publicani* serían en muchos aspectos como un mero trasplante. Por eso es corriente que los autores modernos—MITTEIS, p. ej., respecto a algunos papiros recogidos por WILCKEN²²—proyecten datos y argumentos que ofrecen los papiros ptolemaicos y helenísticos para aclarar zonas oscuras o puntos discutidos en el régimen de las *societates publicanorum* romanas.

Reveladora del papel representado en estas materias por la corriente de imitación es la incorporación de la *lex Hieronica*—reglamentación del arriendo del impuesto del diezmo implantado por el monarca siracusano—al estatuto de la provincia de Sicilia²³. Y, a su vez, el sistema y métodos de Hierón serían reflejo de los seguidos por los Ptolomeos²⁴.

6. Los PUBLICANI como clase social. EQUITES. ORDO PUBLICANORUM

Las actividades a que se dedicaban los *publicani* estaban vedadas a los individuos del orden senatorial. Por ello puede decirse que, en términos generales, los *publicani* pertenecían en su mayoría, y desde luego el núcleo de ellos más influyente, a la categoría de los *equites*. *At frumenta et pecuniae vectigales, cetera publicorum fructuum, societatibus equitum romanorum agitabantur*²⁵.

20. *Social and economic History of the hellenistic World*, pág. 273.

21. Vid. SAN NICOLÓ: *Beiträge zur Rechtsgeschichte im Bereiche der Keilschriftlichen Rechtsquellen*, págs. 260 y ss.

22. Vid. las referencias a los *Ostraka*, de WILCKEN, en loc. cit., pág. 403. nota 52; y notas 63, 65 y 75 y ss.

23. CICERÓN, *Verr.*, 3, 6, 14.

24. CARCOPINO, *La loi de Hieron et les Romains*, 1919.

25. TACITO, *Ann.*, IV, 6.

La palabra *equites* tiene en Roma un doble sentido, ya que alude unas veces a los jinetes del ejército y otras a un *ordo*, rango o clase social. Del primer sentido, que fué el primitivo, derivó el segundo, en el que la palabra pasó a tener otra significación. CAGNAT²⁶ explica así el tránsito de la primera a la segunda acepción: "Se acudió al principio para hacer el servicio de la caballería, más costoso que el de infantería, a los ciudadanos más acomodados; en cambio, se les aseguró una posición aparte en las asambleas del pueblo y una influencia más considerable. Poco a poco los que eran llamados a este servicio militar especial tendieron a formar con aquellos que le habían cumplido y los que eran aptos para cumplirle una clase privilegiada que tenía a su favor el doble poder de la fortuna y de la consideración. Esta clase quedó, por decirlo así, en estado latente en tanto que los miembros que la componían continuaron sirviendo como soldados. Pero un día tal caballería resultó insuficiente; los cuadros antiguos no eran bastante amplios para proporcionar el efectivo a los grandes ejércitos de la época; las guerras se hacían además en provincias alejadas de Italia, y no podía pensarse en enviar así a tierra extranjera, y frecuentemente por un período largo, a lo más escogido de la juventud romana. Se renunció, por lo tanto, a reclutar los soldados de caballería entre las *centuriae equestrum*. Los caballeros quedaron en Roma dedicados al comercio en grande y a la industria. Y desde entonces una cosa eran los jinetes, tropas de caballería, y otra los caballeros." La zona más provechosa de los negocios se hallaba en las actividades de la Administración pública. Se explica por ello la crudeza de la lucha en el campo político entre senatoriales y *equites*, por ejemplo en cuanto al derecho a formar parte de los organismos judiciales que conocían de los delitos de tipo administrativo. La cuantía de los intereses que en el fondo entraban en juego determinaba el encarnizamiento de las batallas políticas.

El Principado supuso un alza de valores para el *ordo equestre*, ya que la nueva figura gobernante constituida por el *princeps* buscó muchas veces apoyo en dicha clase frente a los senadores.

La pertenencia a la clase exigía ciertas condiciones de nacimiento y un tope mínimo de patrimonio catalogado en el censo²⁷.

26. *Equites*, en el *Dict.* DAREMBERG-SAGLIO.

27. CAGNAT, l. c. y bibliografía cit., en pág. 778.

Fácilmente se comprende que cuando se habla de la pertenencia de los *publicani* a la clase social de los *equites* no puede sentarse la afirmación sin hacer salvedades. Si bien entre los *equites* estarían los poderosos *publicani* de Roma, ello no significa que el *publicanus* —y más en las provincias— fuese personaje situado en el *ordo equestre*, mucho más cuando la condición social de éste—no desglosado del todo de la relación que fué su punto de origen, conectada con la caballería militar—exigía requisitos y solemnidades y se patentizaba por signos exteriores (CAGNAT, l. c.). A este respecto, y como advertencia para no incurrir en otra inexactitud de opuesto carácter, procede citar las siguientes palabras de MADVIG: “Se suele tener una idea muy exigua, e incluso absolutamente falsa, del orden ecuestre tal como era en los últimos siglos de la República; se piensa que estaba compuesto exclusiva o esencialmente por capitalistas dedicados al comercio (*negotiatores*) y por arrendatarios de las rentas del Estado (*publicani*); las exageraciones oratorias que Cicerón se permite ocasionalmente cuando, por ejemplo, parece identificar los caballeros con los publicanos, han sido aceptadas con excesiva facilidad. En realidad, los ricos propietarios que, a veces, eran al mismo tiempo capitalistas sin que esto suponga que se dedicasen a la especulación, formaban la parte más considerada del orden. Muchos de ellos, quizá la mayor parte, eran originarios de los municipios (*municipales equites*); se puede decir incluso que, en la primera época, los caballeros que especulaban o se dedicaban a los negocios eran peor vistos que los otros²⁸.

De todos modos la profesión imprimía el carácter bien delimitado que hace de ella un *ordo* o clase social bien definida. Pero insistimos: ni todos los *publicani* eran *equites* ni todos los *equites* publicanos.

28. *L'État romain*, I, pág. 184.

II

LA TENDENCIA A LA ASOCIACIÓN

7. *Precedentes*

Normalmente las fuentes nos presentan a los *publicani* agrupados en *societates*. Pero cabe preguntar si la implantación del sistema de arrendamiento de los impuestos coincide o no históricamente con la aparición de las primeras *societates publicanorum*. Si hubo un periodo, siquiera fuese corto, en que, existiendo *publicani*, éstos no constituyeron *societates*.

Creemos que no puede pisarse en este terreno, al menos por ahora, otra zona que la insegura de la hipótesis. MITTEIS se inclinaba a creer que existió una época en que los arrendatarios de la cobranza de los impuestos eran personas individuales aisladas. Y apuntó la idea de que precisamente la práctica primitiva de este sistema explica el que, en las épocas posteriores, cuando ya las concesionarias de tales arrendamientos, eran siempre *societates*, la inicial relación con los órganos estatales que hacían tales arriendos se contablase únicamente con el *manceps*, al cual hemos de referirnos más adelante. "Tal vez—dice MITTEIS—esto se explica sencillamente por la costumbre antigua de que de los más vetustos arrendamientos solamente podían hacerse cargo personas individuales" (op. c., p. 406). En apoyo de esta conjetura cita un texto de Livio (XXV, 3, 9). Se refiere el historiador romano a la época del consulado de Q. Fulvio Flaco y A. Claudio (212 a. de J. C.), y relata la conducta fraudulenta y provocadora de desórdenes del publicano de Pyrgi, M. Postumo, *qui multis annis parent fraude avaritiaque neminem in civitate habuerat*; y nos dice que sus tropelías sólo tienen parangón con las de otro *publicanus*, mencionado también individualmente, T. Pomponio Veyetano. El texto, sin embargo, no es plenamente probatorio. Los individuos mencionados—aunque Livio no lo dice—podrían ser *mancipes*. En los desórdenes políticos posteriores, que Livio relata, intervienen *publicani*. Son ellos, como grupo, los que instan al tribuno Casca a interponer su *intercessio* para que la asamblea comicial, que ha de juzgar a Postumio, no se

celebre (*publicani Casca instare ut concilio diem eximeret*), y los que irrumpen tumultuosamente en la asamblea (*turbandae rei causa publicani per vacuum in summoto loco cuneo irruerunt*); y aunque tal actitud pueda explicarse como determinada por el espíritu de clase, la duda, fomentada por la envergadura que deberían tener ya en esta época tales arrendamientos, no se desvanece.

Tal vez el precedente de los *tribuni aerarii*, a que antes nos hemos referido, induzca a pensar en que el tránsito al sistema del arriendo se hizo efectivamente a favor de individuos precisamente pertenecientes a la misma clase social o círculo de donde aquellos se elegían. La expresión *tribuni aerarii* no hacía relación, avanzada la República, a la primitiva función recaudatoria. Servía simplemente para designar a individuos de una categoría del censo: aquellos que, por esta circunstancia, la *lex Aurelia* del año 70 consideraba aptos para figurar en el *album iudicum* de donde se sacaban los jurados²⁹. Probablemente, si dispusiéramos de más datos, podría seguirse una línea de relación entre *tribuni aerarii* y *equites* e individuos de esta clase primeros arrendatarios individuales de la recaudación de impuestos. Mas, para adquirir seguridad respecto a ello, y al tiempo que pudo durar el sistema, necesitaríamos datos muy precisos respecto a la cuantía de las diversas subastas para estas concesiones y una estadística de fortunas individuales romanas.

El hecho es que, salvo los atisbos apuntados, las fuentes nos muestran que se inició muy pronto la necesidad de asociar fuerzas para estas empresas, y nos presentan a los *publicani* agrupados en *societates*.

8. Influencias

Diversos motivos pueden señalarse como promotores o coadyuvantes en esta tendencia de los *publicani* a la asociación.

No deja de existir, en primer lugar, algún indicio favorable a la tesis de la creación oficial de las agrupaciones de *publicani* por iniciativa de los órganos estatales. Un texto de Tácito (*Ann.*, XIII, 50) hace decir a los senadores que quieren disuadir a Nerón de ciertas medidas que "*plerasque vectigalium societates fueron a consulis et tribunis plebis constitutas*". ¿Qué alcance cabe dar a este

29. CICERÓN, *Att.*, I, 16.

constitutatas de Tácito? No se concibe bien la idea de una constitución de *societates* obra o imposición del poder público. Por otra parte, si por *constitutatas* Tácito hubiera significado "puestas en situación de concesionarias de tales o cuales arriendos", o algo parecido, tampoco se comprende la referencia a los cónsules y tribunos y no a los censores, al menos respecto a la mayoría de ellas (*plerasque*). ¿Habrá que poner el *constituere* de Tácito en relación con el *permissum est corpus habere* de Gayo en el pasaje D., 3, 4, 1, tan interpolado y tan discutido, del que nos ocuparemos más adelante, y pensar que la atribución del carácter de *corpora* a las *societates publicanorum* es lo que Tácito asigna a cónsules y tribunos? Tal interpretación la creemos muy forzada y no parece admisible. Queda, pues, enigmático para nosotros el alcance que puede concederse a la afirmación de Tácito y en interrogante la tesis de una creación artificial o impuesta de las *societates publicanorum*.

Que el factor político influiría favorablemente en la tendencia de los *publicani* a unirse es indudable. Reunidos en *societates*, los *publicani*—y el *ordo equester*, al que muchos de ellos pertenecían—tomarían acuerdos y determinaciones que, sin el encuadramiento en la *societas*, no hubieran resultado tan eficaces o no hubieran sido posibles. Es significativo que Cicerón presente como estado de opinión del *ordo equester* decisiones de *omnium publicanorum societates*³⁰. Pero ello no hace relación con un impulso que venga de las esferas gubernamentales. Los individuos del orden ecuestre, dedicados a los negocios de arriendos de impuestos y obras públicas, utilizarían muchas veces la cohesión que les daba la *societas* como instrumento de fuerza política, pero en servicio propio.

Pero, indudablemente, los factores de más influencia en la aparición y desarrollo de las *societates publicanorum* serían, naturalmente, la insuficiencia del capital individual, las necesidades de precaución contra los riesgos, tanto por parte de los mismos *publicani* como del Estado, y el factor imitación.

Las empresas a las que los *publicani* se dedicaban fueron exigiendo mayores sumas cada vez, a medida que la Administración romana se agrandaba y se complicaba siguiendo el ritmo de la expansión territorial. Se impone la asociación de capitales, que al pro-

30. *Dè domo*, 28.

pio tiempo limita, diluyéndole, el posible riesgo. Para BURMANN, "como arrendar los impuestos era un asunto de gran importancia y como hubiera de necesitarse un amplio patrimonio, ya que a la vez se arrendaban los *vectigales* de toda una provincia e incluso muchas veces se arrendaban por las mismas personas muchas clases de *vectigales*..., de aquí que no fuera adecuado para un solo caballero, aun muy rico, arrendar todos aquellos impuestos, por lo cual con frecuencia los *equites* formaban sociedades para arrendar los *vectigales* a fin de que reunidas las riquezas fueran suficientes para una *magnae et immensae administrationi*" (op. c., p. 126).

Por otra parte, el Estado a su vez exigía garantías que habrían de inducir también a los arrendatarios y contratistas a procurarse socios que llenasen tal requisito. Y, lógicamente, si el ejemplo de los Estados helenísticos había influido en la adopción del sistema de arriendo, este factor de la imitación se dejaría asimismo sentir en la aparición de una modalidad jurídica apta para la realización de tales empresas en grande, que diese forma al espíritu de asociación y aportación de capitales.

9. *El resultado: la SOCIETAS PUBLICANORUM*

El encuadramiento jurídico al que abocaron los impulsos mencionados fué en Roma la *societas* consensual. Las *societates publicanorum* romanas que nos presentan las fuentes clásicas—literarias y jurídicas—se nos aparecen como una modalidad del contrato consensual de sociedad.

Mas, antes de entrar en el estudio de las peculiaridades de la *societas publicanorum* en el Derecho romano, son varias las cuestiones que nos salen al paso en este problema del engarce de la tendencia a asociarse de los *publicani* con la *societas* romana en general. Tales son, entre otras, la de la fijación cronológica de la aparición de las primeras *societates publicanorum* y la de todos aquellos temas relacionados con la conexión de las *societates publicanorum* con el tipo general de *societas*, determinando el estado de evolución de ésta y tipos que presentaba cuando los *publicani* la utilizan como cauce jurídico para sus aspiraciones. Lo cual lleva a pensar cuál sería la fase preconsensual de la *societas publicanorum* y qué aspec-

os pueda ofrecer este problema en relación con la cuestión del origen único o plural de la *societas* consensual romana.

A) *La aparición de las primeras SOCIETATES PUBLICANORUM*

En cuanto al primer punto, los tratadistas modernos hacen notar ³¹ que la primera vez que la historiografía romana menciona las *societates publicanorum* es al hablar de un episodio de la segunda guerra púnica, del año 215 a. de J. C. El texto es de Livio (XXIII, 49), y relata cómo ante la apremiante petición de suministros enviada por Cneo y Publio Escipión, que peleaban en España, acuden al llamamiento hecho por el Estado para ver el modo de cubrir esta perentoria necesidad tres sociedades, que toman a su cargo el proporcionar tales suministros y pertrechos. *Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere: unum ut militia vacarent, dum eo publico essent; alterum ut, quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent.*

El texto es interesante desde distintos puntos de vista, ya que presenta a las tres *societates* en cuanto tales como sujetos de la relación; nos indica el número de miembros que las integraban, diecinueve, y especifica las condiciones impuestas por los concesionarios, y aceptadas por la República, de otorgar la exención del servicio de armas para los miembros de las *societates*, y de asunción por el Estado de los riesgos de naufragio y captura por el enemigo. Como HEITLAND observa, *we meet now for the first time with the joint-stock companies or syndicates (societates) which play so important a part in the later history of the Roman Republic* ³², Con todo, y dejando aparte el que las sociedades que presenta Livio fueran del tipo de las anónimas actuales (*joint-stock companies*), es indudable que el tono del texto no induce a pensar que fuese esa la primera vez que un suministro o arriendo de impuesto fué adjudicado a una *societas publicanorum*. El relato más bien presenta el hecho como normal, y, si la ocasión fuese la primera, lo probable es que Livio

31. Por ej., COSTA: *Storia del Dir. rom. priv.*, Torino. 1925, pág. 384, nota 1.

32. *The Roman Republic*, Cambridge, 1923, tomo I, pág. 270.

y las fuentes en que él se inspiró lo hubieran acusado. Refuerza esta creencia la consideración del momento en que el hecho se daba. Si Roma, reiteradamente derrotada por Anibal, con los ejércitos de éste en Italia, con la natural crisis económica romana e italiana, podía presentar sociedades de este tipo, lo más probable es que el fenómeno de su aparición se habría dado ya en período más propicio, como lo fué el de la terminación de la primera guerra púnica, y aún antes, en la época de la guerra de Pirro. Como hace observar PIGANIOL³³, la clase capitalista inicia su desarrollo a fines del siglo III entre los abastecedores de los ejércitos, se engrandece con los progresos de la conquista, y acabará por enterrar el conflicto con el Senado. Inclinados a creer que si el arrendamiento de suministros e impuestos a individuos aislados se dió, duró poco, tenemos por lo más probable que la aparición de las primeras *societates publicanorum* se daría también en ese período de la guerra de Pirro y la primera guerra púnica, poco más o menos; período que inicia el auge del capitalismo romano no terrateniente, coincidiendo, además, con un contacto más estrecho con sistemas e instituciones del mundo helenístico.

B) *Conexión de la SOCIETAS PUBLICANORUM con el tipo general de SOCIETAS*

a) *El origen de la SOCIETAS en general*

Por lo que respecta a otro punto de los arriba mencionados, las *societates publicanorum* cuando sobre ellas tenemos datos más abundantes constituyen una de las variedades (*societates quaestuariae*, *societates quaestus*) del contrato consensual de sociedad. Ahora bien, dando por supuesto que las primeras *societates publicanorum* surgieran en el período que antes hemos aludido, esta conjunción de las agrupaciones de *publicani* con la *societas* nos presenta varias cuestiones al tratar de relacionarla con el tema del origen y evolución del contrato de sociedad romano.

Sabido es que son dos las hipótesis lanzadas por los romanistas

33. *La conquête romaine*, París, 1927, en la colección HALPHEN-SAGNAC, página 286. Vid. también SALVIOLI: *Le capitalisme dans le monde antique*, París, 1906.

desde mediados del siglo pasado en torno al origen del contrato de sociedad. Para unos, la *societas*, antes de ser contrato, fué una institución del Derecho de familia³⁴: el estado de comunidad patrimonial en que, a la muerte del *pater familias*, quedaban los *sui* cuando no se dividía el caudal hereditario. Este antiguo *consortium* fué la délula originaria de donde se fueron, con el tiempo, diversificando los distintos tipos de *societas* romana que vemos funcionando en la época clásica. De este *consortium* de los *sui* se pasó a un *consortium* voluntario, artificialmente creado por herederos no *necessarii* cuando, por ejemplo, la exigüidad del patrimonio heredado no aconsejase la división, o cuando se desease continuar con el mismo régimen una empresa agrícola³⁵. Ampliada la *communio* del *consortium* voluntario, imitado del de los *sui*, a otros bienes, se llegó a la *societas omnium bonorum*. Modalidades pactadas en la constitución de tal *societas omnium bonorum* sobre ganancias, exclusión o inclusión de ciertas actividades, etc., etc., fueron configurando, al correr del tiempo, los demás tipos de *societas*.

Para otros, en cambio³⁶, los diferentes tipos de sociedad en el Derecho clásico tienen orígenes distintos. Lo corriente, entre los partidarios de esta tesis, es distinguir, siguiendo a PERNICE, tres figuras en la *societas* consensual romana clásica: la *societas omnium bonorum*; la *societas quaestuariae*, y la *societas unius rei*. Cada una

34. LASTIG, en *Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht*, XXIV; BERTOLINI: *Appunti didattici*, fasc. 7; VON MAYR, *Hist. del D. rom. II* (trad. española); JOERS-KUNKEL, *Derecho priv. rom.* (trad. españ.), pág. 343; DERNBURG, *Pand.*, 2, 125; WIEACKER: *Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*.

35. LASTIG defendió la idea de que la iniciación del *consortium* voluntario fuese el llamamiento a heredar de hijos emancipados a quienes el testador imponía la obligación de colacionar. PERNICE y FERRINI opusieron a esta tesis serias objeciones, como son, entre otras: a) colocar la aparición de la obligación de colacionar en época anterior a la *b. p. unde liberi* y *contra tabulas*; b) falta de toda noticia sobre la existencia de un *actio*, por la que se pudiera exigir tal *collatio*, y c) ausencia de la menor traza de ella en materia de *hereditatis petitio*.

36. PERNICE, *Labeo*, I, 443 y ss. y *Parerga*, en *Z. S. S.*, III, 48; BONFANTE, *Inst.* (trad. españ.), pág. 487; FERRINI: *Le origine del contratto di società in Roma*, Opere, III; ARANGIO-RUIZ, *Ist.* (2.^a), pág. 230; MASCHI: "Disertiones". *Ricerche intorno alla divisibilità del "consortium" nel diritto. rom. antico*, Milano, 1935.

de ellas fluye, según esta tesis, de fuente distinta. La primera, del *consortium* de los *sui*; la segunda, surgida de las necesidades del comercio y apoyada en la *fides*, se modeló, muy probablemente, sobre las corporaciones comerciales; la última trae su origen de la *colitio*, asociación del propietario de un fundo con un técnico agrícola para la explotación de la tierra y reparto de los beneficios. No se niega, pues, ni aun en este sector de la opinión, la influencia del antiguo *consortium*, pero se la proyecta exclusivamente sobre la *societas omnium bonorum*, aunque insistiéndose por algunos autores, como FERRINI, en que “non si deve concepire quale svolgimento naturale, bensì quale artificiale imitazione del consorzio”, y en que “sono gravi tali differenze fra il consorzio e la *societas omnium bonorum* e manifestano la natura diversa dell’uno e dell’altra” (l. c., p. 28-29). Tampoco se niega que ciertas notas y matices de la *societas omnium bonorum*, provenientes del *consortium*, se hayan introducido en formas de la *societas* consensual de origen distinto; tales matices no testifican una identidad de origen, sino una imitación o contagio.

A falta de datos históricos más pretéritos, los partidarios de una y otra tesis buscan sus argumentos examinando las características que ya en la época clásica nos ofrece la *societas* consensual. Pero la interpretación de tales características la hacen unos y otros de diversa manera. Así, por ejemplo, respecto del carácter infamante de la condena de la *actio pro socio* y del *beneficium competentiae* que en ella se da, nos dirá un partidario del origen único que “l’infamia che colpisce il socio disonesto da un lato, e dall’altro il *beneficium competentiae* di cui gode invece il socio onesto. al pari dei prossimi congiunti, si spiegano ambedue storicamente riportandosi all’antico *consortium*, dal quale verosimilmente ebbero origine la *societas omnium bonorum* in primo luogo e quindi via via anche la altre società; esiste tra i soci un *ius quodammodo fraternitatis* ed havvi insieme una *sancta religio societatis*” (BERTOLINI, l. c., p. 785). Mientras que un defensor del origen plural, como FERRINI, argüirá que “si fanno certamente azioni infamanti anche tra *fratres*; ma l’ammettere che un’azione infamante sorgesse primamente in un rapporto tutto quando dominato dal *ius fraternitatis* è cosa enorme ed inaudita”. Y afirmará, con PERNICE, que el origen de la infamia hay que buscarlo con mayor probabilidad en las relaciones comerciales,

donde todo gira en torno a la recíproca *fides*; es bien sabido que el ultraje a la *fides* es lo que hace ser infame³⁷. Y respecto al *beneficium competentiae*, de indudable raíz familiar, afirmarán que solamente se daba en la *societas* que de aquella raíz procedía: la *societas omnium bonorum*, hasta que una doctrina jurisprudencial iniciada por Sabino la fué extendiendo a otros tipos de *societas*³⁸. Análogamente, la disolución de la *societas* por muerte o *capitis deminutio* de un socio es explicada por unos como derivación del *consortium*, mientras que los otros niegan que en el antiguo *consortium* se diese tal caso de disolución. En cuanto al *transitus legalis*, o traspaso automático e inmediato, sin necesidad de toma de posesión ni *traditio*, no se niega en general su derivación del *consortium*³⁹. Modalidad de traspaso peculiar de ciertas situaciones de Derecho de familia—sucesión de los *sui*; donación entre ascendientes y descendientes—es, efectivamente, supervivencia de las reglas del *consortium*. Pero se la considera también privilegio exclusivo de la *societas omnium bonorum*, única que los partidarios del origen plural entroncan con el *consortium*. Y la *diligentia quam suis* o culpa leve *in concreto*, tampoco se admite por los propugnadores de la tesis del origen diverso que proceda de la antigua comunidad hereditaria.

Los fragmentos gayanos de El Cairo, que han proyectado bastante luz sobre esta conexión del antiguo *consortium* con la *societas*, no han resuelto decididamente la cuestión. Aparte los datos que proporcionan sobre el *consortium* de los *sui*, dan noticia segura de la existencia del *consortium* históricamente posterior que, a imitación de lo que venían haciendo los *sui*, creaban artificialmente otras personas por su propia voluntad. Iluminaron así el eslabón intermedio entre el *consortium* arcaico y la *societas omnium bonorum*, a la cual sería fácil dar el paso desde una situación de comu-

37. *Labeo*, I, pág. 247.

38. D., 17, 2, 63, pr.

39. La explicación del fenómeno aludiendo al *constitutum possessionis* es una explicación doctrinal, de pandectistas, no histórica. Vid. WINDSCHEID, *Pand.*, vol. II, 2, pág. 169, y vol. I, 2, pág. 135, núm. 2. Si el fenómeno se fundase en el *constitutum possessionis* no se daría respecto a las cosas en las que la *societas* fuese propietaria sin poseerlas. Vid. GIRARD, *Mém.* (8.ª) página 614, nota 3.

ridad que, como la del *consortium* imitado de *alii qui volebant*, aunque exigiese la solemnidad de una *legis actio*, tenía su fundamental fuente de origen, no ya en una situación familiar, sino en la voluntad concorde de los que la constituían⁴⁰. Pero con ello la vieja polémica no se elimina. Porque lo que se discute no es la línea genética del *consortium* a la *societas omnium bonorum*, sino la de ésta a los otros tipos de *societas* consensual. Y sobre esto nada nuevo nos dicen los fragmentos hallados en El Cairo.

Nos parece, sin embargo, que se involucran en este asunto dos cuestiones que conviene deslindar:

a) Es una la del origen del contrato consensual de *societas*. Es decir, el origen de la figura técnicojurídica que encuadra en el marco de un sencillo acuerdo de voluntades situaciones económico-jurídicas encerradas, naturalmente desde muy antiguo, en un molde jurídico, pero que antes se configuraban de manera distinta. Como dice VON MAYR, "apenas puede ser dudoso que los hechos constitutivos de estos contratos (los consensuales) tendrían ya entonces (en el período primitivo de las *legis actiones*) su importancia. En efecto, ya las XII Tablas mencionan la compra a crédito de animales para los sacrificios, la suspensión de la propiedad hasta el pago del precio, el alquiler de bestias de tiro a crédito... Y se conoce también en esta época, con toda seguridad, el *consortium*, la *communio* entre coherederos, la comunidad de bienes subsistente entre los hijos después de morir el *pater familias*, y que constituye probablemente el caso más antiguo de sociedad. La solución estará también aquí en que el contenido de los contratos consensuales del Derecho posterior se moldeaba entonces en otras formas, en que no sería el consentimiento exclusivamente, sino otra circunstancia, la que daba base a la responsabilidad, que quizá fuese también de otro género"⁴¹.

b) Y cuestión distinta es la de que en uno de esos contratos consensuales, el de sociedad, ciertas notas características, que no tienen que ver con el hecho—extraño y, por así decirlo, revolucio-

40. Esta institución de la fraternidad imitada no es exclusiva del Derecho romano. Tuvo en los Derechos antiguos amplia difusión. Vid. HINOJOSA: *La fraternidad artificial en España*, Obras, Madrid, 1948, publ. del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pág. 257.

41. *Hist. del D. rom.*, trad. españ., I, págs. 216 y 217.

nario en el momento de su aparición—de que sea obligatorio por el simple consentimiento, procedan de rasgos peculiares de las situaciones que anteriormente daban molde jurídico a las mismas relaciones económicasociales.

Deslindadas así las dos cuestiones, si miramos a la primera, al principio de consensualidad, a la centralización del negocio en el *consensus*, claro es que no cabe señalar como fuente de origen del contrato consensual de sociedad en cuanto tal al *consortium*, que era—para no referirnos más que a su formalidad artificial o imitada, más moderna que la primitiva de los *sui*—un negocio jurídico solemne, afectado del formalismo propio del arcaico *ius civile*, ya que sabemos hoy, por el Gayo florentino, su constitución *certa legis actio*. En este sentido, cuando PERNICE y FERRINI señalan la fuente originaria de las *societates quaestuariae* en la *fides*, base de los negocios mercantiles, puede decirse que pecan de reducción inmotivada de su tesis. Porque, como contrato consensual, no sólo la *societas quaestus*, sino todas, incluso la *omnium bonorum*, tienen el mismo origen. La obligatoriedad basada en el *consensus* sin más, es una inyección del *ius gentium*—la primera importante—en el Derecho de obligaciones romano. Y los cuatro contratos consensuales son creación de aquel Derecho para el tráfico mercantil que era el *ius gentium*. Y, en este aspecto, la *societas*—todas las clases de *societas*, en tanto en cuanto se perfeccionan *nudo consensu*—tienen su origen en ese ambiente de los mercaderes y los negocios, en el que, los mismos romanos entre sí, se rigieron bien pronto—frente a la impermeabilidad más resistente del Derecho de familia y del de sucesión⁴²—por aquel cómodo y antiformalista sistema jurídico. Bien claramente nos lo dice Gayo: *sed ea quidem societas de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est*⁴³.

42. "A pesar de la gran importancia que tenía el desarrollo y la evolución del *ius gentium* para la formación del Derecho romano, ese Derecho del tráfico internacional no fué nunca más allá de lo que su campo de acción requería. En esencia se hallaba y permaneció siempre limitado al Derecho de patrimonio *inter vivos*. Dentro de la esfera del Derecho de familia y hereditario no se reconoció jamás, salvo ciertas excepciones que más bien confirman la regla, la posibilidad de relaciones jurídicas entre romanos y extranjeros" (VON MAYR l. c., pág. 336).

43. Gayo, III. 154.

En cuanto a la segunda cuestión, es evidente el hecho de que en uno de los contratos consensuales, el de *societas*, se dan algunos rasgos peculiares del antiguo *consortium*. Pero no pasaron por imitación de un tipo a otro, de una figura concreta de contrato consensual de sociedad a otra, sino que eran notas que se dieron en la relación entre condóminos en el condominio del *consortium*. Pasaron del tipo más antiguo de condominio que tuvieron los romanos: el *consortium*, a otras posteriores situaciones de comunidad, que era lo que entonces se llamaba *societas*. Son las características de unas relaciones entre comuneros (*socii*) heredadas de las que se daban entre los que llamaríamos *prisci socii*: los *fratres consortes*. Y se dan, no en cuanto la *societas* es un contrato, sino en cuanto es situación de condominio que imita la del antiguo *consortium*, o que es similar a la misma. Porque "*societas*, como *consortium*, no significaba "sociedad", sino "comunidad de bienes"; y *socius* equivalía a "comunero". Aceptación de *societas* = comunidad, y *socius* = comunero, que perdura en la terminología clásica"⁴⁴. "El significado de *societas* se fué achicando, designando la comunidad convencional; y en este camino fué dado después un paso más: el que va de esta *societas*, contrato de comunidad, a *societas* contrato de sociedad. Pero incluso cuando *societas* no se refiere a "comunidad", sino a "contrato", el Derecho romano, y no sólo el clásico, sino también el justiniano, está dominado por la vieja concepción de que tal contrato tiene por objeto la constitución de un condominio, idea que se refleja en los detalles de su regulación, y hace que para los romanos ofrezca la sociedad de trabajo y capital dificultades doctrinales cuya tardía superación nos revela el lenguaje del *Corpus iuris*⁴⁵. Cuando PERNICE indica que los diversos tipos de *societas* del Derecho clásico—provenientes, según él, de varias raíces—se fueron acercando poco a poco, señala como base de este acercamiento el pensamiento de que en todas ellas varias personas se reúnen para una comunidad de derechos patrimoniales (*l. c.*, p. 443 siguientes). Y es que precisamente no en el pensamiento, sino en la realidad de las situaciones de condominio, se daban, como here-

44: ARIAS RAMOS: *Los orígenes del contr. de soc.*: "*consortium*" y "*societas*", en *Rev. de D. priv.*, XXVI, pág. 143.

45. *Idem*, pág. 144.

ciadas de la situación arcaica de copropiedad de los *sui*, las mencionadas características. Ello nada tiene que ver con la esencia del contrato consensual. En los contratos consensuales, donde no hay forma de condominio, tales notas no se dan, y en cambio algunas, como la *diligentia quam suis rebus*, se dan entre condóminos en una época en que el tratamiento jurídico de éste ha evolucionado por separado, con independencia del modo de constitución.

Nos parece, por tanto, que la *societas publicanorum* clásica, en cuanto modalidad de contrato consensual de sociedad, no deriva del *consortium*, institución del Derecho quirritario, sino de la zona del tráfico comercial regida por el *ius gentium*. Lo cual no implica la negativa de toda influencia del *consortium*; porque ello no impide que, produciendo un estado de comunidad, hayan pasado a la misma algunas de las notas características que en la más antigua comunidad (*societas*) conocida por los romanos—la del *consortium*—, regían las relaciones entre los comuneros (*socii*). Rasgos que puede suponerse se darían ya entre los *socii publicani* cuando sus relaciones no constituían un contrato consensual.

b) La SOCIETAS PUBLICANORUM *preconsensual*

Porque parece evidente—y esta es otra de las cuestiones que al historiador jurista se ofrecen en este tema—que la *societas publicanorum* como contrato consensual, al igual que las demás variedades de este tipo de contratos, no apareció en el Derecho romano hasta después de la *lex Aebutia*. En el Derecho civil no existían “ni en época primitiva, en la que no había más que contratos formales, ni en tiempo de las acciones de la ley, en el que no había contratos de buena fe”⁴⁶. Y si esto es así, y, por tanto, antes de la *societas* consensual hubo ya *societates publicanorum* que no eran consensuales, ¿cómo eran aquellas *societates publicanorum* de la primera y segundas guerras púnicas? ¿En qué moldes jurídicos se encerraban para tener eficacia legal? ¿En qué acciones se concre-

46. GIRARD *Man.*, pág. 566. Vid. también KUNKEL: *Fides als schöpferisches Element in röm. Schuldrecht*, en *Festschr. Koschaker*, II, pág. 1 y siguientes.

¿aba procesalmente esa eficacia? Pueden pensarse diversas soluciones. Y las siguientes aparecen como más verosímiles:

a) Cabe pensar que, antes de ser contratos consensuales, las *societates publicanorum* se constituirían *ad exemplum fratrum*, como imitación artificial del *consortium*.

b) O bien cabe la hipótesis de que recíprocas *stipulationes* daban a esta *societas* la constitución jurídica que luego proporcionó el nudo *consensus*.

c) Y otra solución es la de que las *societas publicanorum* no fueron verdaderas instituciones jurídicas civiles hasta que se admitieron los contratos consensuales.

a) La primera hipótesis pudiera arrancar de lo que el Gayo del manuscrito de El Cairo nos proporciona sobre el *consortium* artificial, sobre el paso de la comunidad *ercto non cito* de los *sui* a la *societas* libremente formada a imitación suya. Que esta *societas ad exemplum fratrum* fuese mucho más antigua que las primeras sociedades de publicanos es indudable. Como hace notar LEVY⁴⁷, Gayo no nos indica cuándo se logró este progreso, pero el imperfecto, engarzado hacia atrás con el *olim*, el empleo de una *legis actio* para la constitución de tal *societas*, y el estado floreciente de la genuina comunidad doméstica que presupone—la cual no sabe todavía de cuotas ideales—todo nos remonta de consuno al período más antiguo de la República. Pero, aun dando por supuesto que el *adū* y el *ceterorum* de Gayo⁴⁸ nos quieran indicar que la *societas* imitada se concertaba por cualesquiera—aunque no fueran entre sí agnados o gentiles—y que la masa puesta en común pudiese ya no ser una herencia; es decir, que se hubiese cubierto ya en época muy remota la etapa de llegada a la *societas omnium bonorum*, no parece claro, de todos modos, que el *consortium* artificial descrito por el Gayo florentino pudiera ser una *societas unius, alicuius rei* o *negotii*. Y las *societates publicanorum*, diremos con frase de GIRARD, “ne sont elles mêmes au fond que des *societates unius negotiationis*” (*op. c.*, p. 612, n. 4).

Cierto que, desde un punto de vista lógico, cabe pensar en el

47. *Neue Bruchstücke aus den Inst. des Gaius*, en *Z. S. S.*, LIV, pág. 276.

48. Acaso *extraneorum* en el texto original, según ARANGIO-RUIZ, en la edición *princeps* del manuscrito.

deseo de una limitación de responsabilidad, como tendencia que explicaría el paso de la *societas omnium bonorum* a la *societas unius rei*. Pero como LEVY hacía notar, tal *societas* no la hubiera designado Gayo como *eandem societatem*, ni la podía colocar en el mismo rango que la *societas erecto non cito*, ni acomodado su constitución a una *legis actio*. No parece, pues, muy aceptable la hipótesis de que las sociedades de publicanos anteriores a los contratos consensuales tuviesen como molde de constitución la *legis actio apud praetorem* con la que se creaba la *societas ad exemplum fratrum*.

b) Más verosímil es que las situaciones encuadradas más tarde en la *societas unius negotiationis* consensual se encerrasen primitivamente en el marco sencillo de la *stipulatio*, y que las primeras sociedades de publicanos se contrajeran por medio de recíprocas *stipulationes*⁴⁹. Ellas desempeñarían la función que la *legis actio* aludida por Gayo desempeñaba en la *societas ad exemplum fratrum* que condujo a la *societas omnium bonorum*. Y puede conjeturarse que, para deshacer la comunidad de cosas concretas producida por aquella *societas* todavía no consensual, valiese aquella *actio* que para el caso de *aliquo re communi dividunda* estableció la *lex Licinia*, ejercitada por *legis actio per iudicis postulationem*, a imitación de la de *hereditate dividunda*, acción cuya existencia nos asegura el manuscrito de El Cairo, y a la que alude asimismo un oscuro pasaje de Marciano⁵⁰. No es difícil explicarse el que esta sociedad, constituida primitivamente por *stipulationes*, que imitaban también el *consortium* artificial, se transformase en la *societas* consensual *iuris gentium*. En cuanto Roma comienza su expansión, y se extiende y se complica el área de los negocios y del comercio, la *stipulatio*, a la que el romano daba innumerables aplicaciones, sometida al influjo de los usos de pueblos diversos, no quedó adherida a la vida de la *civitas*, reservada exclusivamente para los *cives*⁵¹, sino que el *ius gentium* penetró en aquel su vasto campo de aplicaciones, actuando en dos sentidos. De una parte, la

49. ASÍ COSTA: *Storia del dir. priv. rom.*, pág. 384, nota 1.

50. *Si quis iudici communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo iudicio experiatur* (D., 4, 7, 12).

51. RICCOBONO: *Corso (Stipulationes, contractus, pacta)*, pág. 7 ss.

stipulatio se hace *iuris gentium*, acentuando su simplicidad y flexibilidad de forma, siguiendo el proceso de realcê de la *voluntas* frente al formalismo, que tan brillantemente ha puesto de manifiesto RICCIBONO (*l. c.*). De otra parte, en negocios más marcadamente mercantiles, la corriente de las influencias de los usos comerciales es más impetuosa, y se abandonó en seguida toda exigencia formal, transformándose en contrato consensual. La *societas*, como la *locatio conductio*, el *mandatum* y la *emptio venditio*, *nudo consensu contrahitur*, y, por ello, *iuris gentium est*.

c) Pero acaso más aceptable aparece la otra conjetura. La de pensar que las primitivas *societates publicanorum* tuvieron su eficacia dejada exclusivamente a la *fides*, y que realmente no serían verdaderas situaciones o instituciones jurídicas, al menos civiles, hasta su reconocimiento o transformación en contratos consensuales. “Les rapports entre associés—dice CUG—sont restés pendant un certain temps en dehors de la sphère du droit. Mais la nécessité d’une sanction a du se faire sentir de bonne heure: alors que des conflits d’intérêts pouvaient surgir à chaque instant, il était bon de donner aux associés la faculté de réclamer l’arbitrage d’un homme de bien qui dirait à chacun quel était son devoir”⁵². “Il fatto che siano (los contratos consensuales) un portato, si direbbe ineluttabile —hace notar VOCI—delle necessità quotidiane della vita economica ha questa conseguenza: essi sono, in un primo tempo, affidati nella loro esecuzione alla buona fede dei contraenti. Non sono, cioè, istituti giuridici; ... se, alle origini, non hanno sanzione giuridica, e sono affidati alla buona fede delle parti, conservano il loro carattere di buona fede pur quando sono ricevuti nel diritto civile romano. A questo valore, a sè stante, del consenso i contratti debbono il loro nome, che, se include in certo senso una antonomasia nel diritto classico, non la includeva nel momento in cui furono riconosciuti come istituti giuridici”⁵³.

La prístina formación de la *societas publicanorum* estaría así en la pura zona del *ius gentium*, no adquiriendo consistencia jurídica civil hasta su reconocimiento como contrato consensual.

52. *Man.*, pág. 495. El autor alude al *arbitrio pro socio*, mencionado por Cicerón en *pro Quinct.*, 3.

53. *La dottrina romana del contratto*, Milán, 1946, págs. 165 y 166.

Parece que la hipótesis adquiriría más consistencia si se consiguiese demostrar que los *publicani* podían no ser ciudadanos romanos⁵⁴. Pero, aunque a ello ofrezca resistencia la consideración a los datos sobre la relación entre *publicani* y *equites*, tal demostración no es necesaria, ya que no debe olvidarse que el *ius gentium*, en su noción práctica—antes de que sobre ella se proyectasen ideas filosófico-jurídicas—, era considerado como un Derecho nacional romano, no especial para regular relaciones con los no romanos, sino llamado en primera línea a regir entre ciudadanos, aunque también fuera asequible al extranjero sin *comercium*⁵⁵.

Y, por otra parte, aun retrasando la aparición de los contratos consensuales hasta la *lex Aebutia*, hay que tener en cuenta que el *praetor peregrinus*—aplicador del *ius gentium*—funcionaba desde mitad del siglo III, antes, por lo tanto, de la época en que, según el testimonio de Livio, aparecen ya *societates publicanorum*.

Con todo, hemos de reconocer que carecemos de datos respecto a esa época anterior al contrato consensual; y hemos de resignarnos a estudiar la *societas publicanorum* cuando constituye ya una de las variedades del contrato consensual de sociedad. Es, por otra parte, cuando dichas sociedades de publicanos alcanzan gran importancia en la vida social y económica de Roma; cuando la tendencia asociativa, natural a las empresas de los publicanos, se amolda jurídicamente a uno de los tipos de la *societas* consensual.

c) La SOCIETAS PUBLICANORUM consensual

Podemos definirla diciendo que es aquel contrato sinalagmático, que se perfecciona por el simple consentimiento, mediante el cual varias personas aportan capital, trabajo o ambas cosas, con el propósito de tomar en arriendo del Estado, o de un municipio, la recaudación de impuestos, o la realización de obras o de suministros, y obtener de ello una ganancia.

54. Vid. sobre esta sugerencia el § 5: *Le droit de cité est-il nécessaire pour les publicains?*, de la obra de DELOUMES *Les manières d'argent à Rome jusque l'Empire*, París, 1892, poco recomendable "by the exuperance of its verbosity and by the paucity and inaccuracy of its references to the texts" (DUFF: *Personality in Rom. Law*, Cambridge, 1938, pág. 161).

55. JOERS-KUNKEL. *op. cit.*, págs. 84 y 85.

Sus características y su regulación ofrecen líneas comunes con las demás sociedades, y también notas especiales diferenciales. Veamos las más salientes de unas y otras en orden a los elementos constitutivos del contrato, a la estructura interna de la *societas publicanorum*, a las relaciones entre los *socii* y a la *societas publicanorum* frente a los terceros.

III

LA SOCIETAS PUBLICANORUM CONSENSUAL: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO

10. *Las partes contratantes*

Con arreglo a lo que es corriente en la doctrina, podemos considerar como tales elementos: las partes y su capacidad; el consentimiento; las aportaciones, y la finalidad del contrato.

Las partes contratantes—relativamente numerosas en muchos casos, dada la envergadura de las actividades sociales—habían de gozar de la necesaria capacidad. Respecto a ella no hay sino acudir a la doctrina general sobre la capacidad para llevar a cabo negocios jurídicos *inter vivos* en el Derecho romano. Pero conviene fijar la atención en las circunstancias siguientes:

a) La *societas publicanorum*—como cualquier otro contrato consensual, y, en general, los negocios de las relaciones comerciales—es negocio jurídico *iuris gentium*. *Ea quidem societas de qua loquimur*, repitamos con Gayo, *iuris gentium est*. Ello significa que de los tres elementos que primordialmente entran a formar la capacidad jurídica: *libertas*, *civitas* y *familia*, el segundo no juega como necesaria para la capacidad de los contratantes en la *societas publicanorum* consensual, como en ninguno de los negocios del *ius gentium*. La irrelevancia de la ciudadanía romana, en cuanto a la capacidad para tales negocios, la hacen resaltar, por ejemplo, dos textos de Marciano que declaran capaces para negocios jurídicos del *ius gentium* incluso a los que son apátridas por causa de pena. Pertenece el primero a las Instituciones de dicho jurisconsulto. Los que “*ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate: ut sunt in*

opus publicum perpetuo dati et in insulam deportati, ut ea quidem, quae iuris civilis sunt, non habeant, quae vero iuris gentium sunt, habeant"⁵⁶.

El otro texto—que no sabemos si pertenecía a la misma obra, porque es de los que suplen, tomados de las *Basilicas*, la laguna del *codex Florentinus* en el tít. XXII del mismo libro (fr. 15)—insiste en la misma idea, aduciendo ejemplos de negocios jurídicos *iuris gentium* asequibles a los deportados. "*Deportatus civitatem amittit, libertatem retinet et iure civili caret gentium vero utitur, itaque emit vendit, locat conducit, permutat, fenus exercet aliaque similia*". Entre cuyos *aliaque similia* está, a no dudarlo, la *societas*.

No sucedía lo mismo con el *status familiae* para los que eran ciudadanos romanos. "El principio de la capacidad, regulado en el *ius civile* sobre la base de la organización familiar romana, vale también para el *ius gentium*: el *pater familias* es el titular de todos los derechos y ejercita las acciones; hijos y siervos adquieren siempre, no para sí, sino para el *pater* y *dominus*" (RICCOBONO, *op. c.*, II, p. 5).

Sólo que el principio se mitigó con atenuaciones bien conocidas—peculios, *actiones adiectivae qualitatis*—y no impediría en la práctica la intervención de *filií familias* como partes contratantes en la *societas publicanorum*. Como verdaderas partes contratantes ellos mismos cuando aportasen bienes de algunos tipos de peculio (*castrense*): pero, más corrientemente, como instrumentos del *pater*, casos en los que las acciones se concedían directamente a éste, que era el verdadero socio. *Quotiens iussu alicuius, vel filio eius, vel cum extraneo, societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit*⁵⁷.

En cuanto a pupilos, mujeres e incapaces, cabe preguntar si los medios complementarios de la capacidad de obrar—*tutela*, *cura*—se aplicarían para que tales personas interviniesen como partes en *societates publicanorum*. Ello, dicho se está, con las características especiales de este tipo de representación indirecta o mediata en el Derecho romano, especialmente en la época clásica, y aplicando,

56 D., 48, 19 17.

57 D., h. t., 84.

según las circunstancias, el procedimiento de la *auctoritatis interpositio* o el de la *gestio*. La cuestión parece ofrecer algunas dudas. De un lado puede apoyarse una tesis favorable a la entrada de tales personas en las *societates publicanorum*, en aquel amplio concepto de la *administratio* tutelar clásica, que no ponía traba alguna al tutor—una vez cumplida, desde Claudio, la garantía de la *cautio rem pupilli salvam fore*, y aparte los medios de hacer efectiva la responsabilidad—en cuanto a colocación de capitales del pupilo, y que aun reflejan claramente algunos pasajes del *Corpus iuris*. *Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberit debet*⁵⁸.

En cuanto a los *furiosi*, una constitución de Justiniano, al zanjar afirmativamente la “duda de los antiguos” sobre la posibilidad del *curator* para disolver la sociedad de la que el loco forma parte, inclinaría a admitir la constitución, por el curador, de tal sociedad, con bienes patrimoniales de incapaz. La hipótesis muy bien podía referirse al caso de que la enfermedad mental hubiera sobrevenido después de la constitución en sano juicio del socio. *Sancimus, veterum dubitatione semota, licentiam habere furiosi curatorem dissolvere, si maluerit, societatem furiosi, et sociis licere renuntiare. Et quemadmodum in omnibus contractus aliis legitimam auctoritatem ei dedimus, ita et in hac parte eum permittimus competente commodis furiosi providere*⁵⁹. Mas, de todos modos, si para los “antiguos” lo que era dudoso era la facultad de disolución, es evidente que la continuación de la *societas* con un *socius furiosus* era la regla⁶⁰. Y no resulta, por tanto, violento pensar en la posibilidad de la constitución, como forma de colocación del capital del *furiosus*.

De otra parte, varios textos favorecen, en cambio, la solución negativa. Ante todo, este otro de Paulo referente a los menores:

58. D., 26, 7, 27.

59. C., 4, 37, 7.

60. La resistencia de los *veteres* a la disolución por el *curator* ¿habrá que enraizarla también con el *consortium*? No recordamos haber visto citada esta nota entre los partidarios de la derivación de la *societas* del *consortium*, si bien no se puede tener muy en cuenta si estos *veteres* hacen referencia, como es normal en Justiniano, no a los juristas y clásicos, sino a los maestros de Berito.

Minoribus viginti quinque annis neque fundus neque vectigalia locanda sunt, ne adversus ea beneficio ætatis utantur ⁶¹.

Y después, también en este mismo sentido negativo, los que cercenando la primitiva amplitud de la libertad de gestión de los tutores, obliga a éstos a colocar los dineros del pupilo preferentemente en compras de fincas y en préstamos ⁶².

Pero la prohibición señalada en el texto de Paulo últimamente citado, inspirada en conveniencias fiscales, puede referirse no a la condición de un *socius* corriente, sino a la del *manceps*, directamente contratante con el Estado. Y los preceptos de fijación de empleo a los capitales del pupilo aparecen en el Digesto en textos sospechosos ⁶³, que inclinan a creer que las restricciones son probablemente de época romano-bizantina; aparte de señalar una preferencia, y no la prohibición de otras inversiones de capitales cuando las preferidas no fuesen posibles.

Tal vez lo más acertado es pensar que la posibilidad a que nos referimos siguió el proceso de evolución de las instituciones tutelares, y que, cuando se acentuaron las limitaciones y la responsabilidad de tutores y curadores, dejarían de darse o se harían menos frecuentes, casos de participación de los incapaces en las *societates publicanorum*, siguiendo marcha inversa, en cambio, la de las mujeres, por el desmoronamiento de la respectiva tutela.

11. El *consensus*

El consentimiento mutuo o acuerdo ha de implicar claramente la intención de formar la *societas publicanorum*, igual que en las otras formas de *societas*. La terminología de las fuentes se vale de expresiones como *affectus* (o *affectio*) *societatis*, *animus coeundae* (o *contrahendae*) *societatis*, que, en nuestro caso, ha de ser naturalmente un *animus contrahendae societatis vectigalis*.

La forma de expresión del acuerdo es, como en todo contrato consensua', libre. No obstante, creemos que en la *societas publicanorum*, sometida, más que otras instituciones jurídicas romanas,

61. D., 49, 45, 14.

62. D., 26, 7, 5; *cod.*, 7 y 11; *cd.*, 15.

63. Sobre su interpolación vid. BONFANTE, *Corso*, I, pág. 444.

a influencias hefenísticas, sería muy general el uso de la escritura como forma de manifestación de la intención social. *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est*⁶⁴.

El consentimiento ¿podía ser condicional? La pregunta ha surgido—no concretamente para la *societas publicanorum*, sino para cualquier tipo de sociedad—por la alusión que Justiniano hace, en una constitución suya, a dudas sobre la cuestión: *De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest, puta "si ille consul fuerit" societatem esse contractam Sed ne simili modo apud posteritatem, sicut apud antiquitatem huiusmodi causa ventiletur, sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam sub condicione. Vo'untates etenim legitime contrahentium conservandae sunt*⁶⁵.

La alusión de Justiniano ha hecho que por comentaristas antiguos y modernos⁶⁶ se considere interpolada la frase *vel sub condicione* en el pasaje de los Comentarios de Paulo al Edicto, que claramente admite la posibilidad de la condición: *Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore vel sub condicione*⁶⁷.

En realidad, aunque en el fragmento haya otro inciso—*id est dum vivunt*—más que sospechoso, *vel sub condicione* podría ser genuino. Lo cual supondría, o que en la época de Paulo la duda ya—o todavía—no existía, o que Paulo se declaraba por esa solución. No podemos saber exactamente a qué *veteres* se refería Justiniano. Otros dos textos del mismo título, los fragmentos 6 y 76, de Pomponio y Própulo, respectivamente, hablan también de *condicio* en la *societas*, aunque pueda argüirse que el término tiene en ellos un sentido poco preciso.

Parece un poco raro que la *societas publicandrum* concretamente no pudiera constituirse *sub condicione* si pensamos que la adjudicación del arriendo de "tal" impuesto o de "tal" obra sería muchas veces condición puesta por los que constituían la *societas*.

64. D., h. t., 4 pr.

65. C., 4, 37, 6. Vid. MITTEIS (*Röm. PrivR.* 168, n. 5) y D'ORS, *Varia Romana*. (En *Anuario de Hist. del Derecho español*, 18, pág. 664.)

66. Vid. LENEL: *Palingenesia*, I, col., 1.031, n. 4.

67. D., h. t., I, pr.

Recordemos, por otra parte, el caso relatado por Livio de los suministros a los ejércitos de los Escipiones, en el que los beneficios acordados a los concesionarios serían indudablemente antes condiciones en el contrato entre ellos.

Se dirá que, doctrinalmente, pudo verse en tales casos no una *societas publicanorum* que no llega a constituirse porque falta la condición, sino una *societas publicanorum* que constituida para un fin, la cobranza de "tal" impuesto, se disuelve porque la finalidad no es posible. Pero esto parece más improbable. Tal vez, si la duda existió, no se proyectó por igual sobre todos los tipos de *societas*, y la *societas publicanorum*, con características propia en tantos aspectos, las tendría también en éste.

La constitución de la *societas ad tempus* sería, en cambio, normal en la *societas publicanorum*, ya que se acomodaría a los plazos de duración de las concesiones administrativas que eran finalidad de la misma.

12. Las aportaciones

Requisito esencial de la *societas publicanorum*, como de los demás tipos de *societas*, es la aportación. No se requiere que sea igual la de cada socio. *Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum et per comparationem patrimonii dest*⁶⁸.

Pero todo socio tiene que aportar algo—*rem conferre, rem communicare*—porque, en otro caso, el negocio será nulo como *societas* y se considerará *donatio*. O mejor, ajustándonos al lenguaje de los clásicos, para quienes la *donatio* más que negocio es un causa, se dará en tal hipótesis una *societas donationis causa*, la cual *societas recte non contrahitur*⁶⁹, *quia nulla societas est quae donatio causa interponitur*⁷⁰.

Aplicando las reglas generales, comunes a las distintas variedades de sociedad, nada impide en principio que las aportaciones en la *societas publicanorum* pudieran consistir en cosas variadas—dinero, fundos, créditos, etc.—e incluso que se dieran en ella, en

68. D., h., t., 5, 1.

69. Eod., 5, 2.

70. D., 24 1, 32, 24.

lugar de aportaciones materiales, aportaciones consistentes en trabajo—*opera, ars, peritia, industria, gratia*—. En la práctica no sería frecuente que en la *societas publicanorum* apareciese esta modalidad como aportación única por parte de algún socio cuando la finalidad fuese el arriendo de la cobranza de impuestos, en cuyo caso la aportación sería casi siempre—dada, además, en ocasiones la necesidad de adelantar sumas a favor del Estado—un *pecuniam conferre*. Pero sí podría darse el caso en sociedades constituidas para contratos de suministros, explotación de minas, construcción de obras públicas, etc.

Con todo, la atmósfera de *fraternitas*, ambiente de la *societas* romana, no se armonizaba bien con la idea de una trabazón de esta naturaleza entre el capital y el trabajo, aunque la técnica de éste fuese valiosa. En algún texto postclásico parece percibirse como un eco de vencimiento tardío de una resistencia romana a encuadrar relaciones de ese tipo en la *societas*. Así, el *magis obtinuit* con el que una constitución de Diocleciano razona la posibilidad de una *societas* entre *uno pecuniam conferente, alio operam*⁷¹. Sin embargo, el principio se formula bien claramente en las Instituciones de Gayo: *Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet*⁷²

En la *societas publicanorum*, no obstante, las actividades puramente laborales, como las de los *tabularii* o inspectores de que luego hablaremos, corrían a cargo de empleados subalternos. Sus funciones se designaban con la frase *operas publicanis dare*⁷³, *esse in operis*, reveladora de que los que las llevaban a cabo no eran *socii*, sino que trabajaban para ellos, e incluso eran muchas veces esclavos⁷⁴.

La manera de hacer efectiva la aportación tendría que amoldarse a la naturaleza de ésta. No siendo la *societas publicanorum* una *societas omnium bonorum*, no tiene lugar en ella el llamado *transitus legalis* en virtud del cual *omnes res quae coeuntium sunt*

71. C. h. t. (4, 37), 1.

72. III, 149.

73. VAL. MÁXIMO, VI, 9, 8; CICERÓN, *Verr.*, II, 70, 171, y III, 41, 94.

74. D. 17, 4, 1, 5, y 12; CICERÓN, *Verr.*, II, 77, y *De prov. cons.*, V, 10.

continuo communicantur; y cada socio verificaría el acto traslativo adecuado a la índole de su aportación: *mancipatio*, *traditio*, cesión de crédito por *novatio* o *mandatum in rem suam*, etc.

Pero todo esto será ya ejecución de las obligaciones contraídas, también por influencia del antiguo *consortium*. Y la disputa sobre la promesa de la aportación. La efectividad de ésta es ya cumplimiento del contrato.

13. *El fin lícito*

Requisito de la *societas* es también el fin lícito y de utilidad recíproca o común para todos los socios. La licitud del fin en sí en la *societas publicanorum* no ofrecería problema, ya que, en último término, se trataba en realidad de un fin estatal. Las invectivas desde el punto de vista social y los procesos desde el jurídico atacaron no al fin para el que tales *societates* se constituyeron, sino la manera de cumplirle, que desnaturalizaba, por avidez inmoderada de lucro, la lícita finalidad inicial.

Por ello, de lo que la ley se preocupaba en cuanto al fin de las *societates publicanorum*, era de la reciprocidad o comunidad de la ventaja del mismo para los socios. Ventaja que tenía en la *societas publicanorum* carácter netamente patrimonial. La reciprocidad en el lucro no significaba igualdad respecto de todos los socios. Esta igualdad debió ser la regla en el Derecho antiguo; probablemente también por influencia del antiguo *consortium*. Y la disputa sobre la posibilidad de una *societas* con reparto desigual de las ventajas o lucros y en desproporción con las aportaciones, parece llegó hasta la época ciceroniana. Fué Servio Sulpicio Rufo, el amigo del gran orador, quien, frente a la opinión de Quinto Mucio Scaevola—que estimaba *contra naturam societatis* la desproporción entre aportaciones y lucros—sostuvo que podía constituirse una *societas ut quis maiorem partem lucretur minorem damni praestet*. De ello nos dan noticia las Instituciones de Gayo y las de Justiniano⁷⁵, e indudablemente la postura de Servio Sulpicio Rufo representa una infiltración de la corriente mercantilista del *ius gentium* en el ambiente de *fraternitas* heredado del *consortium*, del cual la *societas* se separó, adquiriendo un mayor campo de posibilidades de conjuga-

75. I. 3. 25. 2; Gayo, III, 149.

ción de intereses diversos. El reparto igual del lucro no fué, pues, requisito esencial de la *societas*, como quiso Scaevola, sino natural, que se daría siempre que los *socii* no acordasen otra cosa. *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa*⁷⁶.

La desproporción entre los socios en este aspecto—susceptible de ser fijada, previo acuerdo, por el arbitraje de un tercero⁷⁷—puede llegar al extremo de que algunos de ellos participen sólo en las ganancias y no en las pérdidas. Se prohibió, en cambio, la sociedad leonina, en la que un socio participase en las pérdidas solamente, sin estar a las ganancias⁷⁸.

IV

LA SOCIETAS PUBLICANORUM EN SU ESTRUCTURA

14. *Organos directivos y de representación*

Como hace notar MITTEIS (*op. c.*, p. 405), estamos muy deficientemente informados sobre la estructura interna de las *societates publicanorum*. Las pocas fuentes que a ello nos aluden de modo impreciso no son, además, fuentes jurídicas, sino literarias; en las que las expresiones no ofrecen la seguridad de un empleo con alcance técnico.

En un cuadro de la organización de una *societas publicanorum* pueden distinguirse los siguientes elementos: a) órganos directivos y de representación; b) fiadores; c) *socii* ordinarios; d) *adfines*; y e) empleados subalternos.

Como órganos directivos y de representación de la *societas publicanorum*, las fuentes mencionan los cargos siguientes: el *maniceps*; el *magister*; el *promagister* o los *promagistri*, y el *actor sive syndicus*.

76. D., h. t., 29, pr.

77. Eod., 75-78 y 79.

78. Eod., 29 2.

Veamos brevemente lo que eran cada uno de estos elementos representativos y directivos.

A) *Manceps*

Venia a ser como el presidente de la sociedad y el que figuraba como adjudicatario formal del arriendo del impuesto o de la obra o suministro públicos. Su posición preeminente en la *societas* es puesta de relieve por otras expresiones con que se le designa. Se la llama también *princeps publicanorum*⁷⁹; y Tertuliano, en un sentido metafórico, llama a Dios *manceps divinitatis*⁸⁰.

La denominación de *manceps*—ἀρχωνης en los textos griegos— alude, según Cicerón y Festo, a su actitud en el momento de la subasta: a su papel de *auctor locationis* o *auctor emptiois*, jefe o director de la empresa. En la licitación era el que hacía la última puja, la más elevada, y lo daba a conocer levantando la mano, *sublata manu*. *Manceps dicitur qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emptiois esse*⁸¹. Gesto parecido al que confirma Cicerón cuando habla de *digitum tollere*⁸². De ahí el ofrecer precio o pujar (*liceor*) con el dedo: *digito liceri*.

Filológicamente, sin embargo, esta explicación de la denominación dada al cargo, que relaciona la expresión más bien con el acto de la oferta, no corresponde al valor etimológico de la palabra. *Manceps*, de la raíz *man-cup*—véase la forma *mancupum* en la *Lex agraria*, 46—está lingüísticamente con *mancipium* en la misma relación que *municeps* con *municipium* y *princeps* con *principium*⁸³, y envuelve la idea de “agarrar con la mano”, “tomar con la mano”, apoderarse; con lo que apunta preferentemente a la conclusión del negocio, a la adjudicación y su efecto inmediato.

Carecemos de datos respecto a su designación, pero es lógico suponer que sería nombrado previamente por los *socii*, bien en el mismo acto de constitución de la *societas*, bien por elección poste-

79. CICERÓN. *Pro Plaut.*, 24; *pseudo Asconio*, *In div.*, cap. X.

80. *Apolog.*, XI.

81. FESTO, “*Manceps*”.

82. CICERÓN. *Verr.*, 141, 54, 3 y II.

83. Vid. STEINWENTER, “*Manceps*”, en la *Realenc.* PAULY-WISSOWA.

rior. Esta designación, juntamente con las ideas romanas sobre lo que hoy llamamos el poder de representación, creemos explica perfectamente su relación con el Estado adjudicador, a la cual más adelante nos referiremos, y que aparece tan normal como la de un presidente de sociedad o director de empresa mercantil de hoy, en cuanto no nos empeñemos en trasladar, anacrónicamente, al ambiente romano concepciones doctrinales elaboradas por la técnica jurídica actual.

De lo dicho se infiere que consideramos más aceptable la opinión de los que entienden que el nombramiento del *manceps* es uno de los resultados del contrato de *societas*, y que la conclusión de éste procedía al acto de la subasta. Porque, ante la falta de datos en las fuentes, la aparición de los *socii* es cuestión que da lugar a diversas opiniones. Para unos, como PERNICE⁸⁴ y SALKOWSKI⁸⁵, el *manceps* concertaba el contrato con los *socii* después de la adjudicación del remate. Para otros, como KNIEP⁸⁶, esto aparece impracticable y en oposición con la noción de *societas*.

Aducen los primeros un pasaje de Polibio⁸⁷, en el cual el historiador griego, refiriéndose a la realización de obras públicas y a la recaudación de impuestos entre los romanos, menciona, en primer término el papel del *manceps*, pareciendo aludir después a los *socii* (*οἱ δὲ κοινωνοῦσι τούτοις*), y refiriéndose a continuación a los *praedes* y a la garantía real de los *praedia*.

Y afirman también que la conclusión formal del contrato de sociedad podía muy bien dejarse para después de la adjudicación en el remate, contando el *manceps* de antemano con el asentimiento de los futuros *socii*.

Pero el pasaje de Polibio nada aclara respecto al momento y constitución jurídica de la *κοινωνία*, y la enumeración en él expresada no hay por qué creer que responda a un orden cronológico, que, de aceptarse, no resultaría, además, exacto en cuanto al momento de aparición de los *praedes* y la garantía de los *praedia*, requisito necesario para la adjudicación de la obra o de la cobranza del impuesto.

84. *Ulpianus*, I, 296.

85. *Jur. Pers.*, 30.

86. *Societas publicanorum*, 106.

87. VI, 17. 4.

En cuanto al otro argumento, siendo la *societas* un contrato consensual, requerido el asentimiento de todos y emitido éste, el contrato existía ya, y no vemos lo que pueda entenderse por conclusión formal de tal negocio.

Por otra parte, el *manceps* que nos presenta Cicerón en alguno de sus discursos⁸⁸ parece contratar con el magistrado como representante de sus *socii*, e indicando a éste quiénes son los asociados y el contrato que tiene con ellos: *socios adere*.

La comparación de lo que sucedía en los arrendamientos estatales de las ciudades griegas o de los Estados helenísticos—cuya influencia en el sistema romano, salvando diferencias de detalle, es evidente—conduce a la misma solución. Como dice STEINWENTER⁸⁹, “acerca de la relación de los *μετοχοι* (*socii*) con el *ἀρχώνης* (*manceps*) y con el Estado estamos mucho mejor informados por las fuentes greco-egipcias que por las romanas. Y sabemos, por ejemplo, que el *ἀρχώνης* debía presentar a la Administración financiera una lista de sus *μέτοχοι*, con arreglo a la cual eran inscritos sus nombres en el contrato de arriendo”.

Tal inscripción o registro tenía para el contrato un efecto constitutivo bue no se daba en el Derecho romano; pero son evidentes, como luego veremos, las pruebas de un control del magistrado representante del Estado sobre los *socii*, que implica un conocimiento del número, nombres y circunstancias de éstos. Y concretamente, por lo que hace a los fiadores, su acuerdo con el *manceps* había de ser previo, toda vez que su ofrecimiento y aceptación por el magistrado era condición necesaria para la adjudicación del arriendo, sin la cual el magistrado podía negar al *manceps* el *accedere ad hastam*⁹⁰. *Locatio vectigalium, quae calor licitantis ultra modum solitae conductionis inflavit, ita demum admittenda est si fideiussores idoneos et cautionem is qui licitatione vicerit. offerre paratus sit*⁹¹.

Desde luego, el Estado, o la entidad pública adjudicadora, no

88. *Pro Quinctio*, 76.

89. En el art. cit. de la *Enc. PAULY-WISSOWA*.

90. NEPOTE, *Att.*, VI, 3; LIVIO, XXXIV, 16, 2; CICERÓN, *Verr.*, I, 143; PAULO, *Sent.*, 1.º, 3, 4.

91. D., 39, 4, 9, pr. = PAULO, *Sent.*, 5, I, 1. En la redacción original en lugar de *fideiussores idoneos et cautionem*, diría probablemente *praedes et praedia*. Vid. la edic. de las *Sent.* de Paulo de SECKEL-KUEBLER.

empezaba por su parte a cumplir el contrato antes de ser aceptada por sus representantes la debida garantía, como lo revela el párrafo final de la inscripción referente a *unalocatio operis. ofaciendi* de Puteoli: *Dies pequn(iae) pars dimidia dabitur ubei praedia satis subsignata erunt; altera pars dimidia solvitur opere effecto probatoque* ⁹².

Y de la inscripción del *manceps* y los fiadores *in tableis publicis* nos habla la *lex agraria* del III a. C. ⁹³.

Esta previa celebración del contrato respecto de la licitación no impide que en la *societas* ya existente ingresen con posterioridad nuevos *socii*. “Verosimilmente—dice MITTEIS—esto podía acaecer en cualquier momento” ⁹⁴.

Lo dicho anteriormente se refiere al *manceps* de los textos de la República y Principado, no al personaje designado con la misma palabra en los textos del Bajo Imperio. La figura del *manceps* como presidente de la *societas publicanorum* se oscurece bastante en textos de la época imperial avanzada. A medida que el control del Estado va limitando el margen de ganancia de los arriendos, e incluso abandonando paulatinamente el sistema de recaudación indirecta, o transformando lo que antes era finalidad de empresas libres en *munus* de gremios forzosos, la función y significación del *manceps* aparece en los textos con matiz distinto. Y encontramos *mancipes* que no parecen enlazados a una *societas*. “Las últimas fuentes—hace notar STEINWENTER (*l. c.*)—en que se menciona el *manceps* con significación semejante a la antigua son: una inscripción del siglo II (CIL., VIII, 12, 377) y el pasaje D., 43, 9, 1, 2, perteneciente a Ulpiano. Lo cual no quiere decir, por otra parte, que todos los *mancipes* hasta el siglo III tengan igual situación jurídica; antes bien, ésta sería distinta según las variedades de cada modalidad concreta de *societates publicanorum*. En el siglo IV vemos ya cumplido el proceso de transformación; de aquí en adelante lo que se designa como *manceps* es el encargado de un *munus* público.

92. C. I. L., I, 2 (2.^a ed.), 698; BRUNS (4.^a), p. 212; GIRARD, *Text.* (5.^a), página 860; ARANGIO-RUIZ, *Fontes-Negotia*, núm. 153.

93. *Lex agraria*, 46.

94. *Röm. Privatr.*, pág. 406.

Los *mancipes* que aparecen frecuentemente en el *Codex Theodosianus* y otras fuentes tardías no tienen de común sino el nombre y el origen con los publicanos de la República, e incluso con los arrendatarios estatalmente controlados del Principado. Se han transformado en encargados de una "liturgia". Estos *mancipes*, o son sencillamente *corporati*, agremiados, como los *mancipes thermarum* o los *mancipes pistrinae*, o han salido de las filas de un gremio forzoso, como los *mancipes de corporis electi*, en virtud de la *collatio lustralis* de los *negociatores*⁹⁵.

B) El *magister*

Cargo distinto al de *manceps* era el de *magister*, como hace resaltar Cicerón—que en muchos pasajes alude a este cargo y a personas que lo desempeñaron—al decir del padre de Plancio, que fué *maximarum societatum auctor (manceps) plurimarum magister*⁹⁶.

La palabra *magister* tiene un sentido general de preponderancia que se revela en su etimología. Contiene la raíz *maj*, que hallamos en *magnus*, *magis*, etc. Se designa así, por tanto, de ordinario, a aquel que tiene autoridad o predominio sobre otros: *qui magis ceteris potest*⁹⁷; y se aplicó tal título en zonas diversas: mandos militares, funcionarios de la *civitas* y de los *municipia*, colegios sacerdotales, asociaciones gremiales, y, en general, para aludir al que desempeña funciones directivas en cualquier actividad, incluso de tipo privado: *magister navis*, *magister convivii*, *magister ludi litterarii*.

Tales funciones de dirección en el orden administrativo eran las que tenía a su cargo el *magister* de las *societates publicanorum*. Eran los *magistri* los directores de empresa en Roma. Vigilaban a los empleados, llevaban los libros y cuentas de la sociedad—*tabulas habere*—así como la correspondencia—*litteras societatis*—, archivando duplicados de las cartas—*exempla litterarum*—, que enviaban o recibían, en adecuados libros registros—los *litterarum allatum, litterarum missarum libri*, de que habla Cicerón⁹⁸—. En

95. C. Th., XIII, 1, 17.

96. *Pro Plauc.*, XIII, 32.

97. *Festo*, 126.

98. *Verr.*, III, 71.

otro orden, cuidaban de que las cláusulas del pliego de condiciones de la subasta consentidas por el *manceps* fuesen cumplidas.

El cargo de *magister* duraba, según parece, un año, como nos informa también Cicerón⁹⁹, y transcurrido ese tiempo hacía entrega de todos los justificantes de la contabilidad a su sucesor, quedándose con copia de la correspondencia *Sciebam enim hanc magistrorum, qui tabulas haberent, consuetudinem esse, ut, quum tabulas novo magistro traderent, exempla litterarum ipsi habere non nollent.*

En el orden interno de la *societas* era el de *magister* cargo epónimo, ya que el nombre del que lo desempeñaba servía para fechar los actos de la misma. Lo revelan así los pasajes citados de Cicerón y alguna inscripción, como la de la venta de Quevéjar (Granada)—CIL., II, 5064—, en la que se hace constar que un acto de entrega de los *socii* tienen lugar *anni Tenati Silvani*.

Era, pues, el *magister* como un director gerente. Y en esta su función de gerencia los pactos celebrados por él eran obligatorios para la *societas*, se beneficiase o se perjudicase ésta con ellos. Resueltamente lo afirma un texto de los comentarios de Ulpiano al edicto: *Item magistri societatum pactum et prodesse et obesse constat*¹⁰⁰. Poder de representación del *magister* para obligar a la *societas* o para hacerla acreedora, que no parece claro si impedía o no, como luego veremos, las actuaciones similares de coadministración de los *socii*.

C) Los *promagistri*

Así como el *magister* es el director gerente en la sede central de la *societas publicanorum*, los *promagistri* eran como subdirectores gerentes en los principales núcleos de la zona—provincia, lugar de la obra pública, etc.—por la que se extendían los negocios de la *societas*.

Con igual sentido que la partícula *pro* tiene antepuesta a los

99. *Verr.*, II, 74, 182. *Deinde quaesivi, quod erat inventu facilium, qui per eosdem annos—dice refiriéndose al tiempo en que Verres fué pretor en Sicilia—magistri istius societatis fuissent.*

100. *D.*, 2, 14, 14.

cargos de Derecho público, indica al que hacía las veces del *magister*, recaudando, por ejemplo, el impuesto en una provincia o zona y llevando la dirección y contabilidad de los empleados subalternos correspondientes a este ámbito de su competencia.

Del pariente de Cicerón, Terencio, nos dice el gran orador: *Terentius meus necessarius, magnas operas in portu et scriptura pro magistro dedit*¹⁰¹.

Se cree también que este cargo desempeñaba aquel Zaqueo de baja estatura que se encaramó sobre un cabrahigo para ver mejor a Jesús, que hospedó en su casa al Divino Maestro, y que, arrepentido de su inmoderada conducta, repartió cuantiosos bienes a los pobres. San Lucas en su Evangelio dice de él que era ἀρχιτελώνης, como si dijéramos jefe de los subalternos, de los que a los *socii publicanos operas dabant*¹⁰².

D) El ACTOR o [SYNDICUS]

Nuestra información sobre este órgano de representación de la *societas publicanorum* es aún más deficiente que referente a los anteriores. El *actor* o *syndicus* es, como se sabe, un representante para actividades procesales. Como el *cognitor* o el *procurator* de los litigantes individuales, sería el encargado de seguir los trámites procesales, ejercitando una *actio* o contestando a la misma como demandado en nombre de la *societas publicanorum*.

De lo dicho se infiere que, por una parte, no se daría esta figura en el procedimiento de las *legis actiones*, dado el principio general de exclusión de la representación¹⁰³, y, por otra, la posibilidad de tal órgano o cargo en la *societas publicanorum*, está en conexión con el nebuloso tema de su personalidad jurídica, distinta de la particular de cada socio.

No puede, pues, darse esta figura en los demás tipos de *societas*,

101. *Ad Att.*, II, 10.

102. San Lucas, cap. XIX, vers. 2.

103. *Olim quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret* (Gayo, IV, 82). Si la *societas* preconsensual fué institución que se movió en el ámbito de la *fides* y el *ius gentium*, este principio del *ius civile* no la afectaría.

ya que el Derecho romano no reconoció en ellos una personalidad social distinta de la individual de los miembros que integran la sociedad. Y en la *societas publicanorum*, el texto principal del *Corpus iuris* que afirma la existencia del *actor* es el interpolado y discutido pasaje del libro III de los Comentarios de Gayo al Edicto provincial, recogido en D., 3, 4, 1. *Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.*

Desde luego, en cuanto a la denominación de este representante, MITTEIS (*op. c.*, p. 388, n. 1) indicó ya, y fué más tarde demostrado por ALBERTARIO¹⁰⁴, que el término griego *syndicus* está interpolado en todos los textos del Digesto, en los que aparece como sinónimo de *actor*. Bien puede, por tanto, afirmarse que nunca se llamaría *syndicus*, sino *actor*, al que pleiteaba en nombre de una *societas publicanorum*.

Por otra parte, como los romanistas citados hacen notar, no fué sólo un nombre nuevo lo que se importó, sino una institución: la del representante procesal fijo o estable, que es el *syndicus* griego, frente al representante temporal, designado para cada pleito, que es el *actor* romano.

En el estatuto del distrito minero de Vipasca, el *actor* es citado reiteradamente. Unido al *conductor* (*manceps*) y al *socius*, aparece casi constantemente citado como sujeto posible al que se refieren las normas contenidas o las relaciones jurídicas reguladas en el estatuto. *Conductor socius actorve eius quoque summae quae excepta in auctione erit centesiman exigit; conductori socio actorive eius pignus capere liceto...* Estas y otras frases semejantes figuran con gran frecuencia en la *Lex metalli Vipascensis*. Las actuaciones en las que el *actor* es mirado en la *lex* como posible sujeto, no son siempre de tipo procesal como la *pignoris capio*, o, al menos, la *lex* no las enfoca en estado de litigio (*conductor socius actorve eius praeconem praestare debito...; conductori socio actorive eius dare debeto...; conductor socius actorve eius instrumentum balnei et ea omnia quae ei adsignata erunt integra conductione peracta reddere*

104. *Syndicus*, en sus *Scritti di D. rom.*, I, pág. 121.

debeto, nisi si qua vetustate corrupta erunt), pero' ello nada supone contra el carácter fundamentalmente procesal de este representante de la *societas*, ya que la expresión trimembre de la *lex* quiso abarcar a todos los que podían ser hipotéticos sujetos de las relaciones reguladas, se desarrollasen éstas en estado normal o litigioso.

Fuera de estas indicaciones y de la somera mención de un *actor* para la *societas (publicanorum)* en el transcrito texto de Gayo en el Digesto, todo lo que puede decirse de este representante procesal hay que inducirlo por analogía de lo que las fuentes refieren relativo a los *actores* de las corporaciones públicas, especialmente de los *municipia*.

Con arreglo a este criterio, debemos conjeturar que, ateniéndonos a los textos del Digesto, era el *actor* de aquellos representantes que deducían y agotaban en el proceso la *actio* del representado; y, por tanto, era utilizable en su caso la *exceptio rei iudicatae*¹⁰⁵, y no necesitaban, por la misma razón, prestar la *cautio de rato*, a menos que haya dudas sobre su designación. Así nos lo indican expresamente Ulpiano y Paulo¹⁰⁶.

Por analogía con lo establecido para el *actor* de un municipio, la *actio iudicati* se daría en favor de la *societas publicanorum*¹⁰⁷, y parece también que el *actor* podía ofrecer y prestar el *iusiurandum necessarium*¹⁰⁸.

¿Fue esto siempre así, o sufrió la representación procesal del *actor* una evolución similar a la del *procurator*, evolución de la que los textos interpolados del Digesto nos reflejarían solamente la última etapa? La intervención de los compiladores señalada en los textos citados puede admitirse sin que afecte mucho a este punto concreto; y posiblemente, como hace notar WENGER¹⁰⁹, tanto los órganos de los municipios como los representantes de las corporaciones—a las que hemos de asimilar en este aspecto las *societates publicanorum*—tuvieron una situación más semejante a la de los *cognitores* que a la de los *procuratores*.

105. D., 44, 2. 11, 7.

106. D. 46, 8, 9; y D., 3, 4, 6, 3.

107. *Eod.*

108. D., 12, 3, 34, 1.

109. *Inst. des röm. Zivilprozessrechts*, pág. 88 (pág. 86 de la trad. ital.).

15. *Los fiadores*

En general, todas las obligaciones hacia el Estado debían acompañarse con la prestación de adecuada garantía, que podía ser personal o real.

Los que ofrecían la primera, aquellos que *solam fidem suam interponebant*, recibieron en el Derecho romano distintos nombres (*vades, sponsores, fidepromissores, fideiussores*), pero cuando garantizaban obligaciones para con el Estado se les denominaba *praedes*. Así nos dice Festo: *praes est is qui populo se obligat interrogatusque a magistrato si praes sit ille respondet "praes"*.

La otra modalidad era la de los que garantizaban ofreciendo sus bienes, *praedia*. Bienes que podían ser de cualquier clase. *Bona praedia dicuntur bona satisfactionibus obnoxia, sive sint in mancipiis, sive in pecunia numerata*¹¹⁰.

Ambos tipos de garantía eran exigidos al *manceps* de la *societas publicanorum*, que concluye su contrato con el Estado presentando a *is qui pro eo praes factus est*¹¹¹, y la garantía real de los *praedia*¹¹².

En cuanto a los *praedes*, la formalidad se acoplaba al contrato verbal de *stipulatio*: *praes es? praes sum*. Pero se redactaba indudablemente, además, un *instrumentum* que haría constar la obligación y que se archivaría debidamente. A estos archivos aluden, por ejemplo, las *tabulae communes* de la *lex Malacitana*: *qui praedes accepti sint quaque praedia subdita subsignata obligatae sint qui que praediorum cognitores accepti sint in tabulas communes municipium eius municipi referantur facite et proposita habeto per omne reliquom tempus honoris sui...*¹¹³.

El magistrado adjudicador de la subasta debía cerciorarse previamente de la solvencia de los *praedes*, fijando incluso el número de ellos que juzgaba necesario, ya que podían ser varios (*compraedes*) o exigiendo la complementaria garantía real¹¹⁴, ya que al ar-

110. PSEUDO ASCONIO, en *Verr.*, II, I, 142.

111. FESTO, "manceps".

112. POLIBIO, VI, 17. 4.

113. *Lex Malac.*, LXIII.

114. *Idem* LX; y *lex agraria*, 73.

bitrio del magistrado se dejaba la estimación de suficiencia de la garantía. *Qui redemerit*—dice, por ejemplo, el pliego de condiciones de un contrato de adjudicación de una obra pública en la ciudad de Puteoli¹¹⁵—*praedes dato praediaque subsignato duumvirum arbitratu*.

La intervención de los *praedes* ¿liberaba al *manceps* como deudor principal? Así lo entienden algunos comentaristas, por ejemplo, MOMMSEN¹¹⁶ y GIRARD¹¹⁷, quienes, por tanto, ven en los *praedes*, más que fiadores adosados a un deudor principal del Estado, el *manceps*, deudores principales solidarios. Apoyan esta tesis: a) en que este efecto novatorio y extintivo respecto de la deuda anterior lo aprecia el Derecho comparado en modalidades análogas de afianzamiento; b) y en que el dato, proporcionado por varias fuentes, de que el deudor principal se constituya él mismo como *praes* (tablas de Puteoli y de Tarento), debe interpretarse como expediente ideado para soslayar tales efectos liberatorios.

La verdad es que la argumentación tiene poca base. El hecho de proporcionar el *manceps* la garantía de los *praedia* no se aviene con la idea de una extinción de su obligación en el caso de haberse ya proporcionado los *praedes*. HUMBERT¹¹⁸ hace notar que los *bona* a que alude Cicerón en *Verr.*, 54, 142, son evidentemente patrimonio del deudor principal.

En cuanto a la modalidad jurídica en la que pueda encajarse la garantía de los *praedes*, creemos que no se acoplaba exactamente ni a la figura del *pignus*, ni a la de la hipoteca, y que no tuvo una gran influencia en el desarrollo de este último *ius in re aliena* en el Derecho privado. Más bien quedaba pesando sobre los *bona* dados en garantía una prohibición de enajenar desde el momento en que eran inscritos, como tales *praedia subsignata* o *accepta*, con la amenaza de la sumisión, en su caso, a la *venditio ex lege praediatrica*, o, a falta de comprador en esta *venditio*, a la *venditio in vacuum*¹¹⁹.

115. Cfr. supra, nota 92.

116. *Die Stadrechte von Salp. und Malaca*, págs. 469-471; publicado después en sus *Ges. Schr.*, I, págs. 357-369.

117. *Man.*, 797 nota 1.

118. "Praes" en DAREMBERG-SAGLIO.

119. Vid. FERRINI, *Pand.*, pág. 507, n. 1; GIRARD, *Man.*, pág. 817, nota 1.

16. Los SOCII ordinarios

Todos aquellos que habían contraído la *societas* con el *manceps* y que ni desempeñaban cargo alguno de dirección o representación, ni aparecían expresamente constituidos como fiadores, integraban la masa de los simples *socii*, comprometidos a su aportación de bienes, trabajo, o ambas cosas.

De Atico, respecto del cual sabemos por Cicerón¹²⁰ que formó parte de *societates publicanorum* y obtuvo en ellas ganancias, nos dice Cornelio Nepote¹²¹ que *numquam ad hastam publicam accessit nullius rei neque praes neque manceps factus fuit*.

En principio, para los *socii*, la condición de tales arrancaba del contrato, pero las finalidades públicas a las que se dedicaban las *societates publicanorum*, hacían que el *consensus*, emitido con los requisitos generales de la capacidad para contratar, no fuese en ellas el elemento determinante único de tal condición. Las *leges licitationis* señalaban indirectamente una especial capacidad, al prohibir de antemano a ciertas personas ser miembros de las *societates* concesionarias. En primer lugar, había personas a las cuales, *legibus aut moribus*, les estaba prohibido formar parte de *societates publicanorum*. Así, los senadores y los magistrados que tenían a su cargo intereses financieros de la República. De ahí las acusaciones que por su conducta en este aspecto lanzaba Cicerón contra Verres, que, siendo pretor en Sicilia, estaba en inteligencia con los publicanos y tenía participación en su negocio. *Crimen grave et vehemens, ut post hominem memoriam indiciaque de pecuniis repetundis constituta gravissimum praetorem populi romani socios habuisse decumanos*¹²².

El Estado, o la entidad pública adjudicadora, ejercía en este aspecto un control que evidencian diversos testimonios, como los

BONFANTE, *Inst.*, trad. españ., p. 441. Dieron, en cambio, importancia a la *praediorum subsignatio* como antecedente de la hipoteca; JOURDAM, *Etudes de droit rom. L'hypothèque*, pág. 52 ss.; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.*; MANICK, "Hypotheca", en la Enc. PAULY-WISSOWA; COSTA, *Hist. del D. R.*, págs. 304-6 de la trad. españ.

120. *Ad Att.*, I, ep. 19.

121. *Ad Att.*, c. 6.

122. *Verr.*, 3, 57.

de Livio y Cicerón señalados por MITTEIS¹²³. Como este mismo autor indica, las razones son fácilmente comprensibles. Es lógico que el Estado—aparte vigilar el cumplimiento de disposiciones prohibitivas, como la de los senadores—quisiera alejar de las sociedades adjudicatarias a los que fueran partícipes en muchos arrendamientos, que ofrecían el peligro de que las correspondientes *societates* operasen con capital ficticio, etc. Prohibiciones expresas pesaban también sobre los deudores al Estado. *Reliquatores vectigalium ad iterandam conductionem, antequam superiori conductioni satisfaciant, admittendi non sunt. Debitores fisci itemque rei publicae vectigalia conducere prohibetur, ne ex alia causa eorum debita onerentur: [nisi forte tales fideiussores obtulerint, qui debitis eorum satisfacere sint]*¹²⁴.

Ello hacía que la intervención estatal no se manifestase exclusivamente respecto a los *socii* iniciales, sino también respecto a los que podían—en la forma hoy no muy precisa para nosotros, de la cual hablaremos luego—sustituírles con posterioridad, como lo revela la necesidad de notificar al *procurator metallorum*, según la *lex metalli Vipascensis* (2, 4), los traspasos de las participaciones del arriendo. Intervención en la que parece también evidente—como MITTEIS apunta—el influjo de las administraciones helenísticas.

En el régimen de las relaciones internas, los *socii* participaban en forma análoga a lo que sucedía en todas las *societates*, si bien sobre el ejercicio de aquellos de sus derechos dimanados de la concesión administrativa—cobranza de impuestos, explotación de dominio público, medios de realización de la obra pública y abono de la misma, etc.—se dejaba sentir también el inevitable control estatal.

123. *Op. cit.*, pág. 406, nota 62. En el caso referido por Livio tal vez influyera más la pasión de las luchas políticas que un criterio de probidad administrativa; Livio habla de *flamma invidiae* al indicar la motivación del edicto de los censores.

124. PAULO, *Sent.*, 5, 1.^a, 3 y 4, coincidente con D., 39, 4, 9, 2 y 3. Toda la frase final "*nisi... parati sint*" se considera interpolada. (Vid. SECKEL-KUEHLER en su ed. de las *Sent.*)

17. Los ADFINES

El pasaje de Livio que antes mencionamos (43, 16, 1), refiriéndose al rigor con que los censores del año 169 a. de J. C. trataron a todos los que en época de los censores anteriores. Q. Fulvio y A. Postumio, *publica vectigalia aut ultro tributa conduxissent*, nos dice que los prohibieron *ad hastam suam accederet, sociusve adfines eius conductiones esset*.

¿Quiénes eran estos *adfines*? De un lado, la prohibición censoria que les afectaba, y de otro su mención separada de los *socii*, hace pensar que, por una parte, participarían de los beneficios de la *societas*, y por otra, debían estar excluidos de la vida interna de ésta y de los actos de gestión que eran atributo de los *socii*.

Por ello, esta noticia de Livio se pone en relación con otras que nos hablan de personas a las cuales o bien algún *socius* había dado participación en los beneficios obtenidos en la *societas* o bien habían adquirido estas participaciones por procedimiento menos correcto. Así, por ejemplo, en cuanto a lo primero, de Rabirio Postumo nos dice Cicerón: *cum locupletasse amicos, misisse in negotium, dedisse partes*¹²⁵; y Valerio Máximo nos relata que *T. Anfidius exiguam admodum particulam publici Asiatici habuisse*¹²⁶. En cuanto a los otros procedimientos, el mismo Cicerón decía a Vatinius: *eripuerisne partes illo tempore carissimas, partim a Caesare, partim a publicanis*¹²⁷.

De todo ello, sin embargo, no podemos obtener conclusiones claras sobre estos *adfines*, sobre su trabazón con la *societas*, sobre la naturaleza de las *partes*, si es que los textos que de ellas hablan han de ponerse en relación con los *adfines* de las *societates publicanorum*. Respecto del de Cicerón referente a Rabirio, tal conexión es dudosa, porque *negotia* no solía aludir a las actividades de los *publicani* y sus *societates*, sino a las de colocación de capitales a prés-

125. *Rab. Post.*, 11.

126. VI, 9, 8.

127. *Vatin.*, 12, 29.

tamo y otras por el estilo, que eran peculiares de los *negotiatores*¹²⁸.

MITTEIS conjetura que verosíblemente los *adfines* participaban en las empresas de la *societas* con una aportación de capital no sujeta a los riesgos de las actividades sociales, en cuya gestión no tomaban parte; aportación que pudo ser concebida como depósito irregular, con intereses regulados según el balance social; lo cual aleja la figura de los *adfines* de la de los obligacionistas actuales, asemejándose más bien a los socios comanditarios. A esta asimilación parecen inclinarse CUQ¹²⁹ y DELOUME¹³⁰, el cual aduce un texto de Plutarco en la vida de Catón (c. 21), estimándolo alusivo a una compañía de este tipo, y sosteniendo que la frase ἦν οὐκ ἐς ἅπαν ὁ κίνδυνος puede ser traducida como "era una compañía con responsabilidad limitada"¹³¹.

MITTEIS cree, sin embargo, que pueden pensarse otras soluciones, como la de apropiadas estipulaciones, e incluso la de la concesión de la *actio pro socio* como protección jurídica de la situación de los *adfines* (*op. c.*, p. 413 y 414).

Tal vez la situación de los *adfines* respondiera a aquella misma tendencia a eludir incapacidades y prohibiciones que dió lugar, por ejemplo, a la aparición de instituciones como el fideicomiso—y especialmente a algunas modalidades del mismo, como el fideicomiso tácito—. Los que no podían ser *socii* serían así incorporados a la *societas* en forma indirecta. Lo cual no quiere decir que fuese esa en todos los casos la razón de la existencia de los *adfines*.

Otra cuestión es también la de la naturaleza de la *pars* y su posibilidad de enajenación. No hay base para afirmar que la *pars* se concretase materialmente en algo parecido a un título valor actual, pero la transmisión bien podía operarse sin necesidad de ello.

128. Así lo hace notar BURMANN, en la *Dissertatio de vectigalibus* antes citada, pág. 129.

129. *Man.*, pág. 500.

130. *Les manieirs d'argent à Rome*, pág. 126.

131. La traducción—dice MONRO (*Digest XVII, 2, pro socio*, Cambridge, 1902, pág. 80)—puede hacer así con un poco de buena voluntad; indicando, no obstante: *We had better resist the temptation to call the last mentioned shareholders, as also to discover in the case a "société en comandite", to which some have given way.*

De todos modos el sentido del calificativo *carissimae*, aplicado a las *partes* en el texto antes citado de Cicerón, no es incuestionable que se refiera a su valor en venta.

18. *Los empleados subalternos*

Sus actividades, diversas, naturalmente, según la índole de la concesión otorgada a la *societas*, se englobaban bajo la expresión: *operas publicanis dare*. Así Valerio Máximo nos dice de P. Rupilio que *non publicanum in Sicilia egit, sed operas publicanis dedit*¹³²; y Cicerón de C. Pupio *qui est in operis eius societatis*¹³³. Eran, pues, agentes mercenarios de los publicanos y, a veces, esclavos¹³⁴. Importantes, entre estos subalternos, debieron ser los *tabularii*, frecuentemente citados en autores latinos y en las inscripciones como contables o escribientes. Y asimismo los que desempeñaban la misión de agentes cobradores o ejecutivos.

V

EFFECTOS INTERNOS DE LA SOCIETAS PUBLICANORUM

19. *Derechos y deberes de los socios*

Como las demás modalidades de contrato de sociedad, la *societas publicanorum* determinaba entre los socios obligaciones y derechos, sancionados procesalmente por la *actio pro socio*, de buena fe, infamante, y con el *beneficium competentiae* para el condenado.

No hemos de detenernos en los detalles que, en este campo, la *societas publicanorum* tiene de común con todas las otras formas de este contrato consensual. Cumplido el deber de aportación, todos los efectos internos giran en torno a estas dos normas fundamentales: a) la sujeción al criterio de la *culpa levis* (*in concreto*, en el Derecho postclásico) en la conducta de los *socii* como tales; y b) la *communicatio lucri et damni* de los resultados obtenidos con arreglo a las cláusulas contractuales.

132. VI, 9, 8.

133. *Ad fam.*, 13, 9.

134. CICERÓN, *Verr.*, 97; *De procons.*, 5.

En cuanto a la primera norma, si está clara en las fuentes la medida de la recíproca responsabilidad por las actividades de cada socio, no lo está tanto cuál era el ámbito de estas actividades y sus interferencias con el de los demás: qué actos de gestión social, o de goce, disfrute o disposición, podía, y cuáles no podía, llevar a cabo un socio.

El principio general en toda *societas* romana, salvo especiales acuerdos sobre gestión social, es el de que la *administratio societatis* corresponde por igual a todos los *socii*. Son muchos los textos que así lo dan a entender¹³⁵. Pero en una sociedad como la *societas publicanorum*, con especiales órganos de gerencia, según acabamos de ver, no sabemos bien las limitaciones que ello supusiese en el mencionado principio general.

Que, no obstante la existencia de tales órganos, los actos de coadministración de los *socii* ordinarios, el disfrute directo de los derechos que suponía la concesión; y la consiguiente responsabilidad, fuesen posibles en principio para todo socio, parece indudable. Los textos nos indican que cuando las normas estatales, o de las otras entidades públicas, se referían a las actividades mencionadas, consideraban indistintamente como sujetos posibles de las mismas tanto a los órganos especiales como a los *socii* corrientes.

Así, por lo que se refiere a actos de gestión y administración, recuérdese, por ejemplo, la reiterada expresión trimembre: *conductor, socius, actorve eius* de la *lex metalli Vipascensis* antes aludida; e igualmente la situación prevista por Paulo en D., 39, 4, 9, 4, de que los *socii vectigalium separatim partes administrent*.

Lo mismo sucede en cuanto a los actos de ejercicio de las facultades otorgadas por la concesión. Tales actos se protegían referidos indistintamente a todos los *socii*. El típico medio, rápido y expeditivo, de esta protección fué el interdicto *de loco publico fruendo*, y en la fórmula del mismo el pretor amparaba no sólo al presidente de la *societas*—el *manceps* que había contratado con el Estado y era, en tal sentido, como un único *conductor*—, sino a cualquiera de los *socii*. *Praetor ait: "quo minus loco publico quem is cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit so-*

135 D. h. t., 26; eod. 38; eod. 52; eod. 67; eod. 72.

ciove eius e lege locationis frui liceat, v.m fieri veto"¹³⁶. Únicamente en caso de presentarse ambos, *manceps* y *socius*, a reclamar el interdicto, sería—según una norma interpretativa de Ulpiano—preferido aquél. *Sed si simul veniant ad interdictum movendum ipse qui conduxerit et socius eius, magis est ut ipse conductor praeferatur*¹³⁷.

MITTEIS incluso cree posible que cuando los arrendamientos se hacían por meros tantos por ciento de participación, serían entregados directamente a los *socii*, sin intervención del *manceps* (*op. c.*, p. 408).

Y si se consideraba posible que cualquier acto de gestión o disfrute fuese llevado a cabo por cualquiera de los *socii*, lógicamente a éstos se referían indistintamente las normas de exigencia de responsabilidad. Por ello, el edicto en que el pretor prometía una *actio* para reparación de excesos cometidos por los *publicani*, a éstos se refería en general, no al *conductor* o *manceps*, y contra cualquiera de ellos que haya realizado, por ejemplo, una exacción violenta se dará tal *actio*. *Praetor ait: "quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum, aut si post annum agetur, in simplum iudicium dabo"*¹³⁸. Y claramente Modestino admite la posibilidad de que el acto de gerencia que encierra una exacción excesiva sea llevado a cabo por varios *socii*: *si multi publicani sint qui illicite quid exegerunt, non multiplicatur dupli actio, sed omnes partes praestabunt*¹³⁹.

Todo ello revela únicamente la posibilidad legal en abstracto de actos de gestión y disfrute por cualquier *socius*, no obstante la acostumbrada organización de la *societas publicanorum*. Nos indica simplemente que al Estado le era indiferente que el acto fuese realizado por el órgano adecuado o por un individuo aislado entre el número de los *socii* ordinarios.

Pero, claro es, el que ello fuere en general posible, y el que las normas estatales enfocasen indiferentemente tal posibilidad, nada

136. D., h. t., 1, pr.

137. Eod., 2.

138. D., 39, 4, 1.

139. Eod., 6.

atañe a los acuerdos puramente internos, que serían, como es lógico, lo primero a que los socios tendrían que acomodar su conducta, y por cuyas transgresiones funcionaría entre ellos la *actio pro socio*. Natural sería, por tanto, que cuando se habían designado cargos especiales de administración y gerencia con una concreta competencia, los actos en ella comprendidos no podrían llevarse a cabo por cualquier *socius* sin exponerse a ser demandado por la *actio pro socio*, cualquiera que fuese el valor que para la entidad pública otorgadora de la concesión tuviese el acto.

20. La transmisión INTER VIVOS

Un tema interesante en relación con las facultades de cada *socius* en la *societas publicanorum* es el de la posibilidad de transmisión *inter vivos*, bien de su condición de tal, bien, al menos—conservando su carácter de socio para con los demás—, de sus derechos en la *societas*.

De un lado—aparte la concepción romana de la obligación contractual en general—está el principio reiterado de que la *societas* se disuelve si un socio renuncia¹⁴⁰ para que otro le sustituya, ya que *cum enim societas consensu contrahatur. socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui*¹⁴¹; y hay que evitar *ne alioquin invitus quis socius efficiatur qui non vult*¹⁴².

Pero, en cambio, se sienta el principio de que *nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint*¹⁴³, que implica la posibilidad de enajenar la *pars sua*. Y otros textos, referentes concretamente a sociedades concesionarias de arrendamientos públicos parecen, si no contradecir, modificar algo aquella doctrina general. Así, se dice que *socii vectigalium si separatim partes administrant, alter ab altero minus idoneo in se portionem transferri iure desiderat*¹⁴⁴. Aunque no se trata de transmisión a un extraño, sino más bien de una absorción, y no se opone abierta-

140. D., h. t., 63, 10.

141. D., h. t., 19.

142. Eod., 65, 11.

143. Eod., 68, pr.

144. D., 39, 4, 9, 4.

menie al principio *ne alioquin invitus quis socius efficiatur qui non vult*, tiene, en cambio, la eliminación un carácter forzoso bien opuesto a la esencia del contrato consensual y al espíritu de *fraternitas* de la *societas*.

Asimismo también la tabla de Aljustrel establece que *colonis inter se eas quoque partes puteorum quas a fisco emerint et pretium solverint vendere quis potuerit liceto*¹⁴⁵.

En vista de tales textos, se han preconizado tesis diversas. Para unos, las *societates publicanorum* constituirían una excepción y en ellas las participaciones de los *socii* serían enajenables¹⁴⁶. Otros se limitan a decir que tales arriendos eran transmisibles¹⁴⁷. Y entienden otros que la posibilidad de transmisión no se refería a los *socii* propiamente dichos, sino a las *partes* de los *adfinis*¹⁴⁸.

Acaso la solución esté en que tales transmisiones o cesiones de participación eran consideradas como algo ajeno al contrato, al margen de las relaciones entre los socios. En este aspecto interno regiría el principio *socii mei socius, meus socius non est*¹⁴⁹. Pero el Estado tendería siempre a tener atados todos los cabos, y no le era indiferente quién fuera el usuario de las facultades objeto de la concesión administrativa. De ahí su inspección sobre los traspasos aludidos, e incluso la imposición de los mismos con carácter obligatorio cuando el cesionario fuese más solvente que el cedente.

21. La transmisión MORTIS CAUSA

A) La cuestión en la SOCIETAS en general

Es este un tema al que principalmente ha dado lugar la exégesis de dos textos del Digesto (*h. t.*, 59 y *cod.* 63, 8), y que se relaciona con la cuestión de los modos de disolución de la *societas* por muerte de un socio.

Para mayor claridad en la exposición de las particularidades

145 *Lex. met. Vipasc. dicta*, 21 a 24; BRUNS (4.^a), 141; GIRARD, *Text.*, página 884; RICCOBONO, *Fontes-Leges*, 2, núm. 105.

146 CUG, *Man.*, pág. 501.

147. MITTEIS, *op. cit.*, pág. 408, nota 68; "*denn manche Pachtungen sind nachweislich übertragbar*".

148. КНИП, *Soc. publ.*, 11, 15, 236.

149. D., *h. t.*, 20; *cod.*, 19, 21 y 23.

que en este orden ofrece la *societas publicanorum*, conviene recordar cuál era el régimen común de las demás *societates* en general.

Respecto de ellas englobaba Ulpiano las causas de extinción diciéndonos que *societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione...*¹⁵⁰. Y Modestino, como desmenuzando el primero de dichos grupos de causas, formula la enumeración de que *dissociamur renuntatione, morte, capitis diminutione et egestate*¹⁵¹. Esta regla de que la muerte de un socio acaba la *societas*, se reitera y examina con mayor detalle en otros pasajes de las fuentes, y la doctrina que de ellos se deduce puede esquematizarse para mayor precisión en normas que cabría agrupar según se refieran: a) a la relación mirada entre los *socii* supervivientes y el que fallece; o b) a la relación de sociedad considerada respecto a los *socii* supervivientes solamente.

Y así tenemos en cuanto a a) las siguientes conclusiones:

1) La *societas* se disuelve siempre inexorablemente por muerte de un *socius* en cuanto contrato constituido con éste. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii*¹⁵²; *Adeo morte socii solvitur societas*¹⁵³; *Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit plures vero supersint*¹⁵⁴.

2) Ello significa, por tanto, que la condición de socio no se hereda, y que no puede continuar la *societas*—la misma *societas* en que estaba el difunto—con el heredero. *Societas quemadmodum ad heredes socii non transit*¹⁵⁵; *nec heres socii succedit*¹⁵⁶.

3) La razón de la regla se ve en aquella importancia primordial que la elección de persona tiene en esta relación, y que nos indican Gayo y Justiniano: *qui societatem contrahit certam personam sibi elegit*¹⁵⁷.

4) El rigor de la norma se mantiene incluso contra la voluntad de los *socii* formulada en el momento de la constitución de la

150. D., h. t., 63. 10.

151. Eod., 4, 1.

152. I, 3, 25, 5 = Gayo, 3. 153.

153. D., h. t., 59.

154. Eod., 65, 9.

155. Eod., 65, 11.

156. Eod., 65, 9.

157. Gayo, 3, 152 = I, 3, 25, 5.

societas: *ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat societati*¹⁵⁸; *nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit*¹⁵⁹.

5) Ello no significa, naturalmente, que, en cuanto a lo que pudiéramos llamar los negocios en marcha de la *societas* en el momento de fallecer un socio, su heredero, aunque no se le considere socio, no tenga los lógicos beneficios y soporte las correspondientes responsabilidades en relación con esos negocios. *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est*¹⁶⁰; *quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet, tam ab herede quam heredi praestandum est*¹⁶¹; *heres socii quamvis socius non est, tamen ea quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent*¹⁶².

b) Mirada la cuestión en relación con los *socii* supervivientes, tenemos:

1) El principio de la disolución se sienta también extendiéndole a la *societas* de *plures qui supersint*, que no continúa con un socio menos.

2) La regla, sin embargo, no es ya, en este aspecto de la *societas* entre los supervivientes, inderogable. La disolución se opera *nisi in coeunda societate aliter convenerit*¹⁶³. Por tanto, se puede convenir, en el momento de constituirse la *societas*, que ésta continuará, muerto uno de los socios, entre los supervivientes.

B) *La cuestión en la SOCIETAS PÚBLICANORUM* (D., *h. t.* 59 y 63, 8)

Recordado ya el régimen de la *societas* en general, veamos ahora las particularidades que en este aspecto presenta la *societas publicanorum*.

Comenzando por lo relativo a la continuidad de la *societas* entre los supervivientes, se afirma por los comentaristas que tal continuación se daba siempre en la *societas publicanorum*, sin que

158. D., *h. t.*, 59.

159. *Eod.*, 35.

160. D., *h. t.*, 63, 8.

161. *Eod.*, 65, 9.

162. *Eod.*, 40.

163. *Eod.*, 65, 9.

fuera preciso convenirlo en el acto de constitución, como acabamos de ver que sucedía en las demás. Así lo afirma, por ejemplo, MITTEIS: la subsistencia de la *societas* después de muerto un *socius*, entre los supervivientes *ist bei den Publikanen gewiss immer festgesetzt gewesen* (*op. c.*, p. 413). La afirmación no se apoya en ningún texto, y en los textos de la jurisprudencia clásica llegados a nosotros no creemos que esté formulada directa y expresamente. Pero aparece como natural consecuencia del carácter público de la actividad de la *societas publicanorum* esa continuidad de ésta hasta el término de la concesión. Cuando Paulo establece que *impleto tempore conductionis elocanda sunt*¹⁶⁴, implícitamente da a entender que hasta que ese término no se alcance, continúa el contrato de concesión inicialmente concertado aunque uno de los elementos individuales haya desaparecido. Puede pensarse que para las *societas publicanorum*, el efecto se conseguiría haciendo que lo que en las sociedades de otro tipo era la cláusula contractual libre convenida *in coeunda societate*, fuese en la *societas publicanorum* exigencia de la *lex conductionis*, y, por tanto, supuesto implícitamente aceptado por todos los *socii publicani*.

Pero donde la peculiaridad de la *societas publicanorum* aparece más precisamente indicada en los textos es en lo referente a la posibilidad de continuación de la *societas* con el heredero del *socius* difunto.

Los dos textos fundamentales son los que al principio mencionábamos. Tal como aparecen en el Digesto, dicen así:

“(h. t., 59): POMPONIUS, *libro duodecimo ad Sabinum*. Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait: in societate vectigalium nihil minus 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 aes-

“(h. t., 63. 8). ULPIANUS, *libro trigensimo primo ad edictum*. In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumentum successor est. Et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnus adgnoscat

¹⁶⁴ D., 39, 4, 9, 1.

timandum est. Quid enim, si is mortuus sit propter cuius operam maxime societas coita sit, aut sine quo societas administrari non possit?" quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis, sive postea. Quod non similiter in voluntaria societate observatur."

Ambos textos acusan interpolaciones, o corrupciones de otro tipo, que han operado sobre su redacción genuina.

Prescindiendo de momento de tales alteraciones, podemos retener la afirmación de ambos juristas de que, en la *societas publicanorum*, la sociedad puede continuar, después de muerto un socio, con el heredero del mismo, con tal de que la *pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit*—según Pomponio—; o bien—como dice Ulpiano—si el heredero hubiese sido *adscitus*.

Hay que descartar, desde luego, que, como se sostuvo por algún comentarista ^{164 bis}, la condición indicada por ambos jurisconsultos fuese requisito para la continuación de la sociedad entre los supervivientes. La exigencia se formula para que la *societas* perdure con el *heres*, ya que, como acabamos de decir, la continuidad de la *societas publicanorum* entre los supervivientes estaba determinada por las exigencias del arriendo.

Esto sentado, la primera cuestión que presenta la exégesis de los textos citados es la de saber qué es la *adscriptio* de la *pars defuncti ad personam heredis*, de la que habla Pomponio, y qué debe entenderse por el requisito de que el *heres* haya sido *adscitus*, indicado por Ulpiano. Y si ambos jurisconsultos aluden, con distintas palabras, a una misma formalidad, o a dos requisitos diferentes.

MITTEIS entiende que el *partem adscribere* de Pomponio y el *adsciscere heredem* de Ulpiano no son cosas distintas, sino idénticas; pero, en todo caso, si, ateniéndonos a un criterio filológico estricto, se entendiese que *adsciscere* parece implicar la idea de una selección o acuerdo por *cooptatio*, tendríamos que abandonar todo intento de explicar un pasaje por otro, ya que aludiría cada jurisconsulto a momentos o situaciones distintas. Mas MITTEIS niega esta idea de la *cooptatio*, y cree que los dos jurisconsultos aluden al mismo requisito.

Basándose en que *adsciscere* parece aludir a un acuerdo, bas-

164 bis. MATTHAEUS, ANTH., *De auctiom.*, lib. II, cap. VIII, § 6, citado por BURMANN, *op. cit.*, pág. 132.

tantes comentaristas creen que el requisito indicado consistiría en un acuerdo, bien entre el *heres* y los *socii* supervivientes, bien entre éstos únicamente, acogiendo al *heres* como *socius*. Tal concepción iniciada por CUYACIO¹⁶⁵, fué seguida por bastantes exegetas posteriores; *hoc enim*—decía BURMANN—*ex arbitrio sociorum pendebat, qui si heredem defuncti idoneum satis iudicarent, partem defuncti ipsi adscribebant, quo facto ipse etiam socius fiebat, si vero minus habilis videbatur heres, ipsi partem defuncti suscipiebant, communicato lucro et damno cum herede, atque tunc heres socius non erat* (*op. c.*, p. 132). Más modernamente, interpretaron la frase en el mismo sentido SALKOWSKI¹⁶⁶, PERNICE¹⁶⁷ y otros comentaristas.

Pero MITTEIS objeta que si al requisito se le da esta interpretación, ello supondría que había tenido lugar ya la disolución de la primitiva sociedad, y el acuerdo no tendría otro contenido que la constitución de una nueva *societas* con el *heres*; lo cual es posible siempre y no había por qué presentarlo como una peculiaridad de la *societas publicanorum*. El *oportere* empleado por Pomponio—*si pars adscripta sit ut heredi quoque conferri oporteat*—corroboraba, a juicio de MITTEIS, la idea de que el ingreso del *heres* es un derecho de éste cuya concesión no es ya potestativa para los *socii* supervivientes. Por ello defiende la idea de que el *partem adscribere* solamente puede significar una cláusula que figuraba ya de antemano en el primitivo contrato de constitución de la *societas publicanorum*, en el que se establecería que, muerto un *socius*, su heredero le sustituiría como miembro de la sociedad.

Ahora bien, ¿cuál sería la finalidad de tal cláusula del contrato? Porque, desde luego, no podía serlo la de evitar que, muerto un socio, su heredero, retirando el capital aportado, se desentendiese de todas las responsabilidades del contrato, dificultando o impidiendo la marcha de la sociedad. Como acabamos de hacer notar al exponer el régimen general de toda *societas* de cualquier clase que sea, las normas de este régimen general obligaban siempre al *heres* del *socius* a respetar y estar a todas las consecuencias

165. *Obs.*, 10, 25.

166. *Quaestiones de iure societatis praecipue publicanorum*, 114.

167. *Labeo*, I, 298.

y derivaciones de las relaciones iniciadas con antelación. Y el arrendamiento, objeto de la concesión, era una de ellas. Con *adscriptio* o sin ella, el *heres* está tan ligado al arriendo como lo estuviera el causante.

La finalidad, por tanto, tenía que ser otra: no la de asegurar una responsabilidad por repercusiones o derivaciones de actos anteriores a la muerte del *socius* causante. Y para MITTEIS esta finalidad era la de hacer del *heres* del *socius*, no un mero responsable como pasivo o al margen, sino un pleno y efectivo *socius*, con facultades directivas, de administración y representación para las relaciones externas, y con derecho de goce de todos los beneficios y prerrogativas que para los *socii* resultaban de la *lex conductionis*. Ello sin negar la posibilidad de que, en cierto modo, los demás partícipes en la administración de la *societas* pudieran excluir en ciertos casos a algún *heres*, no obstante la *adscriptio*.

La tesis de MITTEIS es coherente; aunque, claro es, siempre en el supuesto de que la *adscriptio partis* signifique lo que él conjetura, cosa que no es naturalmente incuestionable.

Tal vez—nos atrevemos a apuntar esta sugerencia—tanto el *adscribere* como el *adsciscere*, o por lo menos el primero, podrían ponerse en relación, no con un acto de los *socii*, ni con la *societas* como contrato, sino con atribuciones de la entidad concedente del arriendo y con este mismo arriendo; atribuciones que, proyectadas en la *lex conductionis* tendrían que ser acatadas—salvo la excepcional posibilidad de exclusión del *heres* en casos graves a que alude MITTEIS—por los *socii* supervivientes de una sociedad que, como la *societas publicanorum*, siempre se contrapone a otra cualquiera, tildando a ésta de *privata* o *voluntaria*, como queriendo acentuar el matiz publicístico que en la *societas publicanorum* se hace sentir. Con ello se explicaría bien el *oporteat* de Pomponio. La antigua glosa a este fragmento explicaba ya: *id est societas, ut ad heredem transeat, requiritur, ut sit vectigalium conductio, ut ea lege facta sit conductio ut heredes in eandem conductionem succedant, ut hic, addit Acursius, ut persona succedens sit idonea ut ipsi socii non tantum cum locatore vectigalium, sed inter se paciscatur*¹⁶⁸.

168. D. GOTHOFREDUS, notas al *Dig.* en la *editio Lugdunensis* de 1650

Las *leges contractus* reguladoras de la concesión tenían para los romanos un carácter, un fundamento, una eficacia y una forma, muy distintos a los de las *leges contractus* del Derecho privado¹⁶⁹. “Las relaciones jurídico-patrimoniales entre los particulares y el Estado—dice SCHULZ¹⁷⁰—se ordenan según el principio de autoridad. Derecho privado y Derecho procesal privado son aquí fundamentalmente inutilizables; la autoridad del Estado pasa estas relaciones jurídicas al ámbito del *ius publicum*. Muy especialmente esto es así en las relaciones jurídicas de los particulares con el erario. El Derecho válido no es aquí el Derecho privado.”

En tales casos, como fuente y fundamento de la eficacia de los negocios jurídicos celebrados entre el Estado romano y un particular, aparecía única y exclusivamente la *lex contractus* emitida por el magistrado: *lex censoria*, *lex de praedibus praedisque vendendis dicta*, *lex honorum publice vendendorum*, etc.¹⁷¹. “Gli effetti della manifestazione della volontà dei magistrati non sono fondati sulle stesse leggi che formano il fondamento dell’efficacia della manifestazione di volontà del privato. è necessario quindi cercare altrove la loro base giuridica” (PLACHY. *op. c.*, p. 77).

La deficiente redacción—indudablemente no genuina—en que han llegado a nosotros esos dos pasajes, acrecienta las dificultades de interpretación. En el de Ulpiano, la intercalación de la frase *licet enim socius non sit attamen emolumenti successor est*, señalada ya por FERRINI¹⁷² no dificulta el razonamiento a que acabamos de aludir, compatible fundamentalmente con todo el pasaje—quitando la frase final—y siempre que el inciso *nisi fuerit adscitus* sea genuino (MITTEIS. *op. c.*, p. 411, n. 74). De no serlo, habría que convenir en que Ulpiano exponía únicamente una característica común a toda sociedad—la que llamaríamos mera responsabilidad por de-

169. En la bibliografía moderna el tema fué inicialmente tratado por HEYROVSKY: *Ueber die rechtliche Grundlage der leges contractus bei Rechtsgeschäften zwischen dem röm. Staat und Privaten*, 1881; con posterioridad, vid. PLACHY: *Contributo alla teoria delle “leges contractus” del D. R. publ.*, en *Bull. Ist. D. R.*, XLVII, 1940, pág. 74 ss.

170. *Principien*, pág. 120-1 (pág. 154 de la trad. ital.).

171. HEYROVSKY. *op. cit.*, pág. 60, 1 (cit. por PLACHY).

172. *Bull. Ist. D. R.*, XIV, pág. 218.

rivaciones recayente sobre el *heres*—y el pasaje también sería congruente excepto en la frase final.

Esta frase: *quod non similiter in voluntaria societate observatur*, es la que resulta desconcertante e inexacta. Tanto, que, como dice MITTEIS, parece chocante incluso atribuida a los compiladores. De no coserla al *nisi fuerit adscitus*, y aislarlo todo con un paréntesis—... *observamus ut heres socius non sit [nisi fuerit adscitus, quod non similiter involuntaria societate observatur] verumtamen omne emolumentum...*—, lo cual sería mucha osadía, es verosímil la explicación de MITTEIS de que en el *sive vivo socio sive postea*, con que Ulpiano se refería a derivaciones de liquidación de obligaciones ya existentes, los bizantinos creyeron ver una alusión a empresas iniciadas después de la muerte del *socius*, y ello les indujo a la desdichada apostilla final.

En el fragmento de Pomponio, también es el final lo que resulta difícil de explicar. La frase *quod ipsum ex causa aestimandum est* es interpretada según la idea que cada comentarista se forme de la *adscriptio*. Para los que ven en ella una decisión de los *socii*, alude a la deliberación o reflexión sobre la admisión del *heres* como *socius*. MITTEIS se inclina más bien a creer que hay en el pasaje una frase suprimida o un cambio de sitio. El chocante final “se hace tolerable—dice—cuando de un modo o de otro se le relaciona con la regla de que *societas vectigalium manet etiam post mortem alicuius*, referida a la perduración del contrato entre los supervivientes, no a la posibilidad de un ingreso del heredero”¹⁷³.

173. MITTEIS dice también que “se comprende evidentemente que la cláusula del heredero no podía ser eficaz, o no podía serlo totalmente, si la autoridad, fundada en un derecho de inspección, no admitía al heredero como miembro o como gestor; pero precisamente eso, que era de esperar, no lo dice Pomponio” (*op. cit.*, pág. 413); ¿y si el *adscribere* y el *adsciscere* no fueran otra cosa que el resultado de ese derecho estatal?

VI

LA SOCIETAS PUBLICANORUM HACIA EL EXTERIOR

22. Las relaciones con el Estado: LEX LOCATIONIS

La relación entre la *societas publicanorum* y el Estado nacía en el momento de la adjudicación del arriendo y se trababa inicialmente entre el magistrado representante de aquél y el *maniceps*¹⁷⁴.

¿Qué posición adoptaría el Estado una vez realizada la adjudicación? ¿Indiferencia frente a los métodos que la *societas publicanorum* tuviese a bien utilizar para sus empresas, o vigilancia y supervisión de las actividades de los publicanos? Es obvio hacer notar que el Estado no podía ser indiferente en modo alguno ante las actividades que la sociedad se proponía desarrollar. El control ejercido por el Estado sobre las *societates publicanorum* se manifiesta en una serie de medidas, pero la base de todas ellas radica en las *leges censoriae*, especie de pliegos de condiciones establecidos previamente por los censores y a los que han de someterse los adjudicatarios de las distintas subastas.

La *lex censoria*—o *lex locationis* en general, pues puede ser establecida en su caso por otros magistrados que no sean los censores—determina las bases principales a que ha de sujetarse la actividad de la sociedad. Pero en muchos casos no se limita a señalar simplemente los cauces por los que habrá de discurrir la acción de los arrendatarios, sino que incluso aparecerán en ella ciertas cláusulas tendentes a evitar una posible adjudicación a personas poco idóneas, como antes hacíamos notar¹⁷⁵.

174. Vamos a prescindir de aquilatar el sentido exacto de las relaciones entre los diversos órganos del Estado en materia financiera. El problema del mayor o menor grado de sumisión de los censores al Senado y otros análogos quedan fuera de este trabajo.

175. Vid., por ej., Cicerón. *Verr.*, II, 1, 55, donde, si bien la introducción de una cláusula de este tipo es obra de un individuo tan poco recomendable como Verres el cual pretendía llevar a cabo con ello un sucio negocio, esto no debe inducirnos a pensar que tal adición supone una osadía más de aquél, sino que se trata de una práctica frecuente de la que, por otra parte, se pueden aducir algunos ejemplos más: así, Liv., 39, 44, 8, donde el magistrado es Catón.

A semejanza de lo que ocurre con los edictos de los magistrados¹⁷⁶, en muchos tipos de arrendamientos ciertas partes de las *leges locationis* se mantendrían invariables en sucesivas adjudicaciones, mientras otras serían innovadas o añadidas por los nuevos adjudicadores¹⁷⁷.

Las disposiciones contenidas en las *leges locationis* presentan un carácter vario, en consonancia natural con los diversos tipos de arrendamientos públicos que podían realizarse. Singularmente llaman la atención cláusulas como la que aparece en un pasaje de Plinio, la cual determina el número de obreros que podían ser empleados en la explotación de una mina de oro¹⁷⁸. Disposiciones como ésta revelan el grado de atención que el Estado concedía a las condiciones dentro de las cuales se habría de desenvolver la empresa de los concesionarios.

Pero hay, además, otro aspecto de las *leges censorias* que interesa consignar, y es el valor de sus cláusulas respecto a los terceros no arrendatarios. El censor fija los límites dentro de los cuales los arrendatarios harán valer los derechos del Estado contra los contribuyentes. Así, éstos pueden invocar la *lex censoria* para, en su caso, defenderse de las exigencias excesivas de los *publicani*. De aquí que existiese un general interés en que a estas *leges locationis* se las rodease de una publicidad suficiente.

El Edicto del pretor, por su parte, reforzó este respeto a las *leges locationis* en relación con la protección de los particulares contra los abusos de los *publicani* que *vi admerint* o *illicite exigerint*¹⁷⁹.

“La *lex censoria*—dice CUG—juega aquí el papel de un acto

176. Con respecto a analogías y diferencias entre *leges locationis* y edictos, vid. CUG, “*lex censoria*” en DAREMBERG-SAGLIO.

177. CICERÓN, *loc. cit.* (“... *video in multis veteribus legibus: Cn. Domitius, L. Metellus, L. Cassius, Cn. Servilius, censores addiderunt...*” y a continuación la alusión a la adición realizada por VERRES a que hacemos referencia en la n. 175.)

178. PLINIO: *Hist. Nat.*, XXXIII, 4, 78 (*Exstat lex censoria Victumarum curifodiuae in Vercellensi agro, quae cavebatur, ne plus quinque millibus hominum in opere publicani haberent*).

179. D., 39, 4; *Ed. Perp.* XXXII; LENEL, *Ed. Perp.*, II, pág. 115 de la traducción francesa; sobre la publicidad de las *leges censoriae*, MOMMSEN, *D. publ.*, IV, pág. 177, n. 3.

con doble finalidad: frente a los publicanos es un contrato; frente a los contribuyentes es una especie de edicto que les hace conocer la extensión de sus obligaciones o las dispensas que les son concedidas ¹⁸⁰.

Ello es exacto siempre que al señalar esta doble dirección en que se proyecta la eficacia de la *lex locationis* no se lleve demasiado lejos la equivalencia de la misma, como contrato entre los publicanos y el Estado, con la concepción iusprivatista del contrato. Hay, como antes hacíamos notar siguiendo a HEYROVSKY y a PLACHY, entre las *leges contractus* del Derecho privado y estas *leges contractus* de procedencia magistral, diferencias ostensibles de fundamento y de intensidad de efectos jurídicos. Al principio de la autonomía privada de aquéllas sustituye en éstas el de soberanía estatal. El que el Estado romano se sirva a veces de formas del Derecho privado para sus negocios jurídicos no implica identidad de fondo y efectos entre ambos tipos de negocios. "A las *leges contractus* de los magistrados van unidos efectos que no se pueden lograr con las típicas formas contractuales entre personas privadas, sea cualquiera el contrato o forma de que se trate. De las fuentes resulta que en los arrendamientos de vectigal, el derecho que el Estado tiene contra el contribuyente pasa al publicano como consecuencia de la concesión en tal medida que le viene directamente atribuido el *dare, oportere* o *debere*, mientras que el cedente del Derecho privado continúa con el crédito y el cesionario tiene sólo su ejecución y su exacción. Al publicano pasa, en cambio, el pleno derecho de acreedor, quedando el Estado excluido del mismo, y verificándose este traspaso sin conocimiento ni participación del deudor (Gayo, 4, 28 y *lex agraria*)" (PLACHY, *op. c.*, p. 77).

Otra circunstancia importante consiste también en la posibilidad que el Estado tiene de modificar en todo o en parte la *lex censoria*, aunque la adjudicación haya sido ya hecha. Concretamente, el Senado podía anular una *lex censoria* en vigor y dar orden para que se proceda a una nueva adjudicación (*ex integro locare*) ¹⁸¹, si estima que los términos de tal *lex* resultan difíciles

180. "*Lex censoria*" en DAREMBERG-SAGLIO, donde trata de modo especial la cuestión de la naturaleza contractual de las *leges locationis*.

181. LIV., XXXIX, 44.

de cumplir. No serían, sin embargo, muy frecuentes anulaciones de esta índole, pues al presentar el censor, o magistrado de funciones análogas, la *lex locationis*, los interesados en hacerse cargo del arriendo podían pedir, antes de que se efectuase la adjudicación, la rectificación de cláusulas que considerasen inadecuadas¹⁸².

La cesión de derechos del Estado a los *publicani* llevaba consigo la adecuada protección procesal. Característica es, en este aspecto, en el Derecho antiguo la posibilidad de ejercicio de la *pignoris capio: lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi romani adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent*¹⁸³. Y en el Derecho honorario el interdicto *de loco publico fruendo* con el que el pretor amparaba el ejercicio de las facultades concedidas *ei qui conduxit sociove eius e lege locationis*, ya que, como comenta Ulpiano: *ultra legem enim vel contra legem (locationis) non debet audiri qui frui desiderat*¹⁸⁴.

Otra circunstancia que condiciona especialmente las relaciones entre las *societates publicanorum* y el Estado es el carácter temporal de las magistraturas. Refiriéndonos concretamente a los censores, como magistrados tipo en este campo, recordemos que la censura tenía una duración normal de cinco años¹⁸⁵. Este hecho repercutía de una manera directa en la duración de los arriendos realizados por estos magistrados, y así nos encontramos con que las adjudicaciones se hacían para periodos de cinco años, lo mismo tratándose de *vectigalia* que de *ultra tributa*¹⁸⁶. Esta acomodación de los arrendamientos públicos al período de vigencia de cada censor tenía la finalidad de procurar que estos magistrados no encontrasen restringida su libertad de disposición a causa de arrendamientos, que, habiéndose otorgado por censores anteriores, estu-

182. Así los privilegios exigidos por los *publicani* a que se refiere LIV., XXIII, 49 (vid. *supra*, pág. 234), que se adicionarían a la *lex locationis* de los suministros a los ejércitos de España.

183. Gayo, 4, 28.

184. D. h. t. I, pr. y 3.

185. Sobre las irregularidades del periodo lustral, vid. MOMMSEN, *Droit publ.*, IV, pág. 14.

186. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Man. des Inst. rom.*, pág. 66; MOMMSEN, *loc. cit.*, pág. 149, estudia, sin embargo, arrendamientos de tierras públicas que se extienden más allá del lustro, dando la explicación de esta anomalía.

viesen aún en vigor. Ahora bien, tratándose de adjudicaciones de obras, y especialmente de nuevas construcciones, si en la *lex locationis* no se había podido disponer que los propios censores que la otorgaban se harían cargo de las obras antes del término de sus funciones, o, en su caso, dentro de una prórroga concedida al efecto, cree MOMMSEN que nada impediría realizar la contrata de manera que la recepción de las obras fuese hecha por los censores siguientes, o por otra autoridad designada en la misma *lex locationis* o *lex censoria*, o determinada por el Senado (MOMMSEN, *l. c.*, p. 144).

23. Las relaciones con terceros. La cuestión de la personalidad jurídica

Es corriente presentar como nota distintiva fundamental, entre la *societas publicanorum* y todas las demás modalidades de este contrato consensual, la de que en éstas últimas el contrato no afecta para nada a las relaciones con los terceros. Son los *socii* individualmente los que pueden tener derechos frente a los terceros y los que resultan obligados respecto a ellos. Para el tercero sólo hay individuos. Traba sus relaciones con Ticio, Mevio o Sempronio, no con la *societas* que ellos hayan constituido, ni con alguno de ellos en cuanto *socius* representativo. Empleando un tecnicismo jurídico actual, se dice que la *societas* romana corriente no constituye una persona jurídica.

Por el contrario, la *societas publicanorum* se suele alinear en la bibliografía moderna en la enumeración de las entidades que en el Derecho romano pueden considerarse como personas jurídicas. Afirmándolo unas veces con seguridad: "La personnalité juridique n'est accordée qu'aux grandes compagnies soumissionnaires des travaux publics et de la perception des revenus de l'État (*societates publicanorum*)"¹⁸⁷; otras en tono más dudoso señalando las *societates publicanorum* como un "tipo assai controverso di persone giuridiche"¹⁸⁸, y reconociendo que "no es seguro que las *societates* formadas por los publicanos o rematantes de impuestos y ren-

187. GIRARD, *Man.*, pág. 613 (8.ª ed.).

188. ARANGIO-RUIZ, *Ist.*, pág. 67.

tas públicas, salinas y minas del Estado, fuesen verdaderas corporaciones ¹⁸⁹.

Antes de entrar a examinar los textos en los cuales se apoyan tales conclusiones, conviene, para valorarlos debidamente, no dejarse arrastrar por hábitos mentales sugeridos por conceptos jurídicos modernos, aplicando o atribuyendo a dichos textos una terminología no del todo adaptable a los mismos.

A) *Premisas aclaratorias*

Porque ante todo es ésta una de tantas cuestiones que han sido mal enfocadas por el afán de llevar al Derecho romano conceptos abstractos a que ha llegado la técnica jurídica moderna y en los que los pandectistas pretendieron encerrar soluciones concretas y realistas de la jurisprudencia romana, aun a trueque de desfigurar y desvirtuar las genuinas concepciones romanas, por la preocupación de encajarlas en moldes de un tecnicismo a base de conceptos generales obtenidos por síntesis y de una sistemática anacrónica por excesivamente racionalista.

Tal sucede con el concepto de persona jurídica y las doctrinas sobre su naturaleza. Cuando nos preguntamos si la *societas publicanorum* fué o no en el Derecho romano una persona jurídica, aplicamos a los datos proporcionados por las fuentes, sobre unas cuantas soluciones prácticas concretas, una construcción teórica elaborada por canonistas y pandectistas que tiene muy poco de romana.

En realidad, ni siquiera del sujeto de derecho individual nos ha legado el Derecho romano ni un concepto general ni una terminología que abarque exacta y totalmente el supuesto ámbito del mismo. “*Caput*—dice DUFF ¹⁹⁰—se usó desde los tiempos primitivos para denotar la situación jurídica perdida por la esclavitud; pero su uso quedó como en sentido negativo y nunca oímos que un esclavo adquiriera *caput* por manumisión, y mucho menos que una ciudad o un *collegium* tengan *caput*.” Y el mismo autor, después de un examen de las diversas acepciones en que la voz *persona* aparece en las fuentes, resume así el resultado: “Hemos discurrido

189. SOHM, *Inst.*, pág. 184, n. 2 de la trad. españ.

190. *Personality in Roman Private Law*, pág. 48.

sobre todos aquellos usos de la palabra *persona*, que parecía había de arrojar luz sobre el desenvolvimiento de la personalidad jurídica, y la luz obtenida es extremadamente tenue. Algunos textos sugieren que *persona* puede ser usada para significar capacidad para tener derechos, o para tener alguno en concreto. Otros muestran una percepción de que el Derecho procede a veces como si allí hubiera un ser humano a quien investirle de derechos cuando en realidad no lo hay: o una inclinación a "personificar" una comunidad, a usar respecto de una ciudad un lenguaje literalmente apropiado sólo respecto de un individuo. Pero nunca es *persona* en realidad un término técnico. E igualmente nunca aparece que al usar la palabra el escritor tenga en su mente las ideas que suscitan en un jurista moderno las expresiones persona, personalidad legal, persona jurídica, capacidad jurídica. Por extraño que pueda aparecer, la palabra *persona* no juega ningún papel en la historia de la personalidad" (*op. cit.*, pp. 24 y 25).

Y es que el significado de ambas palabras se fué haciendo impreciso cuando se fueron difuminando las ideas originarias con las que hay que enlazarlas, distintas a las que despiertan actualmente, y que D'ORS en un reciente estudio explica de esta manera: "La máscara de los actores dramáticos se llama *persona*, y también son *personae* los sujetos caracterizados que aparecen en el drama del Derecho. Pero la palabra *persona* que designa propiamente esa máscara caracterizante deriva, precisamente, de las ceremonias funerarias de origen etrusco: es la máscara por la que se hace presente en el mundo de los vivos, para su memoria, la figura de los muertos, de los antepasados. El germen de la propia personalidad, de la personalidad que actúa en el mundo vivo del Derecho se entronca así en la perpetuación de un genio familiar... De ahí que, en el concepto romano de la personalidad jurídica, ésta tenga que ser considerada en íntima relación con la estructura familiar y a la vez con la sucesión hereditaria. Esa profunda conexión de ideas resulta destruída por la sistematización racionalista que ha influído en la pandectística... En la auténtica concepción romana no hay individuos, sino personas, entendiendo por tales los representantes de un genio familiar: los padres de familia"¹⁹¹.

191. Art. "Derecho romano" en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Sciv.*, Barcelona, 1949, pág. 18.

Si esto pasa con el sujeto de derecho individual, respecto a lo que hoy llamamos personas jurídicas, la carencia de un término técnico general es patente. No hay en el latín de los juristas una palabra o una expresión que pueda traducirse por la nuestra "persona jurídica". Por lo dicho anteriormente, se comprende que *caput* y *persona* no pasasen por la mente de los jurisconsultos romanos cuando discurrían sobre la posibilidad que tenía un *municipium* o un *collegium* de tener propiedad o ejercitar una *actio*. Para tal discurso les basta las palabras concretas *civitas*, *colonia*, *collegium*, *municipium*.

B) CORPUS y UNIVERSITAS en las fuentes

Cierto que aparecen usadas dos palabras más, elásticas, menos concretas: *corpus* y *universitas*. *Corpus*, si bien revela el apego del lenguaje jurídico romano a la forma humana, apego que le llevaba a hablar de *corpora*, cuerpos, cuando se encontraba con entes sociales en los que con dificultad podían imaginarse un *caput*, no puede decirse que sea un término jurídico técnico equivalente a "entidad corporativa". Sus acepciones son muy variadas, y sólo en un único texto del Digesto, del que luego hablaremos. MITTEIS cree que debe traducirse por "capacidad jurídica".

SCHNORR VON CAROLSFELD¹⁹² observa que *corpus* se presenta en tres acepciones:

1) La que él llama acepción del contenido (*Inhaltbegriff*), significando todo grupo humano con una cierta organización fija, aunque sea de tipo exclusivamente sociológico, no jurídico, con excepción del Estado y los municipios.

2) Otra acepción que alude solamente a la forma (*Formbegriff*) de una organización sociológica; en cuyo sentido abarca la organización del Estado y las corporaciones públicas.

3) Y por último, la acepción técnica estricta (*technisch eng*), equivalente a asociación, especialmente los gremios de oficios y, más tarde, las asociaciones forzosas del Bajo Imperio.

Nos parecen, sin embargo, más acomodadas a las fuentes, aunque sean menos precisas, las conclusiones a que llega DUFF, quien,

192. *Geschichte der juristen Person*, I, pág. 175.

criticando la delimitación de las tres acepciones señaladas por SCHNORR VON CAROLSFELD, observa que, si bien el sentido de la última es claro, el que pueda considerársela como la acepción técnica es cuestión distinta. Aun reconociendo la pluralidad de traducciones que en los textos jurídicos habría que dar a la palabra, la corriente pandectística bautizaba sin más esta última como *engerer, eigentlich technischen Bedeutung*¹⁹³, lo cual era conforme a la doctrina moderna de la persona jurídica, pero no resulta tan seguro que se acomodase a la manera de pensar de los jurisconsultos clásicos. "En cuanto a las expresiones *Inhaltsbegriff* y *Formbegriff*—dice DUFF con cierta ironía—no dudo que se acomoden al modo de pensar de un jurista germánico, pero le llevaría mucho tiempo explicárselas a Ulpiano" (*op. c.*, p. 34).

Para ALBERTARIO, *corpus* en la edad clásica, tanto en las fuentes literarias como en las jurídicas, significa la colectividad de miembros de un grupo, pero no el grupo mismo como sujeto jurídico diverso e independiente de los miembros que lo componen, es decir, como persona ficticia. Este último significado de *corpus* como concepto abstracto de unidad del ente distinto de los componentes, no es para ALBERTARIO extraño al Derecho romano, pero aparece en la época bizantina¹⁹⁴.

Según DUFF, *corpus* no es nunca un término técnico. Aparte su equivalencia a "cuerpo" = organismo anatómico-fisiológico, se extiende a todo conjunto de seres individuales conectados por alguna relación intrínseca, aunque no estén espacialmente unidos, sino *ex distantibus*, como dice Pomponio; pero *uni nomine subiecta*¹⁹⁵. Los juristas clásicos tenían la evidencia de que a algunos grupos o cuerpos la ley les consideraba aptos para tener propiedad y pleitear, y que, en este respecto, eran diferentes que otras agrupacio-

193. KORNEMANN, art. "Collegium", en PAULY-WISSOWA.

194. "Corpus" e "universitas" nella designazione della persona giuridica, en sus *Studi di D. R.*, vol. I, pág. 97.

195. Esta expresión de Pomponio no es muy acertada, dice DUFF, porque abarca categorías que nunca fueron llamadas *corpora* ("todos los hombres llamados Juan", "todas las montañas más altas que el Mont Blanch"), pero los ejemplos de Pomponio (*populus, legio, grex*) no dejan lugar a duda; los romanos, como los ingleses, y a diferencia de los alemanes, dice, eran malos definiendo, pero buenos poniendo ejemplos (*op. cit.*, págs. 26 y 27).

nes o cuerpos. Consecuentemente, cuando hablaban de *corpora* tendían a tener en su mente, en primer término, solamente estos grupos con derechos. “A veces *corpora* quiere decir solamente los gremios, *collegia*, que pueden tener propiedad y pleitear, no porque los otros cuerpos no sean *corpora*, sino porque estos otros cuerpos no son relevantes. A veces *decuriae* y *societas* eran relevantes y se incluían. Con esta extensión aparecía probablemente *corpus* en el Edicto, aunque la prueba de ello es débil. En tal acepción se encerraba a los *municipia*, y los otros cuerpos no aptos para demandar ni ser demandados eran irrelevantes, y por ello si existió una rúbrica tal como “*Quod cuiuscumque corporis nomine agatur*”, o “*Quibus permissum est corpus habere — quod eorum nomine agatur*”, debió de referirse a los *collegia* y quizá a las *decuriae* y las *societates*. A veces la extensión es mayor y *corpora* abarca los grupos de hombres políticamente organizados, el Estado, el Senado, la *plebs*. Todos ellos son cuerpos, y el determinar en cada caso cuáles son los aludidos, hay que deducirlo del contexto de la redacción, rara vez con precisión, porque en el escritor mismo el pensamiento es impreciso. Pero como los escritores juristas miraban siempre a un proceso, potencial o actual, los cuerpos a que, de acuerdo con ello, se refieren son los que pueden ejercitar acciones y defenderse; y cuando hablan de tales grupos o cuerpos, la palabra que utilizan como más adecuada es *corpora*” (*op. c.*, p. 33).

En cuanto al término *universitas*, puede señalarse entre los comentaristas modernos estas tres posiciones principales:

a) La palabra fué empleada por los juristas clásicos, pero nunca para referirse a agrupaciones o corporaciones privadas, sino a entidades públicas: un *municipium*, una *colonia*, una *civitas peregrina*, quizá también entidades menores—*pagi*, *conciliabula*, *fora*, *praefecturae*—e incluso el Estado¹⁹⁶.

b) El término es postclásico, y siempre que aparece en el Digesto tiene un cierto sentido técnico propio de los compiladores y extraño a los clásicos, y está, por tanto, interpolado¹⁹⁷.

196. KRUEGER, H., Z. S. S., XXIX, 1908, págs. 519-23.

197. Fundamentales en este sentido son los trabajos de ALBERTARIO: *Actio de universitate e actio specialis in rem*, y el ya cit. *Corpus e universitas*, etc.; así como SCHNORR VON CARLSFELD, *loc. cit.*, págs. 59-146.

c) Precisa tener en cuenta dos cuestiones: primera, lo que la palabra significa en cada pasaje; segunda, si está o no interpolada. *Universitas* no fué nunca un término técnico, y, por tanto, en cualquier época pudo ser usado para referirse a cualquier grupo, corporativo o no. Cuando el jurista hace resaltar que se refiere a un grupo "como tal grupo", normalmente alude a lo que hoy llamamos una entidad corporativa. Y ello es tan claro en un texto clásico, Gayo, 2, 11, como en cualquiera de Justiniano. A la inversa, en los siglos v y vi (C., 1, 23, 7, 2 con C., 2, 38, 2. 5), *universitas* podía usarse aludiendo a grupos que no eran entidades corporativas. Parece, por tanto, probable que ya los juristas clásicos, aunque acaso no el Edicto, usasen a veces, si bien no frecuentemente, *universitas* para referirse a un grupo como tal, no simple suma de individuos, y en tal sentido como entidad corporativa. En los juristas justinianeos este uso es más frecuente y el sentido más acentuado, pero no mucho más. Los compiladores estaban más familiarizados que los juristas clásicos con la idea de que las ciudades y los *collegia* eran, en algunos aspectos, semejantes, y más inclinados a generalizar para "todos los grupos" reglas que originariamente habían sido dictadas por separado para grupos de diferente clase. Pero, con todo, es un anacronismo suponer que el uso que Triboniano hace de la palabra *universitas* "implique una conciencia de las innumerables sutilezas cobijadas en una mentalidad alemana moderna con la expresión persona jurídica" (DUFF. *op. c.*, pp. 38 y 48).

Para nuestro tema, sea cualquiera el punto de vista que se prefiera, nos encontraremos, después de este repaso de las principales tendencias en esta cuestión del tecnicismo, con que, bien porque *universitas*—al menos con el sentido abstracto de los pandectistas—aparece en los textos en una época en la que realmente las *societates publicanorum*, con las características que tenían en la época republicana o en la del Principado, habían virtualmente desaparecido; bien porque el término nunca tuvo precisión técnica, siempre resultará que tal expresión puede ayudarnos poco y puede darnos poca seguridad para resolver la cuestión de la llamada personalidad jurídica de las *societates publicanorum*.

Y en general, por las razones antedichas, nos sucede lo mismo con las otras expresiones. Hay que renunciar a la idea de que

“los juristas de la antigua Roma tenían, como los de la Alemania moderna, un lenguaje técnico en el que la misma palabra significaba siempre la misma cosa. Esto no es exacto en la terminología jurídica inglesa, y parece que no lo fué tampoco ni en la romana ni en la bizantina” (DUFF, *op. c.*, p. 37, n. 4).

24. Los textos

Si los textos literarios y jurídicos que se refieren a los *publicani*, a sus actividades comerciales y administrativas, a sus intervenciones en las andanzas de la política romana, a sus abusos y exacciones poco limpias, a sus relaciones con los organismos públicos, y a otros aspectos variados, son bastante numerosos, resultan, en cambio, bien escasos los textos jurídicos que aluden, más o menos expresamente o sólo implícitamente, a la capacidad jurídica de sus *societates*.

Como ya decíamos al tratar del *actor*, podrán obtenerse conclusiones para las *societates publicanorum*, inducidas por analogía de lo que las fuentes refieren a entidades públicas, especialmente a los *municipia*, pero en realidad solamente son cuatro los fragmentos del Digesto que mencionan expresamente la *societas publicanorum*—o una sociedad que se puede conjeturar fundadamente que sea la *societas publicanorum*—como sujeto de derechos privados.

Dichos pasajes son los siguientes:

D., 3, 4, 1, *pr.* y 1 (Gayo).

D., 37, 1, 3, 4 (Ulpiano).

D., 46, 1, 22 (Florentino).

D., 47, 2, 31, 1 (Ulpiano).

A) Examen y crítica de los mismos

Ninguno de los textos es genuino, o, al menos, todos ellos son sospechosos.

Neque societas neque collegium—dice el primero de ellos—neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coeretur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi

corpora: ut ecce vectigalium publicorum socii permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est. veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt.

Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tanquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Las manipulaciones se acusan incluso en la rúbrica del título al cual pertenece el texto: *Quod cuiuscunque universitate nomine vel contra eam agatur*. Ya GRADENWITZ, receloso del término *universitas*, advirtió que esta rúbrica no estaría así en el Edicto. LENEL (E. P., § 34), aun reconociendo esto como probable, creía, en cambio, que no había motivo para rechazar el que la rúbrica figurase en los comentarios, admitiendo que los jurisconsultos autores de éstos empleasen, por tanto, *universitas* con un cierto sentido técnico. ALBERTARIO no la acepta ni en los comentaristas; y considera *cuiuscunque universitas* redacción de los compiladores (Vid. *Corpus e universitas...* ya cit.).

Dejando la rúbrica, que para nuestra cuestión tiene sólo una importancia indirecta, las anomalías del texto de Gayo empiezan por una de tipo gramatical, que precisamente afecta a la palabra más interesante para nuestro tema. *Societas*, en nominativo, que es como aparece en el manuscrito, resulta en la frase inicial inadmisibles. Por lo que, limitándonos a una mera corrección sintáctica, debería leerse "*societatem*". Pero, admitida esta corrección, la redacción del fragmento suscita dificultades de fondo, porque no tenemos la menor noticia de limitaciones e intervenciones de leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales respecto a la constitución de *societates*. La observación de Gayo, exacta para los *collegia*, no se comprende referida a las *societates*. Por ello, se ha propuesto otra corrección que resolvería al mismo tiempo la dificultad gramatical y la congruencia de la noticia gayana en cuanto al fondo,

sustituyendo *societas* por *sodalitium*; lectura aceptada por bastantes comentaristas¹⁹⁸.

Si tal era la redacción genuina del texto, éste perdería valor como apoyo de la personalidad jurídica de las *societates publicanorum*. Pero, como DUFF hace observar, esta corrección es incompatible con el punto siguiente del párrafo; porque los ejemplos aducidos por Gayo, que siguen a *ut ecce*, son *societates publicanorum* y sus elementos componentes *socii*. Tal incompatibilidad del primero y el segundo puntos del párrafo se solventaría aceptando la tesis, defendida por varios exegetas, de que los ejemplos aludidos no se refieren a *societates* concretas, sino al conjunto gremial de las gentes que, aunque formando distintas sociedades, se dedicaban a las empresas de arrendamientos públicos¹⁹⁹. Mas como MITTEIS (*op. c.*, p. 404 y 405 y n. 57) indica, la conjetura carece de pruebas, y no la es tampoco favorable el sentido literal del pasaje de Gayo. Cuando en el párrafo 1 el jurista nos dice que las agrupaciones aludidas tienen un *arca communis* y un *actor*, más lógico es suponer que esto lo tengan los *socii* en y para los negocios de las *societas*, que no en cuanto grupo gremial desconectado de sus empresas concretas. Si la *societas publicanorum* se asemejaba a los *collegia* en su supervivencia no obstante la muerte de un *socius*, también es presumible que el jurisconsulto señalase la semejanza en lo que hoy llamaríamos el goce de una cierta capacidad jurídica.

Admitido que no haya argumentos suficientemente probatorios para eliminar el que Gayo se refiriese efectivamente a nuestras *societates*, el otro aspecto de la crítica del texto no hace relación a la *societas* exclusivamente, sino conjuntamente con los *collegia*, y se centra en el "*corpus habere*", tendiendo a deterrainar su genuinidad y la significación que del contexto incorrecto y poco claro del fragmento pueda colegirse.

Prescindiendo de otras interpretaciones menos interesantes para

198. Vid. los trabajos de CONRAT, KRUEGER y ALBERTARIO citados en el *Index interpolationum* y su *Suplemento*; también, SOHM, *Inst.*, pág. 185 de la traducción española, y JOERS, *Röm. Recht.*, pág. 52, n. 52, aunque en tono dudoso; conjetura suprimida en la revisión de KUNKEI (vid. la trad. españ.).

199. CONRAT, *Zum röm. Vercinsrecht*, pág. 158.

nuestro tema, veamos brevemente, como más representativas, las tesis de ALBERTARIO, MITTEIS, JÖRS y DUFF.

Esta cuestión del significado de *corpus habere* en el texto gayano queda eliminada en la tesis radical de ALBERTARIO. Queda eliminada en el sentido de que no se precisa dilucidar lo que Gayo quiso expresar con tal frase, por la sencilla razón de que Gayo no la escribió. Con arreglo a sus conclusiones antes apuntadas sobre el uso postclásico de "*corpus*" y "*universitas*", el maestro italiano reconstruye así la redacción genuina del párrafo 1 del fragmento de Gayo:

Quibus autem <collegiis sodaliciis> permissum est [corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine] <coire> proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes arcam communem et actorem [sive syndicum], per quem tanquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Gayo, según esto, ni mencionaba la *societas*, ni aludía al *corpus habere*. El juriconsulto se limitaba a decir que a los que se les permitía agruparse, *coire*, en *collegia* o *sodalicia* se les reconocía un cierto patrimonio común, *res communes, arcam communem*, y la posibilidad de negociar, o más concretamente litigar, por medio de un representante, *actor*.

Mas, como antes indicábamos, la tesis del maestro italiano despierta estas objeciones: a) en primer lugar, parece prescindir de lo que Gayo dice en el segundo y tercer punto del *principium* de este fragmento, y concretamente de la frase "*ut ecce vectigalium publicorum... vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum*", en consideración a la cual resulta un tanto arbitrario eliminar toda referencia de la *societas* de las otras líneas del fragmento. b) En segundo lugar, acaso en el señalamiento de interpolaciones ALBERTARIO va más allá de su propia tesis, en el sentido de que parece también prescindir de que él no niega, naturalmente, que *corpus* se emplease en la latinidad jurídica clásica. Lo que afirma es que en ésta significaba la colectividad, no la unidad "*l'insieme dei membri che lo costituiscono, non il corpus stesso inteso como soggetto di diritto, diverso dai suoi membri*" (*op. c.* p. 113); asegurando que así se representaban también los romanos clásicos la *civitas*, el *municipum*, el *collegium*, simplemente como colectividades de

cives, de *municipes* o de *socii*, y que es "nel diritto postclassico giustiniano" cuando "la configurazione giuridica di questi aggregati si altera; ed è proprio la speculazione romano-ellenica che concepisce *civitates*, *municipia*, *collegia*, *corpora*, come soggetti giuridici a sè stanti: persone fittizie diverse dalle persone fisiche che le costituiscono" (*op. c.*, p. 116). Y, si esto es así, y si al surgir en el período romano bizantino la noción de la corporación como persona jurídica "l'età postclassica giustiniana non ha bisogno di foggiare termini nuovi, ma adopera termini classici in una nuova significazione" (*op. c.*, p. 120), parece natural que a una eliminación de la palabra *corpus* en los textos de juristas clásicos, deba preceder un cuidadoso análisis del sentido que la palabra tiene en el texto en cuestión, pues en muchos de ellos su equivalencia exacta a la noción canónico-germánica y moderna de persona jurídica estará sólo en la mente del jurista actual.

Por último, si la concepción clásica de la *civitas* y el *municipium* como simple colectividad de *cives* y *municipes*, no es obstáculo a la evidencia de que tuvieron *res communes*, *arca communis* y *actor*, cuya personalidad procesal reconocía el edicto, ¿por qué negar que Gayo pudiera decir que esto también era propio *ad exemplum rei publicae* de "l'insieme" de los *socii vectigalium publicorum, vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, vel salinarum*?

MITTEIS dió, en cambio, del "*corpus habere*", en este pasaje, la versión más cercana a los conceptos de la dogmática moderna. Para él es evidente que la frase "*quibus permissum est corpus habere*" se refiere a la capacidad jurídica. Reaccionando contra la opinión de que el jurisconsulto aludiese a una regulación restrictiva del *ius coeundi*, afirma que *corpus*, cuya genuinidad en el fragmento no discute, significa en él algo distinto a autorización o concesión *ex lege Iulia*—la ley que reglamentó la constitución de asociaciones desde el punto de vista administrativo o policiaco—. Si no se quiere—dice—atribuir aquí a Gayo una completa tautología, la palabra *corpus* no puede significar sino capacidad jurídica (*op. c.*, p. 401).

Esta versión de MITTEIS fué criticada desde distintos puntos de vista. Se hizo notar que no aparecía ningún otro texto en que pudiera señalarse a *corpus* esa significación de "capacidad jurídica".

Gramaticalmente, se oponía también la circunstancia de los diversos sentidos que había que dar a “habere” en el mismo fragmento, y lo mal que se avenía el *huiusmodi* y el plural—*concessa sunt... corpora*—con la versión de MITTEIS²⁰⁰.

JOERS, apoyándose en el sentido que *habere* tiene en expresiones análogas referidas a organismos públicos, que ilustra con frases recogidas de las inscripciones, del *V. I. R.* y del *Th. L. L.*—*senatum habere. comitum, contionem habere. collegium habere*—, traduce la frase como equivalente a “celebrar sesión”. Tal interpretación, aunque sin considerarla equivocada en absoluto, es juzgada como probablemente poco acertada por KUNKEL, el revisor del Manual de JOERS²⁰¹. Y se presenta también como incompatible con las referencias y los ejemplos de *societates publicanorum*, en las que el derecho de reunión no constituía un privilegio.

Más recientemente, DUFF da el significado de los párrafos *pr.* y *1* del fragmento de Gayo en la siguiente paráfrasis: “No a toda *societas* o *collegium* les está permitido *corpus habere*, es decir, tener propiedad corporativa y actuar por medio de un agente corporativo, en los litigios o en otros actos, del mismo modo que una ciudad. Este privilegio se rige por varias leyes, y está restringido a algunas de las grandes sociedades de contratistas y a algunos de los más importantes gremios mercantiles” (*op. cit.* p. 144).

Reconoce su autor que esta libre versión no se acomoda con exactitud a la redacción del pasaje tal como está en el Digesto, pero dado que tal redacción no puede tener en su estado actual traducción alguna correcta, las correcciones que supone su versión—dice—son mínimas, ya que, dejando inalterado el *1*, se reducen a las siguientes rectificaciones en la frase inicial del *pr.*: [*societas*] <*societati*> o bien <*societatibus*> *neque* [*collegium*] <*collegio*> o <*collegiis*> *neque huiusmodi* <*aliis*> *corpus passim omnibus habere conceditur*.

La tesis se diferencia de la de MITTEIS en considerar innecesariamente dogmática la afirmación de éste de que *corpus* tiene que significar aquí forzosamente “capacidad jurídica”. Basta con que consideremos adecuado que el jurisconsulto dé la denominación de

200. JOERS. *Röm. Recht*, pág. 52, n. 5.

201. JOERS-KUNKEL. *Der. Rom.*, trad. españ., pág. 107, n. 7.

“cuerpo”, *corpus* a lo que únicamente hace a un grupo, *collegium* o *societas*, como visible y tangible en el Derecho privado. El pensamiento del jurisconsulto, o el sentido del pasaje, no varía esencialmente porque *corpus* no se traduzca por “capacidad jurídica”, sino por algo similar a “entidad corporizada”²⁰². Tener la condición de *corpus* es para Gayo, sencillamente, poder tener, como una *civitas*, una propiedad común—¿de todos?, ¿del grupo como tal?; esta pregunta los jurisconsultos clásicos no se la formularon ni les hizo falta—, un *arca communis* y un *actor*, que, como el de las ciudades, pleitease e hiciese todo lo que el grupo necesitaba que hiciese.

Otro de los textos al principio apuntados en que aparece la *societas*—simplemente, sin apelativo, aunque unida a los *municipes*, las *decuriae* y los *corpora*—en conexión con el tema que nos ocupa es D., 37, 1, 3, 4 (Ulpiano):

A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio agnoscitur potest. Proinde sive actor eorum nomine admittat sive quis alius, recte competet bonorum possessio: sed et si nemo petat vel agnoverit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem praetoris edicto.

Aparte otras interpolaciones que aparecen en este fragmento²⁰³, la de la mención de la *societas* en el inciso [*et societatibus et decuriis et corporibus*], puede decirse que es unánimemente señalada, si bien algún comentarista, como SCHNORR VON CAROLSFELD, juzga *corporibus* genuino.

La interpolación se señala no sólo por razones externas—como la incongruencia entre *municipes* por un lado y *societas*, *decuria*, *corpus* por otro, y el sucesivo *eorum*, que referido en la redacción genuina a *municipes*, desentona en la del Digesto²⁰⁴—, sino por consideraciones que se relacionan con la evolución del Derecho hereditario romano, ya que la posibilidad de adquirir la *bonorum possessio* de los libertos difuntos, a la que se refiere el fragmento,

202. El juego de la palabra “body” con el adjetivo de raíz latina “corporate” hace difícil la traducción de las expresiones de DUFF (*op. cit.*, pág. 146).

203. Y que, como la de [*admittat*] [*petat*], ya señalada por CUYACIO, o la de todo el párrafo [*sed-fin*], indicada por muchos autores, no tiene interés directo para nuestro tema.

204. ALBERTARIO, “*Corpus et univ.*”, págs. 101 y 102.

ofreció dificultades, a las cuales alude, por ejemplo, otro fragmento de Ulpiano (D., 38, 3, 1, *pr.* 1), respecto a los *municipes*; por lo que la extensión a otras entidades corporativas debió hacerse ya en época bizantina ²⁰⁵.

El tercero de los textos contiene respecto a la *societas* la afirmación que tildaríamos de más doctrinal en orden a la cuestión que nos ocupa: la de que la *societas*, al igual que la herencia yacente, el municipio y la decuria *personae vice fungitur*:

D., 46, 1, 22 (Florentino). *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.*

También aquí hay unanimidad en considerar la expresión como interpolada. "Los textos—dice, por ejemplo, BONFANTE (*op. c.*, p. 219)—en los que la herencia es llamada *domina* o *persona*, en los que es parangonada con el municipio, los decuriones y las corporaciones son todos interpolados. Ya FERRINI (*Pand.*, p. 96, n. 1) había demostrado la interpolación de D., 46, 1, 22, confrontándola con el texto paralelo del mismo Florentino, D. 30. 116. 3, sacado también de las Instituciones del mismo jurista, en el cual el pensamiento se repite con las mismas palabras, pero la herencia no hace las veces de *persona*, sino de la persona del difunto, y el parangón con los municipios, con la decuria (que además es una institución bizantina) y con la *societas*, que no es siempre corporación, se omite. Aparece claro que aquel parangón pertenece a los compiladores, y que éstos, suprimiendo la palabra *defuncti*, han dado a la herencia yacente misma el carácter de persona. Florentino no repetiría sino la máxima acostumbrada de que la herencia representa al difunto. Siguiendo a FERRINI, DI MARZO llevó a cabo un elegante estudio exegético, eliminando agudamente todos los demás textos ²⁰⁶.

Por último, el fr. 31, 1, inserto en el tit. *de furtis* del Digesto (47, 2), se limitaba a decir:

Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus.

205. Vid. BONFANTE: *Corsò*, VI, pág. 294; SCIALOJA, *Diritto cred.*, 382, n. 1; SCHNOORR VON CAROLSFELD, *op. cit.*, I, 214; SOLAZZI, *D. cred.* II, 102, n. 2.

206. *Sulla dott. dell'eredità giac.*, en *Studi in on. di Scialoja*, II, pág. 51.

También en este fragmento de Ulpiano se ha indicado o insinuado como redacción genuina el cambio *societatibus sodaliciis*²⁰⁷. Pero realmente sin otras razones que la repugnancia general a admitir el término *societas* en parangón con los *municipia* y organismos análogos.

Aunque el texto no lo dice de modo directo, parece implicar que, en la hipótesis que enfoca, correspondería a la *societas*—lógicamente la *societas publicanorum*—el ejercicio de la *actio furti*.

B) Conclusiones

¿Qué conclusión puede obtenerse del examen de los textos aludidos en orden a la cuestión de la personalidad de las *societates publicanorum*?

Creemos que ante todo la cuestión no debe formularse con el prejuicio del concepto moderno y de su tecnicismo. Los juriconsultos romanos no elaboraron una teoría de la personalidad como abstracción, y mucho menos de lo que hoy llamamos persona jurídica. Lo cual no quiere decir que no fueran reconociendo derechos concretos a ciertos grupos humanos. Para ello les bastó contemplar las dos figuras que la realidad les ofrecía: Ticio y el Estado. Con esto, que entendían perfectamente, y un poquito de ficción, pudo ser construido un universo legal²⁰⁸.

Viendo lo que podía hacer y hacia el Estado, la analogía les fué llevando a soluciones prácticas sobre lo que hacían y podían hacer grupos similares: *civitates*, *collegia*. Y entendemos que a ello contribuyeron principalmente motivos de conveniencia política y administrativa. Todos los trozos dispersos, con parte de los cuales se elaboraría después la abstracción de la persona jurídica, van saliendo en Roma *ad exemplum rei publicae*. Y en esta escala de soluciones analógicas, que suponían concesiones de derechos, nos parece que no hay motivo serio para dudar que algunas se extendieron pronto a las grandes *societates* de publicanos, tan ligadas a las funciones del Estado. Ello no por la fuerza de una construcción doctrinal, sino por conveniencia y comodidad del Estado que con ellos trataba.

207. CONRAT, *Vereinsrecht*, cit., pág. 179, n. 73

208. MAITLAND, cit. por DUFF, *op. cit.*, pág. 226.

Si resulta anacrónico hablar de una personalidad jurídica de las *societates publicanorum*, nos parece, en cambio, que no hay razón suficiente para rechazar el que éstas tuviesen sencillamente *res communes, arcam communem* y que actuasen por medio de un *actor*. Los romanos no pasaron de ahí. Y, como dice DUFF (op. c., p. 236), "la primordial moraleja de toda esta historia es la de que en una comunidad pacífica y con estabilidad legal, una bien preparada, hábil y práctica raza de juristas puede construir una fuerte y eficaz estructura de normas legales y administración con una muy tenue base de teoría jurídica abstracta".

JUAN ANTONIO ARIAS BONET