

Código Penal Argentino. Zavalía. Buenos Aires. 2007.

Corpus Iuris Civilis. Traducido por Ildefonso García del Corral. Jaime Molina. Barcelona. 1889.

Diccionario de la Lengua Castellana. Academia Española. Séptima. Madrid. 1823

Sentencias de Paulo. Traducción de Santos A. Caminos. Facultad Derecho y Ciencias Sociales. Nacional de Tucumán. Tucumán. 1994.



A.D.R.A



PONENCIA



Aránzazu Calzada González

“Consortium erecto non cito consortes qui a communione discedere velint”

El régimen del contrato consensual de sociedad tal como se conoce en los dos últimos siglos republicanos tiene su origen en tiempos predecimvirales en el primitivo consortium erecto non cito y de su derivado consortium ceterorum, lo que parece indiscutible para la ciencia romanística.

En esta materia, como en tantas otras, el ordenamiento jurídico romano de épocas avanzadas tiene el punto de partida en la regulación consuetudinaria de la familia y, especialmente, en las instituciones centradas en el poder del paterfamilias, la primera situación que se presentaba plásticamente en la Roma primitiva como núcleo originario de numerosas instituciones posteriores, que fueron aclaradas e interpretadas en primer lugar, por la jurisprudencia pontifical y, a partir de mediados del s. III a.C., por la jurisprudencia laica, adaptando las instituciones jurídicas a las condiciones económicas y culturales de cada época.

En este sentido, el originario consortium inter fratres practicado desde la época monárquica y alto republicana correspondía a una estructura social de agricultores y pastores.

Es indudable, como dice Talamanca, que el régimen del *consortium ercto non cito* estaba profundamente influenciado por la fraternitas entre los consortes que sigue latiendo en las fuentes clásicas relativas a la *societas -ius quodammodo fraternitatis-*, y la introducción de un *consortium* entre extraños *ad exemplum fratrum suorum* muestra que la función del instituto era sentida como necesaria fuera del círculo de los *sui heredes*.

La función de las figuras asociativas servía tanto para la explotación en común de un patrimonio familiar a la muerte del *paterfamilias*, como para la puesta en común por extraños de algunos o de todos sus bienes para emprender una actividad económica, viéndose el *consortium ceterorum* en el espejo del constituido *inter fratres*, marcando esta huella familiar los tipos societarios de épocas más avanzadas.

Debemos pensar que una de las características de la *societas* clásica como la *affectio societatis* sería difícilmente explicable sin tener en cuenta los precedentes familiares de las primitivas figuras consorciales; asimismo el *consensus perseverans* que se exige en el Derecho clásico tiene mucho que ver con los precedentes consorciales familiares.

El avance de la jurisprudencia romana desde los tiempos anteriores a Tiberio Coruncanio -el primer *pontifex maximus* plebeyo en el 254 a.C. que según Pomponio fue el *primus qui publice profiteri-*, abrió la vía a la reflexión crítica de los juristas sobre su propio ordenamiento, dando lugar a la creación del Derecho como *scientia*, a lo que contribuyeron una serie de circunstancias histórico-políticas, como las victorias de Roma sobre Cartago a partir de la I Guerra Púnica en el 241 a.C. con la victoria naval romana en las islas Egades, que permitió intensificar las relaciones comerciales en todo el Mediterráneo, abriendo vías de contacto con diversos pueblos y etnias con la exigencia de nuevas reglas, más flexibles, aplicables en toda la *oikoumene*.

Resulta significativa al respecto la duplicación de la *pretura* en el 241 a.C. con la creación del *praetor peregrinus* -*qui inter cives et peregrinos ius dicit-*, aplicando las reglas de la buena fe internacional, que derivó en una serie de figuras que los juristas de época antonina vinieron a encuadrar decididamente en el *ius gentium* y cuyas primeras reflexiones teóricas venían del s. I a.C. Este fue el caso de la *societas*, poderoso instrumento para el desarrollo de la vida económica romana.

En esta sede nos fijaremos exclusivamente en la posibilidad de separación de los miembros del antiguo *consortium ercto non cito*, derecho admitido en época clásica para todo tipo de *societas* con sus respectivas particularidades dentro de cada clase.

A nivel jurisprudencial las noticias más amplias que tenemos sobre el origen y la evolución de las figuras societarias en el *ius civile* se las debemos a Gayo, muy lacónico en sus *Institutiones* veronesas 3,154, si bien ampliado gracias al feliz descubrimiento en Egipto de una importante

documentación papirológica (PSI XI, 1182), de cuya editio princeps se encargó Arangio-Ruiz, suscitando inmediatamente la atención de la romanística al añadir al *Gayo veronés* dos nuevos fragmentos que aportan noticias históricas sobre el antiquísimo *consortium ercto non cito*.

Gayo 3,154. *sed es quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. 154a. Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde caedere et secare <et dividere> dicimus. 154b. Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. in hac autem societate fratrum ceterorumve, quid ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem seivum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item usus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat...*

Ciertamente en estos nuevos fragmentos no se hace referencia a la separabilidad del *frater* en el *consortium*, pero esto significa, como piensa Aricò, que tal *consortium* fraterno fuera inseparabilis; entendemos que si el *consortium* se constituía inmediatamente, sin necesidad de contar con la voluntad de los *fratres*, por el mero hecho de la muerte del *paterfamilias*, no conllevaba la inseparabilidad de aquella figura primitiva, sino que se formaba lo que siglos más tarde los propios juristas romanos calificaron como *communio incidens*.

La cuestión del carácter voluntario o involuntario del *consortium*, a nuestro modo de ver, es una cuestión distinta de la separabilidad o inseparabilidad del mismo; la continuidad del *consortium* no era una imposición coactiva, sino que los *consortes* por su propia voluntad podían separarse, tal como se desprende de Gayo 3,154b al citar la *societas ceterorum* constituída ad *exemplum fratrum suorum*, pero que a diferencia de éstos, demostraban tener la voluntad consciente de fundar una *societas -societatem, coierint-*, mientras que los *fratres* se encontraban en situación de indivisión por el simple hecho de la muerte del *paterfamilias*, *consortium* que Gayo describe como *simul legitima et naturalis societas*.

Lo que Gayo quiere decir, a propósito de su exposición sobre los orígenes del contrato consensual de sociedad, es que hubo una forma societaria primitiva creada por la muerte del *paterfamilias* (*communio incidens*; comunidad hereditaria que sigue ocurriendo en nuestros días hasta que los herederos proceden a la división de la herencia), subrayando así el carácter involuntario de la incidencia de los hermanos en la comunidad familiar, que describe como *consortium ercto non cito*, y destacando la situación de *dominium non diviso*, para contraponer la *societas ceterorum* como acto voluntario de los *extranei* que libremente deciden constituir una

sociedad. De tal manera que los caracteres diferenciadores entre ambos tipos societarios no pueden centrarse en la divisibilidad o la indivisibilidad atendiendo al carácter voluntario o involuntario, respectivamente, de su constitución.

La explicación que mantenemos es que ambos tipos societarios eran divisibles; el mismo Gayo lo afirma al describir que con posterioridad a las XII Tablas, la división del *consortium familiar* se realizaba mediante una *certa legis actio*, que no podía ser otra que la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, encuadrada por la reflexión jurisprudencial posterior, una vez difundido el procedimiento formulario, entre las acciones divisorias -*actio familiae erciscundae*-, entendiendo por *legis actio*, no una específica actuación procesal, sino un *modus agendi ex lege*.

El texto gayano es muy significativo en lo que atañe a la divisibilidad de la herencia:

D. 10,2,1 pr. (Gayo 7 ad Ed. prov.) *Haec actio <familiae erciscundae> proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.*

Este fragmento presenta muchas incógnitas, en primer lugar porque no conocemos directamente el texto decemviral, aunque quienes lo han reconstruido lo colocan en la rúbrica 10 de la tabla V. ¿Es que con anterioridad a las XII Tablas el *consortium* era indivisible? ¿Tenían los hermanos que permanecer coactivamente en la indivisión?

Nuestra opinión es contraria a la tesis de la coactividad; el origen involuntario del *consortium* no significa que su mantenimiento en el mismo haya de ser forzoso; si los hermanos a la muerte del común *paterfamilias* pasaban a convertirse en *sui iuris*, adquiriendo plena personalidad como sujetos de relaciones jurídico-económicas, no puede admitirse que no tuvieran la posibilidad de separarse de la comunidad familiar para llevar adelante, por sí mismos, una vida económica independientemente de lo que hicieran sus hermanos.

Entendemos que las XII Tablas no innovaron completamente el ordenamiento jurídico sino que pusieron en conocimiento de todos los ciudadanos las reglas fundamentales de la convivencia, reglas jurídicas que hasta el momento habían estado en posesión exclusiva de los pontífices, y por tanto de los patricios, reglas que se iban formando en el seno de los *mores maiorum*, íntimamente unidas con la religión en los estadios primitivos de la sociedad romana. Con anterioridad a los decemviros los pontífices ya debieron idear los mecanismos para disolver la comunidad hereditaria, que como situación de comunidad, y así lo ha demostrado la experiencia, suele ser antieconómica por la dificultad que impone la concurrencia de varias personas en la administración del patrimonio común, sobre todo a la hora de las aportaciones de cada consorte para el sostenimiento de las cargas económicas de su gestión.

La defensa de la teoría de la divisibilidad del consortium no es una novedad, pues frente a tesis antiguas que sostenían lo contrario como Lastig, Leist, Karlowa, Fadda, Albertario, Frezza, Voci y, últimamente, Aricò, puede decirse que la opinión mayoritaria se inclina por su divisibilidad; basta releer a Pernice, Ferrini, Solazzi, Girard, Perozzi, y más recientemente, desde ópticas diferentes: Wieacker, Cornil, Hägerström, Albanese, Arangio-Ruiz, Gioffredi, Brogгинi, Torrent, Tondo y Talamanca.

No parece suficiente la explicación de Aricò, quien entiende que en todos estos autores la divisibilidad se basa en la voluntariedad de los consortes; de ser así, implicaría confundir dos momentos del consortium: en primer lugar, su fundación inicial debida al hecho fortuito (en su más puro sentido jurídico) que provoca la indivisión, esto es, la muerte del paterfamilias; y en segundo lugar, la duración o continuidad del consortium que requiere una continua voluntas de los fratres de permanecer en tal estado, por lo que al cesar aquella voluntad, el consortium se divide.

Las notas de *societas legitima atque naturalis* que Gayo adosa al *consortium erecto non cito*, son complementadas por la nota de *inseparabilis* con la que Aulo Gellio califica el antiguo consortium.

Gell. *Noctes Atticae* 1,9,12: *Sed id quoque non praetereundum est, omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur "erecto non cito"*.

El adjetivo *inseparabilis* es uno de los fundamentos más sólidos para quienes sostienen la indivisibilidad del consortium, pero dejando aparte el valor retórico de esta expresión en Gellio, que se está refiriendo a las sociedades pitagóricas, y la impresión aparente de que excluye la voluntad de las partes para una eventual división, este texto de ningún modo tiene preocupaciones de técnica jurídica, y Gellio trae a colación el consortium de modo incidental, por vía de simple comparación.

No creemos que el consortium se constituyera de forma coactiva, en cuanto que cada consorte tenía la facultad de pedir la división; simplemente se constituía una comunidad hereditaria a la muerte del paterfamilias que lógicamente permanecía como tal hasta la división.

Parece muy forzada la tesis de Collinet que considera que para constituir el consortium era necesario un acto especial de constitución, para lo que se apoya en Varron *De ling. Lat.* 6,64 s.v. *conserere manu*. Según Collinet era necesario un acto ritual en que los coherederos juntaban su manos sobre un objeto de la herencia, que la simbolizaba en su totalidad, pronunciando solemnia verba del tipo *erecto non cito vivamus*, solemnidad que extiende al consortium *inter alios*.

Esta explicación descarta el carácter por así decir automático de la constitución de la comunidad hereditaria para fundar el consortium sobre un acto de voluntad de los coherederos que de ningún modo encuentra fundamento en las fuentes. El problema no es la constitución del consortium que

entendemos constituido de modo natural e inmediato por la lógica de los hechos jurídicos: la muerte del paterfamilias; el problema que tratamos de dilucidar es la divisibilidad del consortium; de aceptar la tesis de Collinet quedaría despejado el camino para la separabilidad: si su constitución es voluntaria, igualmente debe ser voluntaria la división. Además, el complicado ritual que preconiza Collinet se topa con el obstáculo que fuentes jurídicas -Gayo 3,154a, 2,157 y Paulo D. 28,2,11- que nada dicen sobre ello.

Tampoco compartimos la explicación de Betti que implica asimismo un origen voluntario del consortium en el sentido de que cada uno de los consortes, mediante recíprocas *in iure* cesiones, constituía la situación de indivisión. Su argumentación es muy compleja y no parece que en época arcaica se manifestaran tan sutiles mutaciones jurídicas: cada uno de los *sui* reivindicando la herencia en calidad de *suus* frente a los hermanos que consienten en ello, constituyen de este modo la *societas erecto non cito*.

La argumentación de Betti podría encontrar una base en la dicción gayana del *consortium erecto non cito* como *societas legitima*, entendiendo que *legitima* califica el resultado final de la actividad voluntaria de los hermanos dirigida a la constitución del consortium, resultado logrado mediante el trámite de *in iure* cesiones que proporcionaba el ordenamiento romano.

A nuestro modo de ver el ordenamiento jurídico de época predecemviral no había alcanzado el exquisito refinamiento que logró a finales de la República, y no parece admisible entender *legitima* en el sentido propuesto, aunque desde luego sí puede entenderse *legitima* en el sentido de *societas* basada sobre los *mores maiorum* para explicar la primitiva indivisión hereditaria: los hermanos continuarían en situación de indivisión hasta el momento de la partición; sin embargo, esto no quiere decir que el consortium fuera un *societas legitima* coactiva e indivisible, sino simplemente que aquel primitivo consortium venía contemplado en los *antiqui mores* proporcionando un eficaz instrumento de cohesión familiar que perpetuaba el prestigio del *nomen familiae*.

Por otra parte parece claro que su finalidad era no romper la unidad del patrimonio que hasta ese momento había estado bajo la titularidad individual del paterfamilias, lo que para los hermanos implicaba la ventaja política de mantener el mismo rango económico que había tenido el causante, elemento fundamental a la hora de la clasificación individual de cada consorte en las clases de la organización centuriada. En este sentido hay que significar la importancia de las razones políticas para mantener la indivisión del consortium en época predecemviral, pero esto no quiere decir que hasta las XII Tablas fuera una *societas inseparabilis*.

Hemos de insistir en que no es una novedad defender la separabilidad del consortium; al respecto conviene recordar la conocida tesis de Riccobono de que las interpolaciones más célebres y frecuentes que se advierten en el Digesto provienen de la sustitución de términos solemnes del

antiguo *ius civile* por términos modernos del *ius gentium*; éste sería el caso del término *consortium ercto non cito* del antiquísimo *ius civile* -según Gayo *societas legitima atque naturalis*- sustituido probablemente desde el s. II a.C. siguiendo los requerimientos del *ius gentium* por *societas quae nudo consensu contrahitur*.

Por lo que interesa en esta sede conviene destacar la secuencia histórica en el campo societario que arranca del primitivo *consortium ercto non cito*, y a su estela inmediata, ya mejor documentada, la *societas omnium bonorum*. Ciertamente, ambas figuras reflejan una situación de indivisión, pero no coactiva ni eterna porque también llevan implícita la posibilidad de división con el consiguiente derecho de separación, tanto de los primitivos consortes como de los *socii* del contrato consensual de tiempos avanzados.

Desde este punto de vista no parece acertada la argumentación de Aricò de que la indisolubilidad del *consortium* sólo pudiera quebrarse por la muerte de un consors, por una disposición despótica del frater más fuerte que, despreciando a sus hermanos, hubiese dispuesto por entero en su testamento. La propia Aricò considera que la obtusa inflexibilidad de tal régimen tenía que haber originado en época antigua un elevado grado de insatisfacción, en cuanto la iniciativa testamentaria de uno de los consortes hubiese excluido a los demás de aquella titularidad que privaba tanto a los descendientes de los fratres premuertos como a los descendientes de los fratres excluidos de cualquier expectativa sucesoria sobre el patrimonio familiar. Para Aricò tal estado de cosas había podido subsistir en virtud de una *fides* entendida como recíproco reconocimiento entre hermanos de la medida de sus respectivas fuerzas, pero esta misma *fides*, que tendía cada vez más a presentarse como valor ético, lleva a ver en la indisolubilidad del *consortium* una iniquidad inaceptable que reclamaba con urgencia la intervención del legislador, colmando las XII Tablas esta exigencia con la introducción de la *actio familiae erciscundae*.

No participamos de esta idea de que hubiera que llegar a las XII Tablas para que los fratres —y con mayor razón los *extranei*- pudieran a *communione discedere*. Hay que admitir que las XII Tablas declararon la *actio familiae erciscundae* como el instrumento procesal oportuno para efectuar la *discessio*, pero no consideramos que con anterioridad fuera absolutamente imposible disolver el *consortium*, porque de existir —y lógicamente debieron de existir- desencuentros entre los consortes o simplemente mejores expectativas económicas actuando cada uno —o todos los consortes- independientemente de los demás, los pontifices tenían que haber proveído su separabilidad con anterioridad a las XII Tablas. Los *mores maiorum* preveían que a la muerte del *paterfamilias* sus hijos devenían *sui iuris* con plena independencia jurídica y económica, por ello, tuvieron que hacer posible la disolución del *consortium* cuando por diversas razones conviniera a los hermanos (desavenencias entre ellos, búsqueda de independencia, necesidad de emprender nuevos negocios

con lo que les correspondiera de la herencia familiar, etc.).

Indudablemente las XII Tablas facilitaron la división mediante la *actio familiae erciscundae*, la acción divisoria más antigua entre los instrumentos procesales divisorios romanos; pero éste no es el problema que nos ocupa, sino la posibilidad predecemviral de división; lo que debemos dirimir en este trabajo es si se realizó mediante acuerdo amistoso, como proclama Michon, o considerando que necesariamente debía existir algún expediente procesal, como piensa Gioffredi, entendiendo inverosímil que las XII Tablas hubieran creado *ex novo* una acción para relaciones no tuteladas anteriormente.

Para Cornil y Albanese originariamente la división requeriría el acuerdo efectivo de todos los consortes, de modo que la innovación de las XII Tablas se habría limitado a introducir el principio de que cada uno podía pedir la partición independientemente de los demás. Sobre todo se apoya Albanese en Quintiliano *Inst. orat.* 7,3,13: *clarigatio ercti citi*, que plantea en primer lugar el oscuro significado de *clarigatio*, término muy antiguo de impronta publicística y religiosa. En época primitiva el término estaba en relación con el ritual de la declaración de guerra a cargo de los sacerdotes fetiales, que trasladado al *consortium* indicaría -según Albanese- la intimación por parte de un miembro del consorcio a los otros para proceder a la división. Para Torrent es muy hipotética esta explicación, pues simplemente Quintiliano se limitaba a ejemplificar términos oscuros de la lengua latina.

Ciertamente no es fácil ofrecer una explicación completamente satisfactoria para aclarar la divisibilidad del *consortium* en época predecemviral, y el *excursus* histórico de Gayo no es muy aclaratorio, pues se limita a constatar la existencia antiquísima -olim- de una forma societaria que presenta como primer embrión de lo que llegó a ser la *societas* de los tiempos clásicos; tampoco contribuye a clarificarlo la oscuridad de las nociones de *hereditas* (ni su contenido: si sólo se refería en época primitiva a los *commoda* sin recoger los *incommoda*; como tampoco se aclara la prioridad de la sucesión *ab intestato* sobre la testada) y *dominium*, que en nuestro campo y por lo que se refiere a la época del *consortium* solidario primitivo, lleva a delinearlo como “*proprietà plurima integrale*” en terminología actual italiana, cuyas primeras teorías son de los últimos tiempos republicanos.

La impresión que dan muchas explicaciones actuales es que pretenden reconstruir instituciones de tiempos arcaicos con conceptos suficientemente evolucionados de finales de la República, trazando en este ámbito ciertas líneas paralelas entre el *consortium* primitivo y la posterior *societas omnium bonorum*.

Podemos dar por sentado que con anterioridad a las XII Tablas raramente se recurría a otorgar testamento debido a las dificultades de los dos *genera testamentorum* primitivos citados por Gayo

2,101: in calatis comitiis e in procinctu, por lo que la regla general debió ser la sucesión ab intestato que en caso de pluralidad de sui sucedían colectivamente, formando un consortium erecto non cito, constituyendo una primaria naturalis societas a la que alude Gayo 3,154a; de tal modo, como se desprende de la información combinada de Gayo 2,157 y Paulo D. 28,2,11, que no parecía que se hubiera producido el fenómeno hereditario -ut nulla videatur hereditas fuisse dice Paulo-, sino que se producía una continuatio domini en cuanto los hijos viviente patre eran quodammodo domini del patrimonio familiar.

Creemos que deben entenderse los términos quodammodo domini sin carácter prescriptivo sino meramente descriptivo; en todo caso, es evidente que apuntan claramente al carácter familiar de la primera forma societaria y no puede negarse el carácter familiar de las antiquísimas relaciones asociativas, de donde los autores alemanes han querido derivar paralelismos con la “Hausgemeinschaft” germánica de tiempos medievales, como tampoco puede negarse las relaciones entre communio y sociedad.

Para los autores germánicos a partir de Wieacker, el consortium era una “Hausgemeinschaft” en el sentido de “familienrechtlicher Verband”, tesis revisada por Kaser que entiende que “eine so vollkommene Vergemeinschaft aller Vermögensgutter” entre los consortes consistiría simplemente en un reflejo de la “vollkommene Lebensgemeinschaft” propia de la economía agraria primitiva romana. Con la fundamentación de esta “Lebensgemeinschaft” familiar se ha explicado el importante poder dispositivo de cada consorte (Gayo 3,154b); sobre este plano se mueve Bretone que ve en el vínculo personal de fraternitas que cohesiona a los consortes el fundamento del amplio poder de disposición de cada uno; también desde ideas muy cercanas, Tondo entiende que los factores que inspiran el régimen particular patrimonial consorcial son la “fraternità” y la “suità”.

El régimen de administración del consorcio es muy significativo y, desde luego, distinto del que regirá en la societas omnium bonorum posterior. Si, como señala Torrent, el nuevo Gayo 3,154b hace referencia a un régimen solidario en el que todos los consortes tienen idénticos poderes en orden a la administración, poderes amplios en cuanto que uno cualquiera de los consortes manumitiendo un esclavo común hacía adquirir a todos el derecho de patronato sobre el mismo, y haciendo mancipatio de una cosa común el comprador adquiriría válidamente la cosa, indudablemente este régimen está en abierta oposición con los principios clásicos (cada socio puede realizar actos de disposición válidos exclusivamente en relación a su cuota).

Por ello la primitiva facultad dispositiva de cada consorte no puede explicarse de otro modo que recurriendo al vínculo familiar que unía a los hermanos, todos situados en una posición jurídica igualitaria. Así, no compartimos la hipótesis de Solazzi de que unus -ex consortes- al que alude Gayo sea el administrador al que los demás hubieran confiado la gestión patrimonial, hipótesis

basada en la situación de las societates posteriores. Para Solazzi no es cierto que el consortium hubiera podido vivir y florecer sin la persona de los administradores; pero si se admitiera esta tesis se negaría la absoluta paridad entre los miembros del consorcio ligados por lazos de fraternidad.

Este régimen solidario de administración del consortium se ha querido poner en un mismo plano con la colegialidad entre magistrados y, específicamente, con la actuación de la doble figura consular con iguales poderes, aunque moderados por la *intercessio* entre magistrados de *par maiorve potestas*. El problema había sido suscitado por Bonfante que había puesto de relieve las analogías entre el dominio plúrimo integral de los consortes y la titularidad colegiada del *imperium* de los magistrados; pero la única analogía entre el consortium doméstico y la colegialidad de los magistrados es la legitimación para el pleno ejercicio del poder al que estaban legitimados todos los consortes y los magistrados colegiados.

Este fenómeno que no deja de ser sorprendente al poner en un mismo plano figuras propias del derecho privado patrimonial con figuras constitucionales, para explicar que no se fraccionaba ni el *dominium* ni el *imperium* o, desde otro punto de vista, que el ejercicio del poder en el campo privatístico y publicístico se practicaba de forma solidaria.

El problema desde el ángulo privatístico se ha pretendido solucionar quizá de un modo demasiado simple, sosteniendo que aquel ejercicio solidario del poder en el consortium era debido a la inexistencia en época arcaica de la idea de cuota típica de la comunidad romana en tiempos más avanzados que, siglos más tarde, la doctrina jurídica colocaría en la base de la distinción entre la comunidad romana y la comunidad germánica, aunque ya veía Fadda, refiriéndose a la comunidad romana, que la idea de cuota era “*troppo sottile*”.

No compartimos el planteamiento del problema que hace Aricó cuando afirma que el estudioso debe examinar el paso de un único titular del poder (*rex*, *paterfamilias*) a una pluralidad de sucesores (*consules*, *fratres sui*), supuestos en los que el poder (*imperium*, *dominium*) en vez de fraccionarse, correspondía íntegramente a todos los titulares como si cada uno fuese todavía el único titular. Este problema se plantea con toda crudeza en el consortium donde los *fratres sui* suceden al *paterfamilias*, y tiene un fundamento distinto en el caso de los *consules*, en primer lugar porque sólo duran un año en el cargo y, además, porque responde a motivaciones políticas frente al antiguo poder vitalicio del rey.

Por otro lado, la unidad del poder no debía provocar graves interferencias entre los cónsules, en cuanto que normalmente uno permanecía en Roma y otro estaba dirigiendo las campañas bélicas, aparte de otros sistemas como el reparto del poder por turno o por sorteo entre ambos. Éste por tanto no es el problema, ni tampoco parece muy útil recurrir a los paralelismos entre el derecho público y el privado, sino examinar el poder solidario e íntegro de cada uno de los consortes en la

administración del patrimonio familiar muerto el paterfamilias, que tiene unas connotaciones sociales, religiosas y patrimoniales centradas en torno al papel de la familia primitiva cuyo principal medio de subsistencia era la explotación del fundo familiar (heredium).

Para explicar el dominio plúrimo integral de los consortes resulta más interesante la idea de la inexistencia primitiva de cuotas en la comunidad, tal como explica Arangio-Ruiz al exponer que quien ha organizado la comunidad familiar según el criterio del condominio solidario (si bien no precisa quién lo ha organizado, entendemos que habrían sido los mores maiorum interpretados por los pontífices), no lo habría hecho para imponer a los hermanos un régimen caprichoso e indudablemente incómodo, sino porque ninguno había pensado en la posibilidad de un condominio parcial, en el que los condóminos pudiesen realizar actos de disposición únicamente sobre su cuota.

Por el contrario Aricò, lamentando que la ciencia romanística no haya concedido a este tema la atención que merece, piensa que de haberse hecho así, habría desvelado la imposibilidad de dividir el patrimonio consorcial en los tiempos más antiguos, en cuanto que dominio plúrimo integral e indivisibilidad son dos aspectos del régimen originario del consorcio por el mero hecho de que en aquella edad remota faltaba la idea de cuota o pars pro indiviso; sin embargo Aricò no resuelve si aquella pretendida indivisibilidad procedía del llamamiento hereditario forzoso o de la dificultad abstracta de tener en cuenta fracciones numéricas del patrimonio consorcial.

Obviamente si no se conocían cuotas pro indiviso, la situación jurídica dentro del consortium tenía que ser una *communio*, situación muy marcada por la impronta de instituciones familiares y hereditarias que, en tiempos posteriores y desde un punto de vista dogmático, trazará muchos puntos de conexión entre los respectivos campos de la *communio* -derechos reales- y la *societas* -derechos de obligación-, o sobre un terreno más concreto, planteará si la *communio* era una forma de copropiedad o de *societas* y si se trataba de una *societas* su eventual diversificación *re contracta* o *consensu contracta*.

De la inexistencia en época antigua de la concepción abstracta de cuota, pretende derivar Aricò no sólo que era irrealizable la división del primitivo consortium sino que era incluso inconcebible, lo que no parece convincente: la *communio* lleva ínsita la posibilidad de división, que el pensamiento matemático desde antes del s. V a.C. expresaba en guarismos decimales finitos y periódicos, probablemente introducido en Roma por influencia griega -o de las ciudades italianas de la Magna Grecia- suficientemente documentada en época decemviral, pero asimismo en época anterior, incluso durante la monarquía a través de los etruscos.

Como señala Aricò, sin entrar en problemas de definición dogmático-jurídica, se puede observar que la cuota está generalmente representada con el significado numérico de fracción, símbolo ligado a la operación también simbólica de la división expresada en cifras, ya sea en el sentido de que la

fracción sea una cuota parte que se extrae de la división del numerador por el denominador, o sea en el sentido de que mediante la división del uno por el otro, se transforma en un número decimal.

Tampoco nos parece exacta la afirmación de Aricò de que supuestos estos datos referidos anteriormente, ni la cultura arcaica ni toda la romanidad globalmente considerada llegó nunca a alcanzar; en todo caso, se le puede oponer que encontramos concepciones matemáticas en Vitrubio, y que era suficientemente conocida en Roma el álgebra pitagórica. Se contradice además la propia Aricò cuando afirma que “naturalmente non si vuol con questo negare che già in età assai remota si sia arrivati a concepire una divisione che non fosse puramente materiale, ma di tipo matematico-speculativo”.

Carecemos de la suficiente formación matemática para entrar en discusiones especulativas, pero sí sostenemos que el *consortium* era divisible en época predecemviral, y que la división tenía que realizarse en fracciones de terreno consorcial o en signos de valor, si éste fuera el acuerdo de los consortes, fueran éstas el *aes signatum*, o la moneda divisionaria, a partir de las primeras emisiones propiamente romanas desde el s. IV a.C. con distintas ponderaciones en las aleaciones metalíferas, siguiendo probablemente influencias de las monedas de la Magna Grecia.

Precisamente Aricò considera que la introducción en Roma de la moneda acuñada separada del *aes* como unidad de medida real, es un cambio, una suerte de proyección intelectual en la pluralidad ideal de sus partes, de manera que mientras no se llegó a conquistar este importante instrumento cultural que permitió conjugar racionalmente pluralidad de herederos y unidad del patrimonio, no hubo, ni podía haber, otra fórmula de mediación al margen de aquella –incómoda e ilógica- del dominio plúrimo integral, por lo que de ninguna manera en una época que ignoraba la idea de cuota había posibilidad de cesar el *consortium* mediante una división del patrimonio común.

Para confortar su tesis Aricò trae a colación a Talamanca cuando afirma que “nella divisione la rilevanza della quota è praticamente ineliminabile”, pero olvida que Talamanca entiende la idea de cuota de gran antigüedad, por lo que da por presupuesta la división desde épocas anteriores, aunque Talamanca no acierta a comprender qué medio coactivo de división del *consortium* pudiera existir antes de la *actio familiae erciscundae decemviral*; Aricò incluso niega que fuera posible la división ni siquiera con la introducción de la *legis actio decemviral*.

Cuestión diferente es si la *discessio inter consortes* podía basarse en la idea de cuota, idea que agrada a Talamanca, y que por nuestra parte no vemos con tanta claridad. El tema está suficientemente delineado en las fuentes clásicas que consideran el condominio como partes pro indiviso, y de ahí los problemas de la enajenación por un condómino, o bien de toda la cosa, para lo que necesitaba contar obviamente con el consentimiento de los demás condóminos, o en todo caso con su adhesión, o únicamente de su cuota; se trata de un problema eminentemente civilístico que

sin duda tiene un remoto punto de partida en la *discessio del consortium*, practicada antes de las XII Tablas y con reconocimiento procesal a partir de éstas.

Resulta muy significativo que el antiguo *aes rude* -lingotes de bronce en bruto entendidos como signo de valor-, pasara a convertirse en *as* -monedas de bronce de peso variable, de forma que el *as* pasó a ser signo de valor válido para todo tipo de transacciones; también es muy sintomático que los juristas comenzaran a aplicar el nombre de *as hereditarium* a la hereditas en su proyección material y económica, obviamente divisible según Ulpiano en 12 uncias, y las cuotas hereditarias vienen divididas por los juristas en *sextans*, *quadrans*, *triens*, etc. (cfr. Ulp. 6 Reg. D. 28,5,51,2). Tampoco creemos que Ulpiano innovara al hacer estas precisiones que ya debían ser muy corrientes en el s. I a. C., como lo demuestra que primer texto se extraiga de sus comentarios a Sabino.

La división hereditaria viene de muy antiguo, como hemos dicho anteriormente, de época predecemviral, problema que tuvieron que ir aclarando los pontifices suministrando las XII Tablas la acción procesal pertinente para ello; sin embargo, es absurdo pensar que con anterioridad los consortes estuvieran obligados coactivamente a permanecer en la indivisión, porque de aceptar la opinión contraria los interrogantes son muy numerosos: ¿Durante cuántas generaciones? ¿Sigue subsistiendo el *consortium* con los descendientes del hermano premuerto? ¿El *consortium* constituye una comunidad destinada a perpetuarse durante varias generaciones: los inmediatos *sui heredes*, sus respectivos *sui* a la muerte de sus ascendientes, y así sucesivamente?

En la doctrina romanística hay opiniones variadas y la posibilidad de esta acumulación de generaciones sobre un mismo patrimonio consorcial había sido admitida por Rabel, Arnó, y Arangio-Ruiz, pero son más convincentes los argumentos contrarios de Bretonne, Tondo y Talamanca ; sobre todo Talamanca aporta un argumento que nos parece irrefutable: “non si hanno tracce nelle fonti dell’esistenza di grossi raggrupamenti familiari cui si applicasse il regime del nostro istituto, il che sarebbe stato inevitabile nel caso che il *consortium* si perpetuasse per varie generazioni”. Desde nuestra perspectiva la tesis de la indivisibilidad está en contradicción tanto con el individualismo de la sociedad romana, que a la muerte del *paterfamilias* sus hijos se convierten en *sui iuris* con plena autonomía negocial, como con el carácter antieconómico de tales agrupaciones.

La propia Aricò se da cuenta de lo absurdo de aquellas latas comunidades consorciales familiares cuando dice “ci si permetta di obiettare che *inscindibilità* non significa affatto *inestinguibilità* del *consortium*”, apoyándose en el nuevo Gayo que sólo habla de una *societas fratrum suorum*, y por tanto no extensible mas allá del círculo de los *fratres*, siendo dentro de este ámbito donde Aricò entiende indisoluble el *consortium*, aunque contradictoriamente admite su cese si muriendo todos los hermanos menos uno, el sobreviviente se convierte en propietario de todo el

patrimonio.

Creemos que esta doctrina no se sostiene, porque de ser así el sobreviviente no sólo se apropiaría de todo el as hereditario, sino de lo adquirido por los hermanos premuertos que iba acreciendo al consorcio, cuya estructura adquisitiva ha sido explicada claramente por Talamanca: “<el consortium ercto non cito> si trattava una comunione dinamica, non limitata ai beni che ne erano originariamente l’oggetto (perchè rientravano nell’hereditas deferita ai sui o perchè appartenevano ai soggetti che costituivano la comunione con la certa legis actio), estendendosi, con effetti di carattere reale, anche a quelli sucesivamente adquiriti dei singoli consortes” .

Desde este punto de vista, es evidente la inspiración en el consortium ercto non cito de la estructura adquisitiva comunitaria de la posterior *societas omnium bonorum* una vez superada la etapa económica de la monarquía etrusca y la alto republicana consistente en la explotación del ganado y de los fundos rústicos, y así lo ha señalado Torrent explicando las turbaciones clásicas sobre la *communio* y la discusión jurisprudencial a propósito de su consideración como *societas re contracta* o *consensu contracta*. Torrent pone de relieve la secuencia histórica *consortium-communio-societas* en el sistema de Sabino, en el que la *societas* venía tratada como apéndice de una institución civil antigua: la *communio*; también le parece probable que la fórmula del pretor urbano para la *societas* estuviera inspirada en el *consortium ercto non cito*, institución civil y no en una fórmula del pretor peregrino, insistiendo en el carácter prodrómico del *consortium*, tanto en la *communio* que en tiempos históricos es algo más que la simple copropiedad, como en la *societas consensual*, y cierto consensualismo ya se apuntaba en el *consortium ceterorum* (*societatem coierint*).

El mismo régimen de administración solidaria del *consortium* legitimaba a cada hermano para actos de disposición total, tanto sobre adquisiciones como para actos que mermaban el patrimonio consorcial, y al respecto es muy significativo el ejemplo de Gayo 3,154b: la *manumissio* de un esclavo común por uno de los consortes que atribuye la libertad al esclavo y correlativamente el patronato de todos ellos sobre el liberto, por lo que aparentemente podría derivarse de todos estos poderes que fuera inconcebible que algún *frater* tuviera la facultad de exigir la división; ciertamente que el nuevo Gayo nada dice sobre ello, como tampoco se refiere a la existencia de un *ius prohibendi* que sería esencial más tarde en el régimen de la *societas omnium bonorum*.

Según Talamanca si las adquisiciones no plantean problemas especiales, es discutible si para las enajenaciones pudiese corresponder a los otros consortes un cierto *ius prohibendi* generalmente admitido en la romanística. Lo que sí parece indudable es que la petición de división disolvía el *consortium*.

También resulta significativo al respecto que las XII Tablas admitieran su divisibilidad con la

legis actio per iudicis arbitrive postularionem (Gayo 4,17) que, al recoger la figura del arbiter, permite entender que con anterioridad sería el nombramiento de un arbiter (buscado por las partes o proporcionado por los pontífices) el instrumento adecuado para practicar la división con la posterior disolución del consortium, y se admite generalmente que la muerte o capitis deminutio de un consors disolvía la comunidad, tanto de los sui como de los ceteros, del mismo modo que la renuncia de un socio extinguía la societas en tiempos clásicos, aspecto negativo del consensus perseverans y, precisamente por ello y para evitar posibles abusos, dice Panero Oria, la libertad de renunciar se encuentra en cierto modo limitada, tanto en su ámbito de aplicación como en los requisitos para su ejercicio.

Si desde Labeón (Paul. D. 17,2,65,5) esta renuncia requiere ajustarse a la bona fides y realizarse en tiempo oportuno –tempestive-, hay que pensar que en el consortium cohesionado por los vínculos de fraternitas la renuncia tenía que obedecer a motivos muy bien fundados que los pontífices o el arbiter tenían que valorar, debiendo dictar una resolución negativa en caso de pretender una renuncia con ligereza que pudiera ser perjudicial para el resto de consortes.

Por eso no parece convincente la explicación de la disolución del consortium que expresa Aricò, que entiende posible sólo en caso de un frater que sobreviviera a los demás, concentrando en su mano todo el patrimonio, rechazando la autora la disolución por muerte o capitis deminutio de un consors por implicar la idea de cuota que entiende inadmisibles en los primeros tiempos romanos. Incluso cree que la muerte de un único frater había podido provocar la extinción del consortium a no ser que éste, antes de morir, hubiese dispuesto de todo el patrimonio atribuyéndolo a un heredero por él designado en su testamento.

Tanto Aricò como Bretone entienden que si un consors podía válidamente manumittere o mancipare el esclavo o las cosas comunes, nada se opone a que cualquiera pudiera disponer mortis causa de la totalidad de los bienes, por absurda o escandalosa que desde un punto de vista jurídico pudiera parecer esta hipótesis en cuanto todos eran solidariamente propietarios de todo; para Bretone, lógica desde un plano lógico, pero aberrante desde un plano práctico, y para Aricò, rigurosa sobre el plano lógico: de la lógica propia de un régimen que ignoraba la cuota.

Llegados a este punto entendemos que está subyacente en aquellas explicaciones, aunque sin apuntarlo expresamente, la tesis de la comunidad germánica (Sippe), tan alejada de la comunidad romana.

Los ejemplos de solidaridad y gestión única de un frater que cita Gayo 3,154a ofrecen la duda de si los ejemplos de manumissio y mancipatio son meramente ejemplificativos o taxativos (por esta última calificación se pronuncia Cornil); Aricò cree posible que citara otros ejemplos sin excluir menciones del testamento.

A nuestro modo de ver estas soluciones son meras hipótesis, donde lo único cierto es un espacio ilegible del manuscrito egipcio del texto gayano que ya había denunciado Arangio-Ruiz. No más convincentes son los argumentos de Aricò para sostener la posibilidad de que uno solo de los fratres pudiese disponer por sí solo, tanto de la gestión del consortium como de su atribución total en testamento al heredero designado por él mismo. Sus argumentos nos parecen muy débiles e hipotéticos, pues se apoyan en el valor de la fides -a la que atribuye un valor más carismático-sacral que jurídico- en el ordenamiento arcaico. Según Aricò no era anormal que los fratres dejaran la suerte del patrimonio común a la valoración e iniciativa discrecional del más dotado entre ellos, que por prestigio y virtudes personales era capaz de merecer la confianza incondicional de los demás, permitiéndole que enajenase no sólo bienes singulares del patrimonio común, sino que incluso apartase a todos sus fratres de ese patrimonio atribuyéndolo al heredero que designara, ya sea que este poder le hubiese sido reconocido a cambio de contrapartidas dadas o aseguradas a los otros consortes, ya sea que lo ejercitase sobre la simple base de una supremacía personal.

Se puede objetar a esta explicación que esta disposición dejaba a los hermanos apartados del patrimonio consorcial de todo medio de subsistencia, pero Aricò continúa insistiendo en esta vía y pretende superar esta objeción apelando a las vastas dimensiones asumidas desde una edad antiquísima de las diversas formas de disfrute del ager publicus y de lo que entiende relativamente escaso relieve en términos económicos del fenómeno del dominium; de este modo considera lícito pensar que la exclusión de los demás fratres de la titularidad de la hereditas sería un hecho bastante menos grave de lo que pudiera parecer si lo situamos en una época en la que para asegurar principalmente los recursos vitales, probablemente era suficiente un tipo de señorío al margen de todo esquema dominical y sucesorio como la posesión de tierras del Estado.

No podemos admitir esta explicación que se basa sobre hipótesis no demostradas, ni tampoco la escasa frecuencia de testar atribuida a la época arcaica, de modo que la solución normal a la muerte del paterfamilias fuera la constitución de un consortium. Esta figura, que presupone una sucesión ab intestato no sólo se dio en la época arcaica; se ha dado en todas las épocas y sigue produciéndose en nuestros días, porque a la muerte del causante, y sin que mediara voluntad por parte de los coherederos, se forma siempre una comunidad hereditaria que subsiste hasta la partición, algo que los juristas posteriores vieron perfectamente calificándola como *communio incidens*.

Cuando Gayo dice que las XII Tablas introdujeron la *actio familiae erciscundae* no excluye que con anterioridad fuera imposible la *discessio a communione*; no es suficiente decir, como hace Aricò, que el consortium era totalmente distinto de una *communio* susceptible en cuanto tal de una *divisio* porque faltaba la idea *pars pro indiviso* en época arcaica, que por otra parte, como ya hemos tenido ocasión de ver, sí admite Talamanca.

Tampoco era tan difícil practicar la divisio del consortium que constituido inter fratres en una sucesión lógicamente ab intestato deja suponer que la participación de los hermanos en la hereditas era absolutamente igualitaria, por lo que sería relativamente fácil a los mismos hermanos, a los pontífices monopolizadores del saber jurídico y de las fórmulas procesales, o al arbiter, determinar la parte de cada uno al practicarse la discessio. Esta posibilidad la admite la misma Aricò cuando en contradicción con toda su tesis de la inseparabilidad del consortium señala que es posible pensar que el arbiter tuviese la misión de asignar a los coherederos partes individualizadas del patrimonio familiar, “non già in rapporto ad astratte frazioni di titolarità, ma secondo l’empirico criterio del “tanto ad uomo”. Esta afirmación sin embargo tiene un punto de verdad: no es necesario apelar al criterio de partes pro indiviso que se conceptualizó a finales de la República para explicar la titularidad comunitaria de bienes, ni tampoco para explicar la situación arcaica de titularidad solidaria de los consortes, porque en este caso la argumentación de Aricò no niega sino que favorece la tesis de la posibilidad de la divisio, que no hace otra cosa que seguir los antiguos modelos de distribución que la tradición latina atribuye a Rómulo, que sustancialmente son los mismos que seguían los comandantes militares en el reparto del botín de guerra, y esta división viritim la admite también Aricò. Todo esto quiere decir que la división viritim del patrimonio consorcial era materia que podía alcanzarse fácilmente si sustituimos per singulos heredes a per singulos viros.

La divisio en el consortium ad exemplum fratrum suorum debía ser necesariamente más compleja si las aportaciones de los consortes no eran homogéneas, y no hay que descartar que de haber discrepancias entre los comuneros probablemente se acudiera a un arbitrium litis aestimandae.



A.D.R.A



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
Facultad de Ciencias Jurídicas
Más de Santos, viviendo Bien
1912 - 2012

PONENCIA



Walénka Arévalo Caballero

“Capacidad y responsabilidad contractual del menor sui iuris”

