

MISCELANEA

I

CONSORTIUM ERCTO NON CITO

1. NOTAS GENERALES

Sostenemos en otro trabajo sobre la venta de herencia¹ que la noción de *hereditas* no es originaria, al menos en el sentido técnico que tomará posteriormente. En la época de las XII Tablas, es indudable para nosotros que no existe tal concepto. Esto resulta claro del fragmento decemviral V.4, que ha dado lugar a interpretaciones tan diversas. En la época arcaica los *sui* no recibirían una *hereditas* en sentido riguroso, porque probablemente ya eran *domini* aun viviendo el *pater familias* (Gayo 2.157; D. 28.2.11). Hay que admitir que a la muerte del *pater familias* se formaba una comunidad familiar integrada por sus hijos. La *hereditas* en este sentido, de admitir su existencia para esta época, sería un concepto vacío de contenido, porque los agnados y *gentiles* sólo recibirían la *familia*, y es una incongruencia admitir la *hereditas* para los *sui* y la *familia* para agnados y *gentiles*.

En la época de las XII Tablas no hay testamento; el testamento más antiguo, el *testamentum calatis comitiis*, no sería tal testamento, sino una *adrocatio*, que no comporta la designación de un heredero en sentido técnico. Tampoco la primitiva *mancipatio familiae* sería tal testamento. Señala Kaser² cómo la *mancipatio familiae*, estando *heredis loco* el *familiae emptor*, no comportaba el nombramiento de un *heres*; aunque fuese llamado testamento no era un negocio de última voluntad ni *mortis causa*. Sólo más tarde, a la *muncupatio* sobre la que reposaba la eficacia de la *mancipatio*, se acompañó la presentación de las *tabulae testamenti*, y más tarde todavía, se insertó en ellas la *heredis institutio*.

Por todo ello, sostenemos que no hubo una *hereditas* en tiempos primitivos. El *testamentum calatis comitiis* no es, a nuestro

1. TORRENT, "Venditio hereditatis". *La venta de herencia en Derecho Romano*. Salamanca (1966) 46 y ss. El presente trabajo sobre el *consortium* lo hemos realizado en gran parte en la Universidad de Heidelberg. Queremos hacer constar nuestro agradecimiento al Prof. Brogginì que con generosidad entrañable nos abrió las puertas de su seminario.

2. KASER, *Das altrömische Ius* (Göttingen, 1949), p. 153.

juicio, tal testamento; es únicamente un expediente que tiene el *pater familias* de procurarse un *suus heres*. Una vez que tiene *suus*, que es su descendiente más inmediato, su hijo, no tiene por qué preocuparse de disponer de sus bienes para después de su muerte, porque prácticamente no tiene la disposición de ellos, al menos de la familia. Los *heredes sui* reciben la familia, no *ex novo*, sino que se produce una *continuatio domini*³, por lo que no hay una idea hereditaria clara, como tampoco está claro que hubiera *hereditas* en el sentido de concebirse como un derecho. Esta sólo llegó a tener sentido de *ius* (*nomen iuris* dicen las fuentes) a finales de la República, y el proceso está claramente perfilado en Labeón: D. 37.1.3.1; cfr. también D. 50.16.178.1 (*Ulp. 49 ad Sab.*).

En este orden de cosas, nos parece indudable la existencia en Roma de una antigua comunidad hereditaria familiar formada por los descendientes del *pater familias* a la muerte de éste, que no hacían sino actualizar un latente derecho de copropiedad ya existente en vida de éste. Sería esta la primera forma —muy rudimentaria— de sociedad familiar en Roma. Ya en el siglo pasado se dio relieve en la ciencia romanística a esta comunidad entre hermanos, de la que los autores hicieron derivar a través del correr de los siglos, el contrato consensual de sociedad, tal como lo conocemos en los juristas de la época clásica; así Lastig⁴, Pernice⁵, Leist⁶ y Ferrini⁷, entre otros. Modernamente, también se sigue sosteniendo esta idea por Girard⁸, Monier⁹, Levy¹⁰, Collinet¹¹,

3. WESTRUP, *Introduction to early Roman Law, II Joint family and family property* (Copenhagen-London, 1934), p. 73, dice que la herencia material primitiva era solamente una *continuatio domini*; a la muerte del *pater* —dice— no se transmite la propiedad ni hay sucesión en el sentido moderno de la palabra. Los descendientes inmediatamente pasaban a la propiedad. Solamente el hijo que a la muerte del *pater* sucedía *ipso iure* en el derecho ideal (*potestas*), en el gobierno económico de la casa (*libera bonorum administratio*), era propio *heres* en el sentido primitivo. Añadimos nosotros que ésta era la situación que se daba cuando eran varios los hijos que a la muerte del *pater* continuaban la explotación del patrimonio familiar.

4. LASTIG, *Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 24 (1879) 409 ss.

5. PERNICE, *Labeo I*, p. 444; id. *Parerga I*, *Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, en *ZSS.* 3 (1882) 49, 66 y ss.; id. *Parerga III*, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, en *ZSS.* 9 (1888) 233.

6. LEIST, *Zur Geschichte der römischen Societas* (Jena, 1881), p. 27.

7. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, en *Opere III* (Milano, 1929), p. 18 ss. (publicado primeramente en *AG.* 38 [1887]).

8. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 7.^a ed. (París, 1924), p. 605.

9. MONIER, *Les nouveaux fragments des Institutions de Gaius* (París, 1933), p. 23 ss.

10. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, en *ZSS.* 54 (1934) 291.

11. COLLINET, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius*, en *RH.*, 1934, p. 101.

Albertario¹² y Arias Ramos¹³. Cuenta, sin embargo, esta tesis con la oposición de Levy-Bruhl¹⁴.

El descubrimiento de los nuevos fragmentos de Gayo en un papiro egipcio, ha venido a arrojar gran luz sobre la primitiva comunidad hereditaria romana, el llamado por los romanos *consortium ercto non cito*, y, en consecuencia, sobre la primera forma de sociedad —en este caso comunidad familiar— que hubo en Roma, de la que se tengan noticias. Sobre estos nuevos fragmentos, a partir de la *editio princeps*, de Arangio Ruiz¹⁵, se ha vertido una abundantísima literatura, no sólo desde el punto de vista del Derecho de sociedad, sino también desde el ángulo de las instituciones hereditarias¹⁶.

La laguna que presentaba en este punto el manuscrito veronés ha sido colmada con este papiro, que ha venido a integrar la exposición de la *societas* en Gayo 3.154. En general, salvo pequeñas modificaciones, ha sido aceptado el texto leído por Arangio-Ruiz, aunque no faltan autores, como Beseler, Stoll y, principalmente, Solazzi, que sostienen la inserción de algún glosema en el texto. Nosotros seguiremos la edición de De Zulueta¹⁷, que es bastante aceptable.

Gayo 3.154. Sed haec quidem societas de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. 3.154a. 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 dicimus. 3.154b. 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, coierunt, illud proprium erat. quod vel unus

12. ALBERTARIO, *Appunti sul consorzio familiare romano*, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 232.

13. ARIAS RAMOS, *Los orígenes del contrato de sociedad: consortium y societas*, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, p. 149 ss. Ultimamente VAN WARMELO, *Aspects of joint ownership in Roman Law*, en *TR* 25 (1957) p. 168 sigue también esta opinión.

14. LEVY-BRUHL, *Le consortium artificiel du nouveau Gaius*, en *Nouv. et.* (París, 1947), p. 60. Vid. también las prudentes reservas de ARIAS BONET, *Societas publicanorum*, en *AHDE* 19 (1948-49) 237 ss.

15. ARANGIO-RUIZ, *P. S. I. XI* (Firenze, 1933); también en *Il nuovo Gaius*, en *BIDR* 42 (1934) 537 ss. La parte que nos interesa de estos fragmentos está en las líneas 14 a 44.

16. Véase una exposición muy completa de la bibliografía en BRETONE, *Consortium e communitio*, en *LAREO* 6 (1960) 163 y nota.

17. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius. Part I* (Oxford, 1946).

ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat, et omnibus libertum adquirebat; item unus rem communem mancipando eius faciebat qui mancipio accipiebat.

No compartimos el punto de vista de Bretone¹⁸ al afirmar que, desde el punto de vista sistemático, el discurso gayano se compone con cierta dificultad. Esta objeción no la compartimos. Gayo venía hablando de la sociedad consensual, y en un determinado momento de su exposición, recuerda que en otros tiempos (*olim*) existía otra forma de sociedad, el *consortium*, que Gayo llama *societas ercto non cito*, que contrapone con la partícula adversativa *autem*, a la sociedad consensual clásica de la que había hablado antes. No hay, por tanto, dificultad alguna en el engarce de estos dos tipos de sociedad, bien que una visión del problema con categorías dogmáticas más rigurosas que las de Gayo nos advertiría que el tipo que Gayo llama *societas ercto non cito* no es tal *societas*, sino un *consortium*, una comunidad de bienes de naturaleza familiar. Ahora bien, el mismo Gayo, en cierta manera, se daba cuenta que el *consortium* no era un tipo de sociedad tal como él la entendía, es decir, consensual, pero esto ya lo indica claramente al señalar unas características típicas al *consortium* que lo diferencian de la sociedad consensual clásica.

2. EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Cuestión muy debatida es el nombre de la primitiva comunidad familiar "*consortium ercto non cito*", que se formaba entre los hijos a la muerte de su común *pater familias*. Una gran corriente de la doctrina romanística sostiene el significado de *ercto non cito* como "división no provocada", interpretación aducida fundamentalmente desde el punto de vista filológico¹⁹. En contra de esta interpretación pueden alegarse serias objeciones, como la derivada del mismo Gayo 3.154a: *ercto non cito, id est dominio non diviso*, y Servio (*ad Aen.* 8.642): *Donatus hoc loco contra metrum sentit dicens: "citae", divisae, ut est iure "ercto non cito", id est patrimonio vel hereditate non divisa; nam "citus", cum divisus significat, ci longa est. Ergo citae veloces intellegamus*. Desde luego, la

18. BREZONE, en *LABEO* 6 (1960) 169.

19. Vid. entre otros COLLINET, en *RH*, 1934, p. 113; GAUDEMET, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain* (París, 1934), p. 11 n. 5; MARKY, *Societate ercto non cito*, en *Romanitas* 1 (1958) 51; MONIER, *Les nouveaux fragments*, p. 22; ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *Annali Palermo* 20 (1949) 142 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma, 1955), p. 230 n. 89.

etimología de estas voces es muy oscura, como confirma el mismo Quintiliano en *Inst. orat.* 7.3.13: *opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis, quid sit clarigatio, erctum citum.*

Una vía hipotética de aclaración podría ser relacionar *erctum* a *erūs = dominus*, tal como parecen hacer Gayo y Servio. Que *erūs* equivalga a *dominus* encuentra apoyo en algunas fuentes, como Festo (p. 88 ed. Lindsay): *heres apud antiquos pro domino ponebatur*, en relación con D. 9.2.11.6²⁰ e *Inst.* 2.19.7. Es bien sabido, y nosotros lo hemos sostenido en nuestra monografía citada sobre la venta de herencia, que *heres* en principio sólo significaría el *dominus* del patrimonio familiar, de donde los *sui heredes*, a la muerte del *pater*, pasarían a ser *domini* sobre los bienes que ya en cierta manera eran dueños en vida de éste; indudablemente, con esta interpretación habríamos de traducir *ercto non cito* como "patrimonio no dividido". En este sentido parece apuntar Levy²¹, que hipotiza la derivación de *erctum* del término griego αἰχτόν (propiedad cerrada); así, *erctum* vendría a significar lugar donde se recoge el ganado, redil.

Un dato más, en este caso contradictorio, aporta de nuevo Festo (p. 72 ed. Lindsay): *Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Erctum a coercendo dictum. Unde et erciscendae et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo.* Esta explicación más parece confundir que aclarar. La etimología *a coercendo* no tiene gran sentido, tanto si tomáramos *erctum* como división, cuanto si lo tomáramos por dominio o patrimonio. Más correcta es la etimología de *ercisci*. Según todas las probabilidades, *ercisco* significaría dividir, distribuir: cfr. *Inst.* 4.6.20; D. 10.2.1 pr.; *Cic. de orat.* 1.56.237; *Isid. Etym.* 5.25.9; Gayo 2.219²²; igualmente Festo (p. 63 ed. Lindsay): *disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes*²³. De nuevo, el mismo Festo (p. 97) nos aporta la siguiente aclaración: *inercta indivisa.*

Por otra parte, la voz *cieo*, de la cual deriva el participio absoluto *citum*, viene incluida en todos los diccionarios como provocar, poner en movimiento, excitar²⁴; de ahí que la frase completa en

20. Vid. ARNO, *Legis Aquiliae actio directa ero competit*, *BIDR* 42 (1934) 197; WUBBE, *Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes*, Fribourg (1963) 31; BIONDI, *Obbietto e natura dell antica hereditas*, *IVRA* I (1950) 171.

21. LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 278.

22. Vid. *Th. L. L.* V, 2 col. 745; igualmente ERNOUT-MEILLET, *Dict. etim.* s. v.

23. Vid. MASCHI, *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico* (Milano, 1935), p. 33 ss.

24. Vid. ERNOUT-MEILLET, *Dict. etim.* s. v.; *Th. L. L.* III, 1054; WALDEHOFFMAN, *Lat. et. Wörterbuch* s. v. *cieo*; Cfr. también ALBANESE, en *An. Palermo* 20 (1949) 155 ss.

el sentido ablativo absoluto —como se lee normalmente— venga explicada como “división no provocada”. Creemos que ésta es la interpretación más exacta, aunque no dejamos de reconocer que la interpretación de Gayo 3.154a tiene cierta viabilidad, o al menos, encuentra algún apoyo en las fuentes. Son dos términos distintos cuya etimología no nos parece absolutamente seguras, y se prestan a diversas interpretaciones, como la de Fadda²⁵, que sostiene que *erciscere* es la contracción de *erctum ciere*, idea que nos parece tiene poca defensa en el terreno filológico. En todo caso, reconocemos que la expresión *ercto non cito* es bastante extraña, hasta el punto de que algún autor, como Levy-Bruhl²⁶, se fija precisamente en esta expresión, que, a su juicio, prueba por su forma negativa que era una institución anormal, poco usada²⁷, y que la situación más frecuente sería aquella en la que hay partición, testamento, en la que la *domus* se encuentra situada bajo la autoridad de un jefe único: el *pater familias*. Si Roma ha conocido una “joint family” —dice Levy-Bruhl—, los nuevos fragmentos de Gayo no dejan duda —reconoce— de que no es sino de una manera esporádica y excepcional, y concluye que este régimen era, sin duda, contrario “au génie de ce peuple profondément individualiste”. Creemos que Levy-Bruhl aporta consideraciones de épocas históricas mejor conocidas a la época en la que tiene vigor el *consortium ercto non cito*, es decir, la visión de Levy-Bruhl puede ser cierta en los dos últimos siglos de la República, pero no antes.

3. CARACTERES DEL “CONSORTIUM ERCTO NON CITO”

Sigamos ahora viendo los caracteres que Gayo da al *consortium ercto non cito*. Por lo pronto dice que era *legitima simul et naturalis societas*. Hay quien ha entendido que *legitima* se refiere a que tal *societas* estaría sancionada por las XII Tablas específica-

25. FADDA, *Consortium, collegia, magistratum, communio*, en *Studi Brugi* (Pavía, 1910), p. 149.

26. LEVY-BRUHL, en *Nouv. ét.* p. 60.

27. Así piensa DE FRANCISCI, *La comunità sociale e politica romana primitiva*, en *SDHI*. 22 (1956) 62, que estima que el *consortium* es una formación secundaria, que presupone lógica e históricamente la familia regida por un *pater* en cuanto se compone de personas que ya se encontraban bajo su potestad, y no debía ser una forma muy difundida frente a la división (a su muerte) del grupo familiar en tantos otros grupos como hijos hubieran. A esta tesis oponemos las mismas objeciones que a Levy-Bruhl: retrotraer ideas de épocas históricas a tiempos antiguos.

mente²⁸, mientras para otros autores, como Kaser²⁹, sólo indicaría que tal *societas* sería conforme a una *lex publica*. Albertario³⁰ señala que *legitima* quiere decir puesta por la antiquísima *lex*, o sea, por los *mores* que los escritores romanos confunden con antiquísimas *leges*. Desde luego, es muy probable que este adjetivo se refiera a las XII Tablas en el sentido de que fueron las XII Tablas las que introdujeron la acción de división del *consortium* a través de la *actio familiae erciscundae*. Esto Gayo lo sabía perfectamente (D. 10.2.1 pr.; cfr. Gayo 4.17a). Pero que Gayo diga *legitima*³¹ en el siglo II d. C. para referirse al *consortium*, no nos aclara gran cosa en torno a los orígenes y a los caracteres del primitivo *consortium*. Gayo habla en términos de su época, y hoy nosotros sabemos mucho más de antigüedades romanas que el propio Gayo. Quizá se refiera a que había en el *consortium* un cierto arrastre de ideas históricas en el sentido de haber tenido consagración legal o, en todo caso, que la constitución del *consortium* habría de hacerse a través de la *legis actio*, quizá a través de una *in iure cessio*. Una explicación quizá viable sería decir *legitima* en el sentido de ser producto, la continuación de tal comunidad familiar, de la voluntad concorde de todos los *fratres* de no proceder a la división. Este *consortium*, que tiene un origen extravoluntario, al generarse por el simple hecho de la muerte del *pater familias*, necesitaba el acuerdo continuo de los *fratres* para continuar la comunidad, acuerdo que puede verse en cierta manera como *lex*; así como la *lex* en la primitiva constitución republicana sería el acuerdo vinculante del pueblo, en el orden de la pequeña comunidad familiar sería el acuerdo de los hermanos de continuar viviendo en la misma situación de indivisión producida a la muerte de su común *pater familias*. No entendemos *legitima* en el sentido de ser el *consortium* una sociedad (hablamos de sociedad en sentido amplio, no en el sentido que los clásicos dieron a este término, donde se acentúa fundamentalmente el factor consensual) coactiva, como se ha entendido por algunos autores, basándose, además, en el texto de Gelio 1.9.12. que habla de *societas inseparabilis*, y en el mismo

28. BESELER, *Fruges et Paleae*, en *Scritti Beatificazione Ferrini III* (Milano, 1948), p. 280; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 279; FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, en *Studi Solazzi* (Napoli, 1948), 530 n. 41; DE ZULUETA, *The new fragments of Gaius*, en *JRS.* 25 (1935) 20.

29. KASER, *Das altrömische Jus*, p. 74 n. 48; GAUDEMET, *Indivision*, p. 12, señala que *legitima* sólo quiere decir prevista por la ley; como era una *societas propria civium Romanorum*, habría sido objeto de disposiciones legales válidas sólo para los ciudadanos.

30. ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 228.

31. Es curioso que BESELER, *Scritti Beatificazione Ferrini*, III, p. 278, deja por genuina *legitima*, y, sin embargo, entiende alterados *simul et naturalis*.

adjetivo de Gayo *legitima*, que identifican con coercibilidad. Mantenemos que no había tal coercibilidad³² en el *consortium ercto non cito*; ésta era una figura que si bien con origen extravoluntario, necesitaba el consentimiento para seguir subsistiendo, y, por tanto, si accidental en su origen, era voluntaria en su continuación, y en consecuencia, no coactivo. Quien más se ha distinguido en la defensa de la no coactividad del *consortium* ha sido Maschi³³, que ha dedicado muchas páginas a la exposición de esta tesis, fundamentalmente desde el punto de vista de la divisibilidad del *consortium*.

También refiere Gayo que el *consortium* era una *societas naturalis*. La doctrina romanística entiende que sería natural en el sentido de ser conforme a la naturaleza, a la *natura rerum*. Quizá debamos entender este término en el sentido de venir el *consortium* dado por la evolución natural de la familia. En todo caso la comunidad familiar era común en los pueblos antiguos, y la prueba nos la da el estudio comparado de las instituciones familiares en los pueblos de la Antigüedad, lo que Westrup ha visto brillantemente en la *joint undivided family* de los pueblos arios. Referido a Roma, Westrup³⁴ ha visto una reminiscencia en la *joint undivided family* de un *innate joint right of ownership* en el antiguo Derecho Romano, cuando los *sui heredes* eran mirados como copropietarios de la propiedad de la casa. En este sentido Westrup observa que llegó a ser concebido legalmente que el patrimonio familiar perteneciera a la familia en común. Los descendientes son mirados como copropietarios del patrimonio familiar con cuotas ideales iguales, análogamente a los *consortes* de la *communio incidens* del Derecho Romano histórico.

La calificación "*naturalis*" referida al antiguo *consortium* la entendemos simplemente en el sentido que vendría dada por la tradición; estaría en la *natura rerum*, no en el sentido de ser una institución del *ius naturale* frente a la *societas quae nudo consensu contrahitur*, que sería *iuris gentium*; esta distinción es más tardía y sería un error retrotraer conceptos de la dogmática posterior al siglo v a. C., que probablemente sería la época de apogeo del *consortium*. El *consortium ercto non cito* sería una

32. Defienden la coactividad del *consortium*, PRINGSHEIM, *Stephanos zu D. 17.2.52.6*, en *ZSS.* 45 (1925) 492; ALBERTARIO, *I nuovi frammenti di Gaio*, en *Per il XIV Centenario delle Pandette* (Pavía, 1934), p. 511 (= *Studi V*, 468); FREZZA, *Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaio*, en *Riv. di istruzione e filologia classica* 62 (1934) 27 ss.

33. MASCHI, *Disertiones*, 23 ss.; cfr. ALBANESE, *Annali Palermo* 20 (1949) 170; SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, *Per il XIV Centenario delle Pandette* (Pavía, 1934) 445.

34. WESTRUP, *Joint family and family property*, en *Studi Albertoni I* (Padova, 1934), p. 167; id. *Introduction II*, p. 32 ss.

institución natural en la antigua Roma; sería normal. Así, Lambert³⁵ afirma que el sistema de la casa y bienes comunes con 16 hogares ha sido conocido en Roma, y cita en su apoyo la familia de los *Aelii* (cfr. Val. Max. 4.4.8; Plut. *Aemil.* 5). Estas noticias, aunque se refieren a época relativamente tardía, nos dan una muestra de la vitalidad que pudiera tener la comunidad familiar a finales de la República, noticias que a nuestro juicio no son muy vinculantes desde un punto de vista crítico-jurídico. Por su parte, Albertario³⁶ señala que el *consortium* es *naturalis* porque responde al orden natural de las cosas, lo que equivale a decir, por el ordenamiento de la economía romana primitiva. Esta consideración nos parece muy instructiva: el *consortium erecto non cito* sería *naturalis* porque, por un lado —y en esto estamos de acuerdo con Albertario— sería una institución exigida por la primitiva estructura económica-agrícola romana³⁷, por otro, sostenemos nosotros que al no haber testamento, y al no poder disponer el *pater familias* libremente de sus bienes —al menos de la *familia*, tab. V.4—, la comunidad entre los *sui* se formaba exigida por el orden natural de las cosas. Nos referimos —siempre que hablamos sobre los orígenes del *consortium*— al siglo V a. C., fecha que utilizamos como referencia segura al poder contar con la codificación decemviral.

Hay algún autor como Coli³⁸ que, dentro de una visión económica, explica el *consortium* como un régimen de riqueza. El *consortium* —dice— estaba caracterizado por la coexistencia en una misma *domus*, en torno a un mismo fuego, de varios *patres* en pie de absoluta paridad en una relación de *naturalis societas*; era el tipo de familia preferido por los ricos como aquel que favorecía la concentración de la riqueza y el poder.

Otro de los caracteres que Gayo señala como típicos del *consortium erecto non cito* es el de ser una figura *propria civium Romanorum*. Esto en Gayo se explica porque ha venido hablando de la *societas* consensual precedentemente, instituto *iuris gentium*, y para destacar el *consortium* a sus escolares, les indica que era *proprium civium Romanorum*. Pero esta distinción no cabría para la

35. LAMBERT, *Les origines de Rome à la lumière du droit comparé: Romulus*, en *Studi De Francisci I* (Milano, 1956), p. 347.

36. ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (134) 228.

37. Por ello es muy lógico ver en el *consortium* una finalidad económica de continuación del patrimonio familiar. Este aspecto es destacado —en consonancia con su tesis de la familia como organismo económico— por ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914 (= Scritti Centenario Jovene, Napoli 1954, 119), que observa que por necesidades de la agricultura, que requiere la persistencia de la comunidad entre los hermanos, sirvió el instituto del *consortium*. Arangio-Ruiz añade que se trató siempre de una verdadera y propia forma de comunidad, presuponiendo ésta la plena e independiente capacidad jurídica de cada uno de los *consortes*.

38. COLI, *Regnum*, en *SDHI* 17 (1951) 126.

época arcaica en la que tiene vigor el *consortium*, al menos, para la época de las XII Tablas. En estos momentos no cabe hablar de una *societas iuris gentium* porque no existe; lo único que existiría es la comunidad familiar propia de los Romanos y otro tipo de sociedad calcada sobre esta comunidad (*ad exemplum fratrum suorum*), pero en principio sólo existiría la comunidad familiar formada por los hermanos a la muerte del *pater*. Con el tiempo, a medida que las necesidades económicas fueron aumentando, vendrían exigidas por la estructura económica romana nuevos tipos de sociedad, probablemente derivadas del *consortium* artificial del que nos informa Gayo 3.154b, que en cierta manera ya se iba diferenciando del *consortium ercto non cito inter fratres* en la medida que el *consortium* artificial tenía su origen, no ya en una situación familiar anterior, sino en la voluntad concorde de los ciudadanos que acudían a esta forma social imitadora de la primitiva comunidad familiar³⁹. En esta misma medida los nuevos fragmentos de Gayo nos dicen que la primera forma social que hubo en Roma fue el *consortium inter fratres*, del que derivó el *consortium* o *societas inter alios*. En estas dos figuras podemos ver el antecedente de la sociedad clásica. ¿De dónde nace el *ius fraternitatis* de la sociedad clásica sino de estas figuras?⁴⁰ ¿Es que no se observan muchos de los caracteres de la *societas omnium bonorum* en el *consortium ercto non cito*? Pero tan errado es no querer ver una relación entre estas figuras, como identificarlas. Está claro que el *consortium ercto non cito* tiene su origen al margen de la voluntad de los *consortes*; de ahí el error de Solazzi⁴¹, que defiende el *aliud genus societatis proprium civium Romanorum* como sociedad voluntaria y consensual al igual que la *societas iuris gentium*.

4. CONSTITUCIÓN DEL “CONSORTIUM ERCTO NON CITO”

Una cosa es que los hermanos acuerden—ya formado el *consortium*—continuar la comunidad no ejercitando los oportunos me-

39. Vid. ARIAS BONET, en *AHDE*. 19 (1948-49) 238.

40. Así, por ejemplo, COLLINET, en *RH*. (1943) 105, que mantiene la derivación del *ius fraternitatis* del *consortium inter alios*.

41. SOLAZZI, en *Per il XIV Centenario*. 445 ss.; id. *Societas e communitio*, en *Scritti III* (Napoli, 1960), p. 427 ss., que entiende que “*id est quae nudo consensu contrahitur*” de Gayo 3.154 es un glosema. Igualmente BESELER, en *Scritti Beatificazione Ferrini III*, p. 280, y STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, en *ZSS*. 44 (1944) 8 n. 2. El mismo BESELER, *Einzelne Stellen*, en *ZSS*. 46 (1926) 268, antes del descubrimiento del nuevo Gayo, criticando 3.154, se preguntaba “Gibt es noch eine andere *societas* ausser der konsensualen?” La respuesta nos la da el *consortium ercto non cito* de Gayo 3.154a. Defienden la no consensualidad del *consortium* el resto de la doctrina; vid. últimamente GAUDEMET, *Les communautés familiales* (París. 1963), p. 68.

dios de partición, y otra sostener el origen voluntario y consensual de comunidad. Por eso también nos parece desacertada la opinión de Biscardi⁴², que afirma que en el antiguo Derecho Romano el momento constitutivo del *consortium ercto non cito* no estaba en el contrato supuesto por Solazzi, sino en el voluntario permanecer de los hermanos *sui heredes* en aquel estado de indivisión. Esta opinión no la podemos compartir: el *consortium ercto non cito* se forma por el simple hecho que muerto el *pater* sus hijos se encuentran automáticamente en estado de indivisión, no es que se constituya por la voluntad de los *fratres* de continuar la indivisión; esta voluntad afecta a la pervivencia del *consortium*, pero éste está ya constituido. Queda claro, por tanto, que el primitivo *consortium* no era más ni menos que una comunidad entre hermanos constituida a la muerte del común *pater familias*. Todavía alude Ferrini⁴³ que en los Digestos la palabra *consortes* alude siempre a los hermanos, y cita D. 29.2.78 (*Pomp. 35 ad Q. M.*) y D. 27.1.31.4 (*Paul. 6 quaest.*); cfr. D. 10.2.39.3 (*Scaev. 1 resp.*) y D. 17.2.52.8 (*Ulp. 31 ad Ed.*).

También nos parece desacertada la idea de algún autor como Arnó⁴⁴, que estima que, independientemente del antiguo *consortium*, existía para alguna corriente de juristas, como los Servianos, un *aliud genus societatis* que surgía sin el consentimiento, y en cuanto a ésta se llegaba *non consensu sed re*, sería por tanto una *societas re contracta*⁴⁵. Esta idea tan desacertada no tiene en cuenta que Gayo—en el que se basa Arno—habla de un *aliud genus societatis* para referirse al *consortium* después de su exposición de la sociedad consensual, pero no dice nada de que fuera una *societas re contracta*. Tal distinción no cabe en una época antigua; sólo cabría—y habría que ver en qué medida—en una época posterior en la que ya se habían ido decantando los conceptos jurídicos, y se advertía claramente que tal tipo de sociedades—tales como la comunidad hereditaria—no cabían en el cuadro clásico de la sociedad consensual. Por eso llegó a admitirse en una cierta medida el concepto de *societas re contracta*, que los postclásicos solucionaron con

42. BISCARDI, *Sul regime della comproprietà in diritto attico*, en *Studi Paoli* (Firenze, 1955), p. 119.

43. FERRINI, *Opere* III, p. 20.

44. ARNO, *Corso di diritto romano. Il contratto di società* (Torino, 1938), p. 44 y 45.

45. Defienden la clasicidad de la *societas re contracta*, EIN, *L'azione dei condomini*, en *BIDR.* 39 (1931) 76 ss.; y FREZZA, *Actio communi dividundo*, en *RISG* (N. S.) 7 (1932) 3 ss. Estos autores parten de una identificación en época clásica entre *communio* y *societas*, basándose fundamentalmente en que, en las fuentes, "socii" es utilizado para indicar tanto los condóminos como las partes de un contrato de sociedad. En contra, ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, en *Studi Riccobono* 4 (Palermo, 1936), p. 357 ss.

la inserción de tales comunidades en el marco de los cuasicontratos: *communio incidens*.

De todo lo expuesto, queda bien claro que el primitivo *consortium ercto non cito* era la comunidad doméstica que se formaba automáticamente entre los *sui heredes* a la muerte del *pater familias*. Y al decir que se formaba automáticamente negamos, no sólo la teoría de Collinet⁴⁶ sino también la de Betti⁴⁷, que sostiene que para la constitución del *consortium ercto non cito* actuarían los *sui* por medio de recíprocas *in iure cessiones*, por las que cada uno de los *sui*, reivindicando en la cualidad de *suus* la herencia frente a los hermanos que consienten en ello, llegaba a constituirse un dominio integral (*in solidum*) en concurrencia con los otros sobre el patrimonio común. Hemos de confesar que esta idea nos sedujo en principio, e incluso llegamos a pensar que Gayo hablaría de *consortium* como *societas legitima* en este sentido: en el sentido de que los *sui* para constituir el *consortium* actuaría a través de una *legis actio*, en este caso, de una *in iure cessio*. Pero nos parece que es forzar demasiado la constitución de la primitiva comunidad hereditaria. La tesis de Betti podría ser exacta de admitir el testamento en la época al menos de las XII Tablas, y esto—yo lo hemos dicho repetidas veces—no lo admitimos. Por ello, y aun reconociendo que es sugestiva la construcción de Betti, que incluso nos llegó a parecer una plausible explicación del término *societas legitima* de Gayo, no la compartimos⁴⁸.

46. COLLINET, en *RH.* (1934) 102, sostiene que para la constitución del *consortium* era necesario un acto especial de constitución, y se funda para ello en un texto de Varrón, *De lingua latina* 6.64 v. *conserere manu*. Collinet conjetura que los coherederos juntarían sus manos sobre un objeto de la herencia que la simbolizaba en su totalidad, pronunciando a la vez determinadas palabras solemnes que podrían ser *ercto non cito vivamus*, fórmula que Collinet cree propia no sólo del *consortium inter suos heredes*, sino también del *consortium inter alii*. Esta tesis cuenta, sin embargo, con el obstáculo que en Gayo 3.154a no se dice nada de ello, y, además, con la existencia de otros textos importantes, como Gayo 2.157 y D. 28.2.11, que tampoco dicen nada de tan complicado ritual.

47. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* I (rist. inalt. de la 2.^a ed. Padova, 1947), p. 89 n. 25.

48. Muy en relación con esta cuestión, dice RICCOBONO, *Note sulla dottrina dell'errore*, en *BIDR.* 43 (1935) 3, que las interpolaciones más célebres y frecuentes en el Digesto son las constituidas por la sustitución de términos del *ius gentium* a los actos solemnes del *ius civile*. Así, el nuevo Gayo—dice Riccobono—ha revelado que a la *societas quae nudo consensu contrahitur* se solía contraponer la figura propia del *ius civile* que Gayo llama *societas legitima*; esta parte del nuevo Gayo fue suprimida en el manuscrito veronés, y es correcta la sospecha que la misma eliminación se produjese en D. 44.7.57 (*Pomp. 36 ad Q. M.*), en el que entre los negocios solemnes del *ius civile* la *societas legitima* debía ser recordada en oposición o junto a aquella *quae in consensu consistit*. Esta idea confirma nuestra tesis que ve el *consortium*

5. DIVISIBILIDAD DEL "CONSORTIUM ERCTO NON CITO"

Pero aun admitiendo este origen "natural" del *consortium*, en el sentido de no contar en el momento inicial con la voluntad de los *consortes*, no queremos decir con ello que fuera una comunidad indivisible. Hay que observar que de la misma expresión *ercto non cito* ha habido autores que mantienen la indivisibilidad del *consortium* primitivo⁴⁹. Fundamentalmente se apoyan en el famoso texto de Gelio, *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 "ercto non cito"*.

Naturalmente, para todos aquellos autores que defienden la formación coactiva del *consortium*⁵⁰, es decir, que piensan que la ley imponía necesariamente el *consortium*, habrán de suponer que la división era muy difícil o, al menos, estaría sustraída a la voluntad de las partes. Nosotros ya nos hemos pronunciado por la no coactividad del *consortium*, y, consecuentes con esta tesis, mantenemos la divisibilidad del mismo. Pero de todas maneras, el texto de Gelio merece un análisis detenido.

Sostenemos que no puede darse al término *societas inseparabilis* de Gelio un riguroso valor técnico⁵¹. Por otro lado, es de observar que Gelio se refiere ante todo a las sociedades pitagóricas⁵², y a este respecto señala Maschi⁵³ que resulta evidente del contexto de Gelio que éste no tiene preocupaciones de técnica jurídica, y habla del antiguo consorcio incidentalmente, por vía de simple comparación. El consorcio, al no ser coactivo, podría dividirse en cuanto uno de los *consortes* lo requiriera. Desde la época de las XII Tablas el medio legal de dividir el consorcio sería a través de una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Gayo 4.17a), que

como *societas legitima* en cuanto ésta vendría dada por la tradición, por las antiguas *mores*.

49. KARLOWA, *Der römischen Zivilprozess zur Zeit der Legisaktionen* (1872), p. 143 n. 2; FADDA, en *Studi Brugi*, p. 146 ss.; ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 228; id. *Per il XIV Centenario delle Pandette* (Pavía, 1934), p. 511; ARNO, *Il contratto di società*, p. 40.

50. Vid. *supra* n. 32.

51. Así ALBANESE, en *Annali Palermo* 20 (1949) 178. Para SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome* (Paris, 1947), p. 215 ss., el texto de Gelio referido a la *societas inseparabilis* quiere decir que esta sociedad no se disolvía de pleno derecho a la muerte de uno de los asociados.

52. PEROZZI, *Parentela e gruppo parentale*, en *BIDR.* 31 (1921) 121; WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft I* (Weimar, 1936), p. 105 n. 2; BISCARDI, en *Studi Paoli*, 110 n. 1.

53. MASCHI, *Disertiones*, p. 6.

daría lugar a la *actio familiae erciscundae* que parece ser, sin género de dudas, la acción divisoria más antigua a lo largo de todo el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas romanas⁵⁴. Antes de las XII Tablas, se procedería a la partición por medio de acuerdos amistosos⁵⁵, o, como señala Gioffredi⁵⁶, se debe añadir que algún expediente judicial debía preexistir a las XII Tablas, porque es poco verosímil—añade Gioffredi—que la ley crease de la nada una nueva acción para relaciones nunca antes tuteladas; en el fondo lo que harían las XII Tablas sería aprestar un procedimiento más adecuado.

Hemos de observar que, salvo Gelio—y ya hemos visto el valor dudoso de su afirmación—, los datos que tenemos se pronuncian sobre la divisibilidad del *consortium*. Una prueba en este sentido podemos extraerla de la declamación 321 de Quintiliano⁵⁷, en la que la división aparece como normal. En todo caso, tal división está clarísima a partir de las XII Tablas (D. 10.2.1 pr.), que proveyó a la división por medio de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Gayo 4.17a). Para antes de las XII Tablas, hemos de admitir que no conocemos claramente ningún medio jurídico idóneo para ello, pero es de presumir racionalmente que se procediera a la partición de una forma amistosa. En el fondo, la comunidad familiar se regía por principios igualitarios, como ha demostrado el nuevo Gayo, y si cualquiera de los *consortes* podía mancipar las cosas comunes y libertar los esclavos comunes con efectos obligatorios para todos, es más de suponer que pudiera pedir la partición—al menos, de su cuota (ideal)—con iguales efectos obligatorios.

Desde luego, hay que pensar que la *actio familiae erciscundae* no ha sido un remedio originario para la división del *consortium*; por ello piensa Cornil⁵⁸, seguido por Albanese⁵⁹, que la división estaría condicionada originariamente al acuerdo efectivo de todos los *consortes*. A partir de las XII Tablas, cada uno de los miembros del *consortium* podría pedir independientemente de los demás la partición. Tal hipótesis la apoya Albanese en la consideración que tales límites originarios (necesidad del acuerdo de to-

54. Vid. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht* (Weimar, 1912), p. 2 ss.

55. Así MICHON, *Autour des origines légales de l'agnation externe*, en *Mélanges Cornil* 2 (París, 1926), p. 116; ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Napoli, 1950), p. 6 n. 5.

56. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, p. 230 n. 90.

57. Vid. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* (Milano, 1938), p. 243.

58. CORNIL, *Du mancipium au dominium*, en *Festschrift Koschaker I* (Weimar, 1939), p. 411, 425. Cornil sigue bastante la opinión del holandés Wilms, cuyas obras no hemos podido manejar directamente, sino a través de Cornil.

59. ALBANESE, en *Ann. Palermo* 20 (1949) 183.

dos los miembros para la partición antes de las XII Tablas) serían conformes al estado general de la vida social romana primitiva, y, sobre todo, sería conforme al rígido sistema patrimonial del *consortium* que presupone indudablemente una importante exigencia de unidad. A la posibilidad de división del consorcio refiere Albanese un texto de Quintiliano, ya citado más arriba: *Inst. orat.* 7.3.13: *clarigatio ercti citi*. Observa Albanese que el término *clarigatio* es muy antiguo y se aplica en el campo del lenguaje publicístico y religioso⁶⁰; haría referencia al Derecho de guerra, significando intimación de guerra, de lo que deduce Albanese que se puede estimar con bastante probabilidad que la frase *clarigatio ercti citi* indicase la intimación por parte de un miembro del consorcio a los otros para obtener la división del mismo. Nos parece muy hipotética esta explicación; no olvidemos que Quintiliano cita estas palabras a propósito de ejemplificar términos oscuros en la lengua latina.

6. ADMINISTRACIÓN DEL "CONSORTIUM ERCTO NON CITO"

Veamos ahora los problemas que plantea la administración del *consortium*. El nuevo Gayo 3.154b hace referencia, ciertamente, 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 siervo común hacía adquirir para todos el derecho de patronato sobre el mismo, y, haciendo la *mancipatio* de la cosa común, el comprador adquiría válidamente la cosa. Este régimen, en abierta oposición con los principios clásicos, no puede explicarse de otro modo que recurriendo al vínculo familiar que unía a los *consortes*, que colocaba a todos en una posición jurídica igualitaria. Rechazamos por ello la hipótesis de Solazzi⁶¹, que el "unus" de Gayo sea el *consors* administrador al que los otros *consortes* hubieran confiado el encargo de regir y administrar el consorcio. Los argumentos de Solazzi son los siguientes: ningún consorcio ha podido vivir y florecer sin la persona de los administradores; el antiguo Derecho romano admitía que el administrador con plenos poderes de disposición fuese uno solo de los socios (*vel unus*), y si hay un *suus* que puede enajenar la propiedad social y verosímelmente también obligar a todos los socios, aquel *suus* moral y jurídicamente asume el puesto de jefe del consorcio. La absoluta paridad entre los miembros del consorcio no es cierta, porque las necesidades vitales del consorcio no lo permiten. Esta tesis ha sido combatida desde todas

60. Cfr. WISSOWA, v. *clarigatio*, en *REPW.* III c. 2627.

61. SOLAZZI, en *Per il XIV Centenario*, p. 448 ss.

partes⁶², y ciertamente tiene muchos puntos débiles. El principal, quizá sea que el *unus* del que habla Gayo se refiere evidentemente a que uno cualquiera de los *consortes* podría actuar válidamente sobre las cosas comunes obligando con su actuación a los demás⁶³; no se refiere a que los *consortes* eligieran un administrador al que confirieran poderes amplios. Esto sería concebir la primitiva comunidad hereditaria con unos moldes tardíos. Las escasas fuentes de que disponemos no nos dicen nada en este sentido (Gayo 2.157 y D. 28.2.11); más bien insisten en la posición igual de todos los hermanos.

El régimen del *consortium* sería análogo a la colegialidad⁶⁴. Cada uno de los *consortes* podría hacer todo en cuanto no se lo impidiera cualquiera de los otros. En este punto, los esfuerzos de Bonfante son todavía de gran utilidad. Así, dice Albertario⁶⁵ que en el consorcio familiar —esto es, dice, en el primer tiempo histórico del condominio— cada uno de los *consortes* tiene el poder sobre toda la cosa, como cada uno de los dos cónsules está investido de todo el poder soberano. En todas estas ideas hay un gran eco de las teorías bonfantianas, en primer lugar de la famosa “teoría política de la familia”, y también de la teoría del “dominio plúrimo integral” que Bonfante atribuye al condominio⁶⁶. Así, en España, el profesor Arias Ramos⁶⁷ señala que los nuevos fragmentos de Gayo, en vez de desnaturalizar la tesis de Bonfante, demuestran el paralelismo que éste tanto acentuó entre la evolución de la familia y la de la *civitas* en el paso de la monarquía a la colegialidad republicana.

Hay que pensar que para Bonfante la familia primitiva romana sería un organismo cuya estructura y función tenía la misma estructura que la *civitas*, o sea, la familia tendría una naturaleza política en cuanto realizaba prácticamente los mismos fines que realizaban los organismos primitivos: orden y autoridad internos,

62. ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 237; ARANGIO-RUIZ, en *BIDR.* 42 (1934) 602; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 281 ss.; MASCHI, *Dissertationes*, p. 49 n. 2; WIEACKER, *Societas*, p. 180; ALBANESE, en *Annali Palermo* 20 (1949) 186 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo*, p. 230 n. 87.

63. Cfr., por ejemplo, WIEACKER, ob. cit. y ALBANESE, ob. cit.

64. Vid. ARIAS RAMOS, en *Rev. D. priv.* 1942, p. 147; DE VISSCHER, *La notion de puissance dans l'organisation de l'ancien droit romain*, en *Nouv. ét.* (Milano, 1949), p. 268; id. en *Conf. rom. Castelli* (Milano, 1940), p. 13; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 281; FREZZA, en *Studi Solazzi*, p. 501. 529 ss.; FADDA, en *Studi Brugi*, p. 143; ALBERTARIO, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934) 231.

65. ALBERTARIO, en *Per il XIV Centenario delle Pandette*, p. 514 ss.

66. La teoría política de BONFANTE puede verse en sus *Scritti giuridici varii I* (Torino, 1926), p. 101 ss.; *Corso di diritto romano VI* (Roma, 1930), p. 79 ss. La tesis del dominio plúrimo integral puede encontrarse en su *Corso di diritto romano II. 2* (Roma, 1928), p. 13 ss.

67. ARIAS RAMOS, en *Rev. D. Priv.* 1942, p. 147.

dirigidos por un *pater familias*, y un sistema de defensa hacia el exterior. En esta tesis de Bonfante hay un núcleo admisible, en cuanto ha logrado captar la fuerza y energía del núcleo primitivo de la familia en ausencia de un núcleo fuerte estatal, tesis política que se difundió extraordinariamente y en el mundo del Derecho sirvió para explicar una serie de aspectos de las instituciones jurídicas. Pero la teoría política comenzó a decaer en Italia mismo⁶⁸, y en realidad los autores alemanes nunca habían aceptado claramente la teoría política al partir de la comunidad primitiva romana de la casa. Arrastrando los romanistas alemanes una tendencia comunitaria en el estudio de las instituciones primitivas, supusieron que la familia romana, como la germánica, era una gran comunidad donde todos los miembros eran iguales en derecho, trasunto de las comunidades germánicas primitivas; y, en efecto, en las instituciones romanas hallaron un *mínimum* de base para llegar a esta idea. Los hijos se consideraban en cierta manera *condóminos* en la vida de su padre. Por otro lado, el *consortium ercto non cito* del nuevo Gayo fue para los romanistas alemanes una prueba de que la familia romana era una comunidad integrada por el padre y los hijos en igualdad de derechos⁶⁹. Es decir, insisten fundamentalmente en el carácter de comunidad familiar —“Hausgemeinschaft”— del primitivo instituto romano. El *consortium ceterorum* lo explican dentro de esta corriente de ideas, como un hermanamiento artificial, una “Verbrüderung”⁷⁰.

Pero con todo, el núcleo de ideas de Bonfante sigue teniendo defensores. Así, Arias Ramos⁷¹, en orden al *consortium*, dice: “la finalidad a que con el *consortium* se apuntaba, presenta, juntamente con el aspecto económico, aquel otro de tipo político en el que tanto insistió Bonfante. La familia fue originariamente organismo político; especie de válvula federal o feudal, cuyo agrupamiento integraba la *civitas*, y al evitar el fraccionamiento del patrimonio familiar, no se buscaba sólo la finalidad económica de la continuidad en la explotación, sino la de no debilitar con la des-

68. Quizá el último gran esfuerzo antibonfantino en Italia sea el realizado por AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis*, en *SDHI*, 10 (1944) 1 ss.

69. Vid. BESELER, *Lucubrationes Balticae*, en *SDHI*, 3 (1937) 386; *Rö-misch-Germanischen Frührecht*, en *Conf. rom. Castelli*, p. 46 ss.; LEICHT, *Il diritto privato preirneriano* (Bologna, 1933), p. 74 (para época más tardía); SIBER, *Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden*, en *Acta Acad. univ. iurispr. comp.* I (1928) 986; KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* 2.^a ed. (Köln-Graz, 1956), p. 5; WESTRUP, en *Studi Albertoni* 1, p.160 ss.; RABEL, *Erbengemeinschaft und Gewährleistung*, en *Mnemosyna Pappulias* (Atenas, 1934), p. 187; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 258 ss.; WIEACKER, *Societas*, p. 212 ss. En contra, muy vigorosamente, ALBANESE, en *Ann. Palermo* 20 (1949) 195 ss.

70. Así, por ejemplo, WIEACKER, *Societas*, p. 131 ss. y 169 ss.

71. ARIAS RAMOS, en *Rev. D. Priv.* 1942, p. 146.

membración de su territorio el núcleo político que la familia constituía, así como la de procurar que en la organización centuriada de la *civitas*, los miembros de la familia en el régimen de *consortium*, siguieran conservando el mismo puesto en el censo". En este mismo campo de ideas se mueve De Martino⁷², que actualmente sigue diciendo que la teoría política de la *gens* y la familia resiste todavía: es la única que permite entender la estructura de los grupos en el mundo romano antiguo. Explica el proceso histórico antiguo como el traspaso de la originaria comunidad familiar doméstica a un rudimentario grupo político para que surgieran los primeros poderes coercitivos. De Martino⁷³ no acepta la hipótesis de que el ordenamiento de la *gens* se pueda reconstruir sobre la base del *consortium*, porque para él el *consortium* es un derivado histórico de la gran familia primitiva en la que el fuerte poder del padre era atenuado por el poder colegial de los hermanos. Concorde con su tesis, añade⁷⁴ que los esfuerzos realizados para encontrar en el sistema de *consortium* romano la prueba de una comunión doméstica, en la que los miembros singulares son copartícipes ya durante la vida del padre, no aparecen coronados por el éxito. En tal hipótesis —dice De Martino— convendría distinguir entre herencia y comunión colegial de los hermanos, y tal distinción no está probada de ninguna manera; por otro lado —añade—, el consorcio familiar no excluye que en época más arcaica el poder fuese atribuido a uno solo de los hermanos, y que el régimen descrito por Gayo se remonte a una etapa intermedia del desarrollo histórico.

Hay varios puntos corregibles en la tesis de De Martino. Quizá el principal —desde nuestro punto de vista— sea hablar de la herencia en la época en la que rige el *consortium exco non cito* (creemos que el *consortium* se mantuvo desde antes de las XII Tablas hasta finales de la República, es decir, se mantuvo en la medida que no había un concepto de *hereditas*, ni de testamento con institución de heredero en sentido técnico), porque sostenemos que durante gran parte de la República y, desde luego, en las XII Tablas no había un concepto de *hereditas* técnicamente hablando. Si hay un único *suus heres*, éste sucede automáticamente al *pater familias*, y si hay varios, se forma una comunidad entre ellos, automáticamente, sin intervención de la voluntad (cfr., aunque es mucho más tardío, D. 10.2.25.16), porque ya en vida del *pater* los hijos, en cierta manera, son copropietarios del patrimonio familiar (Gayo 2.157; D. 28.2.11). El concepto de *hereditas* iría naciendo en la medida que la fuerte cohesión de la familia primitiva se iba

72. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* I (Napoli, 1958), p. 11.

73. DE MARTINO, *Storia* I p. 12.

74. DE MARTINO, *Storia* I p. 15.

disgregando, y llegaría un momento en que tal dispersión daría facultad al *pater* para designar un heredero. El *pater* en la época arcaica tendría dentro de la familia unos poderes grandes, tales como la *potestas* sobre sus hijos, poder tan enraizado dentro de las antiguas *mores*, que para perderlo habría de mancipar (*venum dare*, dicen las fuentes: XII Tablas III.2, según la reconstrucción de Bruns) tres veces al hijo⁷⁵, pero el ámbito de atribuciones patrimoniales le estaba vedado. No podría disponer de los bienes fundamentales dentro de aquella economía primitiva (*familia*), porque socialmente, y es más, jurídicamente (XII Tablas V.4), estos bienes eran adquiridos automáticamente por sus hijos —*sui heredes*—, que más que adquirir dichos bienes *ex novo*, no harían más que actualizar su latente derecho de propiedad que ya tenían en vida del padre, de tal manera que Paulo, comentando a Sabino, para este caso señala *ut nulla videatur hereditas fuisse*, sino una *continuatio domini*. Ya la idea de *hereditas* era normal en época de Sabino, y Paulo, para acentuar de qué manera se producía la sucesión de los *sui*, no tenía más remedio que apelar al ejemplo, extraño probablemente en su época, de que no pareciera haber *hereditas*.

De todas maneras, la tesis de la finalidad política del *consortium* no está muy descaminada. En este sentido, numerosos autores señalan que los hijos, viviendo en la indivisión familiar, continuarían incluidos en las mismas clases del censo en la que estuviera el *pater familias*⁷⁶. Ahora bien, esta situación, a nuestro juicio, es más una consecuencia que causa del *consortium*⁷⁷. Los hijos continuarían viviendo en la indivisión porque no había testamento por el que el padre pudiera asignar a cada uno de ellos una porción

75. Vid. últimamente FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho Romano* (Salamanca, 1963) p. 45.

76. Vid. en este sentido, ARIAS RAMOS, ob. cit. 146; DEL CHIARO, *Le contrat de société en Droit Romain privé* (París, 1928) p. 11; MONIER, *Nouveaux fragments* p. 25; DE ZULUETA, en *JRS.* 25 (1935) 27 n. 30; ARANGIO-RUIZ, *P. S. I.* XI p. 36 n. 3; íd. *La società* p. 7; GAUDEMET, *Indivision* p. 13.

77. Aunque no admitamos el núcleo de ideas bonfatianas, no quiere decir que suscribamos ideas como las que expone GIOFFREDI, *Diritto e processo* 229, para quien el *consortium* se explica como una cuestión de oportunidad. Gioffredi observa que constituida la familia como núcleo autónomo, emerge paralelamente la autonomía de los *fili* a la muerte del *pater*, y su permanencia en la comunidad familiar se pone como cuestión de oportunidad que no lesiona aquel principio de autonomía. No creemos que el *consortium* fuera una cuestión de oportunidad; es que la misma estructura económica primitiva, y la fuerte cohesión de la familia lo exigía, todo ello unido a la imposibilidad por parte del *pater* de designar un heredero entre los *sui*, al no tener facultad para ello. La familia sería una comunidad —incluso de bienes— aun en vida del *pater*, comunidad que aparece con mucha mayor transparencia a la muerte de éste.

de los bienes familiares en el caso de su muerte, por lo que los hijos, siempre que fueran varios, automáticamente pasarían a ser titulares del patrimonio familiar solidariamente. En este sentido, es aceptable la tesis de Arangio-Ruiz⁷⁸, que mantiene que en el *consortium* la idea de fracción (cuota hereditaria) que funciona en el interior del grupo para el reparto de los frutos y los gastos, y ciertamente ha dado la norma a la eventual división, no entraba en juego en las relaciones con los extraños: aquí cada uno de los *consortes* representaba todo el consorcio, tanto en los actos positivos como en la defensa judicial. Y no había testamento porque no se conocía aún la idea de *hereditas*. Esta sufrió un largo período de evolución: en principio tendría un carácter de *res corporalis*, quizá de cosa colectiva⁷⁹, y más tarde, a finales de la República, llegaría a ser un concepto jurídico abstracto; el proceso está ya claramente perfilado en Labeón, que habla de la *hereditas* como *nomen iuris* (cfr. D. 37.1.3.1).

7. LA COMUNIDAD FAMILIAR

Veamos ahora las fuentes de época clásica que nos informan de la comunidad familiar.

Gayo 2.157. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur. unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum, necessarii vero dicuntur, quia omni modo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.

D. 28.2.11. (Paul. 2 ad Sab.) In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

78. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (Napoli, 1957), p. 226.

79. Para una ampliación de estos conceptos, vid. nuestro trabajo citado, *La venta de herencia en Derecho Romano*.

80. Así, WIEACKER, *Societas*, p. 178, señala D. 28.2.11 como "Kernstelle". LEIFER, *Suus heres und älteres Libraltestament*, en *Festschrift Koschaker*

Estos textos, tan exaltados para la doctrina que defiende la comunidad doméstica⁸⁰, han sido atacados desde diversos puntos de vista. Metodológicamente los critica De Martino⁸¹, que observa que no pueden ser invocados para sostener la originaria comunión doméstica, porque no es posible que los clásicos pudieran tener todavía conciencia de principios antiquísimos y extraños a su mentalidad. Contra la genuinidad de los mismos se pronuncian Beseler, Solazzi y, durísimamente, Albanese.

Beseler⁸² elimina del texto: <Sui heredes> [*in suis hereditibus - essent, qui*] ... [*sola nota - genitus sit*], por lo que deja una puerta abierta a la comunidad familiar; rechaza la *continuatio domini*, pero mantiene como genuina la frase *vivo patre quodammodo...* Solazzi⁸³ sostiene como glosema "*et vivo... existimantur*" en ambos textos. Solazzi entiende que es exacto afirmar que los *liberi* se llaman *sui* y que reciben en primer grado la sucesión intestada porque son *domestici heredes*. Pero no es exacto —dice— que el grado de la vocación dependa o se justifique por el condominio; la idea de la comunidad de derecho no es necesaria para justificar la sucesión de los hijos a la muerte del padre, y menos la adquisición inmediata del patrimonio hereditario sin que realizaran la adición. También observa⁸⁴ que la *continuatio domini* no sería una prerrogativa de los *sui*, sino un fenómeno que existe en toda herencia, bien que sea más conspicuo y rico en consecuencias en la sucesión de los *sui*.

Rabel⁸⁵, por su parte, somete D. 28.2.11 a una crítica muy discreta. Elimina *evidentius*, el inciso *sola nota - genitus sit*, y desde *hac ex causa* hasta el final, de forma que mantiene perfectamente la tesis de la "*Hausgemeinschaft*"⁸⁶.

Pero la crítica más exagerada a estos textos, fundamentalmente a D. 28.2.11, ha sido la realizada por Albanese⁸⁷, que niega todo valor al texto; crítica realizada —a nuestro juicio— con unos caracteres demasiado dogmáticos.

Es posible que haya alguna alteración: el *evidentius, consequuntur* en vez de *consequi*, introducidos en el texto por obra de

2 (Weimar, 1939), p. 248 n. 2 destaca la importancia —y genuinidad— de estos textos en orden a "*der latenten Mitberechtigung der Hauskinder am Familieneigentum*".

81. DE MARTINO, *Storia* I, p. 15 n. 16.

82. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV (Tübingen, 1920), p. 231.

83. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* I (Napoli, 1932), p. 160 ss.; *id.* "Quodam modo" nelle istituzioni di Gaio, en *SDHI*. 19 (1953) 124 ss.

84. SOLAZZI, en *SDHI*. 19 (1953) 129 n. 24.

85. RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantès*, en *ZSS*. 50 (1930) 326 ss.

86. Que desarrollará el mismo RABEL más tarde en *Mnemosyna Pappulias*, p. 187 ss.

87. ALBANESE, en *Annali Palermo* 20 (1949) 218 ss.

algún postclásico, pero no creemos por ello que esté alterada la sustancia del texto, porque, entre otras razones, no creemos reflejara la situación en la época clásica, sino que se refiere a otra época más antigua. Hay que pensar que el texto de Paulo está sacado de un comentario de Sabino, y por otro lado, Gayo como es hoy admitido que sus Instituciones no son íntegramente del siglo II, sino que habría comentado unas Instituciones anteriores⁸⁸, probablemente habría comentado a Sabino —aunque esta hipótesis no tenemos conocimiento que esté demostrada todavía—. En la época clásica el *consortium* entre hermanos no tendría los mismos caracteres que hemos visto en el antiguo *consortium ercto non cito*; ahora se acentúa más el momento voluntario, cfr. D. 17.2.52.8: *si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit*; cfr. también D. 10.2.39.3; 26.7.47.6, que apuntan ya a la *societas omnium bonorum* constituida entre los hermanos voluntariamente entre ellos. De ahí que creamos que D. 28.2.11 y Gayo 2.157 no se refieren tampoco exactamente a la situación de su época, sino a una época anterior⁸⁹.

Kunkel⁹⁰ señala que aún quedan en el primer siglo del Imperio huellas —sobre todo epigráficas, aunque también cita alguna fuente literaria— que atestiguan que el concepto y función social del *consortium* estaban vivos todavía. Así cita C. I. L. XII 5864; VI 22355a; V 2844; V 6066; V 3405; VI 14093, y Plinio, *ep.* 4.10; 5.1; 5.7 y 7.11 Estos datos prueban que aún perduraría en los romanos el recuerdo del antiguo *consortium*, aunque en el terreno técnico-jurídico se le iba dando otra configuración: quizá en primer lugar se le consideraría una *societas re contracta* o una *communio*, y en todo caso, y esto es ya obra postclásica, como *communio incidens* (D. 10.2.25.16). Aún recuerda Kübler⁹¹ que en Plauto, *Trucul. Prol.* 21 se hace una alusión al *consortium ercto non cito*, y Pringsheim⁹², corrigiendo una lectura de Heimbach (*Bas.* I, 753), encuentra una mención del *consortium* —κοινωνία— *ercto non cito* en el escolio de Esteban a D. 17.2.52.6, lectura confirmada por Lawson⁹³, y posteriormente por el propio Pringsheim⁹⁴.

88. En este sentido, D'Ors, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca, 1943), p. 99.

89. Así, por ejemplo, ARANGIO-RUIZ, *La società*, p. 8 n. 11, señala que D. 28.2.11 tiene un valor más social que jurídico, no compartiendo tampoco la exagerada crítica de ALBANESE.

90. KUNKEL, *Ein unbachtetes Zeugnis über das römische consortium*, en *Ann. Fac. Droit d'Istanbul*, 4-5 (1955) 57 ss.

91. KÜBLER, *Erctum ciere bei Plautus?*, en *ZSS.* 56 (1936) 257.

92. PRINGSHEIM, *Stephanos zu D. 17.2.52.6*, en *ZSS.* 45 (1925) 492.

93. LAWSON, *Bemerkungen zur Basilikenhandschrift Coislilianus 152*, en *ZSS.* 49 (1929) 208 ss.

94. PRINGSHEIM, *Das Basilikonskolion zu ercto non cito*, en *BIDR.* 44 (1936-37) 415.

Este dato nos asombra bastante, y sólo puede explicarse en el sentido que el escoliasta Esteban era un gran conocedor de las antigüedades romanas.

8. EL "CONSORTIUM CETERORUM"

En Gayo 3.154b se menciona la posibilidad de que a imitación del *consortium ercto non cito*, pudieran extraños formar una sociedad análoga. Pero este consorcio entre extraños tiene su fundamento en la voluntad de sus miembros (*societatem coierint*), voluntad que ha de tener una manifestación expresa y solemne delante del pretor, y por medio de una *certa legis actio*, probablemente a través de una *in iure cessio*⁹⁵. Cada uno de los que pretendían formar parte de esta sociedad haría cesión *in iure* de sus bienes en favor de la sociedad, o en todo caso, cada uno de ellos harían *in iure cessiones* recíprocas para formar este nuevo consorcio⁹⁶. Está muy clara la consensualidad de esta forma social; no es que sea la consensualidad pura como se dio en la época clásica; el *consortium* artificial se rodea de ciertos requisitos: presencia ante el pretor, actuación por medio de una *legis actio*, actos que no se requerirán más adelante, en el momento en que el simple consentimiento generaba obligaciones entre las partes por ello mismo: porque se había otorgado el consentimiento. Pero en una etapa primitiva de Roma, que podemos centrar desde antes de las XII Tablas hasta el siglo II o I a. C., sólo había un tipo de sociedad, sociedad que no era consensual, sino una comunidad familiar; todos aquellos que querían formar una sociedad no tenían más remedio que acudir al expediente de imitar en su constitución tal comunidad familiar; esta nueva forma sería consensual, pero sujeta a una serie de requisitos, de forma que con el tiempo, a medida que el principio de autonomía de la voluntad se va desarrollando, irán desapareciendo, hasta llegar a la época clásica en la que el tipo más general de sociedad será contractual por antonomasia. Todavía se admiten ciertos tipos sociales que no entran exactamente dentro de

95. En este sentido, entre otros, vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* (13 ed.), p. 350; LEVY, en *ZSS.* 54 (1934) 290; WEISS, *Untersuchungen zum neuen Gaius*, en *Festschrift Schulz II* (Weimar, 1951), p. 87; DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II, p. 177.

96. WIEACKER, *Societas*, p. 154, da al consorcio entre extraños el nombre de *ercto non cito*, considerando que Gelio *N. A.* 1.9.12 aplica tal nombre al consorcio artificial, como lo prueba las frases *in medium dabat, coibatur...* que apuntan a una constitución del consorcio mediante actos idóneos que no se exige para el consorcio entre hermanos. En contra, ALBANESE, en *Ann. Palermo* 20 (1949) 142 n. 3, objetando que Gelio se refiere solamente al consorcio pitagórico cuya constitución no podía producirse sino por actos de tal género.

la sociedad contractual, que fuerzan a los juristas a hablar de una *societas re contracta*, una sociedad contraída, no por la voluntad, sino por la fuerza misma de determinadas situaciones, formas que en época postclásica ya se encuadrarán al margen de obligaciones contractuales para entrar en el campo de los cuasicontratos.

ARMANDO TORRENT
(*Universidad de Salamanca*)