

LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y SU FINANCIACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Por

JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS
Catedrático de Derecho Romano
Universidad CEU San Pablo

balnou@ceu.es

I. INTRODUCCIÓN ¹

Desde fines del siglo XX se ha asistido a un curioso fenómeno, producido en el seno de las economías nacionales de muchos países, consistente en la asunción por parte de entidades privadas de sectores económicos tradicionalmente reservados al Estado. A lo largo de los últimos años, ha sido objeto de profundo debate, desde que, junto a las ventajas iniciales de la gestión realizada por la iniciativa privada, se advirtieran inconvenientes o reparos, algunos graves, surgidos de las distorsiones que la intromisión del interés privado en la esfera del interés público ha producido o puede producir ².

El conocimiento de la historia, sin embargo, y más exactamente de la llamada “Antigüedad clásica” (y, ciñendo aún más el tema, del derecho romano) nos permite iniciar nuestra exposición con una interesante premisa: las privatizaciones constituyeron un fenómeno generalizado en la Antigüedad gracias al sistema de los arriendos públicos. Tanto Grecia como Roma lo llevaron a cabo de modo generalizado. Pero la experiencia jurídica romana, que deseamos exponer aquí referida a la época republicana e imperial, nos resulta aún más llamativa e instructiva, por la finura de la concepción jurídica, propia de un pueblo sabedor de la excelencia, y aún más, de la superioridad de su derecho. El

¹ El texto de este artículo se corresponde con la ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre el “Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas”, celebrado en la Universidad Complutense de Madrid los días 23 y 24 de noviembre de 2006. Vaya mi agradecimiento más sincero al Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la citada Universidad, y muy especialmente a sus Directores, los profesores Falcón y Tella y García de la Mora, por su amable invitación a participar en él.

² Vid. la interesante introducción en este sentido de U. MALMENDIER, *Societas publicanorum: staatliche Wirtschaftsaktivitäten privater Unternehmer*, Bohlau Verlag, Viena, 2002.

derecho público en este punto no escapa a esta consideración. Desde la famosa e imponente obra “Derecho público romano” de Mommsen ³, el estudio de los diversos aspectos del derecho público romano ha sido realizado en profundidad por la romanística del siglo XX.

Sin embargo, ha pesado en el análisis efectuado un insidioso prejuicio, que ya se puede encontrar siglos atrás en Leibniz (y que incluso llega hasta los propios autores romanos; por ejemplo, Cicerón): el de la distinción entre historia externa e historia interna del derecho. El derecho público, según el sabio alemán, pertenece a aquélla y es como un elemento extraño al verdadero derecho, integrante de la historia interna, que es el derecho privado. En la obra de Mommsen se contiene, no obstante, suficiente material (nos referimos sobre todo a las fuentes, recogidas por cada tema con extraordinaria minuciosidad en su valioso aparato de notas) como para llevar a cabo una recuperación de las bases del derecho público romano en sus diferentes facetas, realizada con sentido histórico pero la vez con olfato jurídico.

Esta es, según nuestra opinión, una ineludible tarea del romanista actual en cuanto al derecho público (sin que esto signifique una diferente actitud con respecto al derecho público y al privado respectivamente): la de realizar estudios jurídicos en los que, con ayuda de todas las herramientas de las que disponga (historia antigua, filología clásica, el epigrafía, etc.), aparezca destacado el aspecto jurídico del fenómeno analizado – conforme al “Eignisinteresse” o interés específico al que aludía Wieacker-, sin anacronismos, pero tampoco sin la ceguera jurídica, ni el esfuerzo de síntesis, de un cierto tipo de historicismo próximo en espíritu al de un coleccionista de antigüedades. No debe olvidarse, en este sentido, que Roma y su derecho ha constituido y constituye un modelo con el que se han visto y se siguen viendo reflejados aún aspectos básicos de la civilización occidental. Sus fuentes jurídicas y literarias han sido objeto de análisis por parte de estadistas y príncipes, legisladores, juristas, hombres de la ciencia y la cultura de todos los tiempos, y que han inspirado la realización de movimientos y cambios en la historia (pensemos, por ejemplo, en la Revolución Francesa, hecha sobre moldes romanos) ⁴.

³ La edición que manejo es: *Römisches Staatsrecht*, Verlag Von S. Hirzel, Leipzig, 1877.

⁴ Cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*⁹, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006. En cuanto a las concesiones administrativas en derecho romano, v. el trabajo realizado bajo la dirección del autor anterior de S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Dykinson, Madrid, 1996. Por nuestra parte, nos ocuparemos en el presente trabajo más del aspecto de la financiación que de la cuestión de las concesiones administrativas.

II. LA TERMINOLOGÍA

Lo primero que llama la atención del tema que pretendemos abordar es la precisión terminológica o, de otro modo, la reserva o acuñación técnica, que el derecho romano lleva a cabo, de términos y expresiones, no fáciles de interpretar por cierto, referidas a las obras públicas en Roma. Así, por ejemplo, la de '*opera publica*'⁵, que se contiene además en sendos títulos del Digesto (D. 50.10) y Código de Justiniano (CJ. 8.12), pertenecientes a ambos a la compilación justiniana (pilar a su vez, no lo olvidemos, del derecho europeo).

O bien, la distinción, perfectamente delineada, entre construcción nueva y reparación de obras: '*opera publica facienda et sarta tecta tuenda*' (o sea, “la realización de las obras públicas y el cuidado de las reparaciones”), donde los verbos aluden, respectivamente, el primero (*facere*) a una actividad creativa o constructiva (expresada por el verbo hacer) y el segundo (*tueri*) a una actividad de vigilancia y cuidado (cuidar, velar por). La expresión completa antes referida suele concluir en las fuentes con el verbo '*locare*', que significa arrendar y que prueba de manera manifiesta el predominio absoluto del sistema de adjudicaciones públicas en Roma. Por otra parte, la expresión '*sarta tecta*' resulta difícil de traducir: se refiere sin duda a la reparación de edificios y construcciones varias. Según una cierta versión, la primera de las palabras haría referencia al cuerpo del edificio (Mommsen la pone en relación con el término griego '*sarx*' que alude a la carne) y la segunda, inequívocamente a la techumbre.

Una tercera expresión referida a las obras públicas es '*ultra tributa*', contenida a menudo de modo técnico en el binomio siguiente: '*vectigalia et ultra tributa*', la primera referida a todos los ingresos públicos (y muy especialmente a lo que podríamos denominar impuestos indirectos en Roma), y la segunda, puesta en relación con muy diferentes objetos: por un lado, suministros varios y, por otro, obras de todo tipo y envergadura, todos ellos subsumibles en lo que podríamos denominar gastos públicos.

La extensión a todas las esferas de la vida social del sistema de adjudicaciones públicas de obras y suministros se muestra por el hecho de que alcanza incluso a casos curiosos, aparentemente insignificantes, aunque no tanto si se juzgan a la luz del derecho sacral: como tales pueden citarse, por ejemplo, la adjudicación de la

⁵ Obra clásica sobre este tema es sin duda la de E. DE RUGGIERO, *Lo Stato e le opere pubbliche in Roma antica*, Torino, Fratelli Bocca Ed., 1925, en la que su autor realiza una cuidada ordenación de testimonios literarios y epigráficos de los diferentes tipos de obras y modos de realización.

No he podido aún consultar la obra, en prensa a la fecha de redacción de este trabajo, de B. MALAVÉ sobre el tema aquí tratado.

alimentación de los célebres gansos del Capitolio, la pintura de la estatua de Júpiter en días de fiesta, o el *classicum*, la señal sonora que debía darse para convocar al pueblo a la reunión de los comicios.

Aparte de estos ejemplos, destacan ciertos supuestos entre los suministros, como el de la provisión del ejército del que luego nos ocuparemos respecto de un caso histórico. En cuanto a las obras, merecen ser citadas entre otras: la edificación de templos, la construcción de teatros, puentes y murallas; las vías públicas (150.000 kilómetros sólo fuera de Italia); la colocación de estatuas; los célebres acueductos, que hicieron decir a Plinio el Viejo que no había nada más admirable en todo el orbe terrestre; el sistema de alcantarillado, de extensión colosal y cuyos gastos de reparación y limpieza provocaban el asombro de los historiadores de la Antigüedad ⁶.

III. LOS ADJUDICATARIOS

Por otra parte, el adjudicatario de obras y suministros públicos recibe varias denominaciones. Así, la de *publicani*: -Según la jurisprudencia romana-Ulpiano D. 39.4.1.1-, son aquellos que literalmente “disfrutan de lo público” (donde el disfrute incluye el uso: lo fundamental aquí es obtener un rendimiento de algo que se usa). A este respecto, Mommsen ⁷ relaciona lingüísticamente la voz ‘*frumentum*’ –es decir, grano, que es fruto de la tierra por excelencia- con el ‘*brauchen*’ –lit. usar- germánico; “ya paguen un canon o vectigal al fisco u obtengan un tributo”, continúa Ulpiano ⁸. –El término se extiende, sin embargo, a “todos los que toman en arriendo algo del fisco -afirma Ulpiano-, son propiamente denominados publicanos” (Ulp. 55 ed. D. 39.4.1.1 ⁹).

Una segunda denominación es la de ‘*redemptor*’ que alude a un contrato con el Estado romano (no entramos aquí en la polémica sobre la utilización de este término con respecto a la cosa pública romana) que no es de arrendamiento sino de compra (*emere*).

⁶ Una revisión de esta terminología ha llevado a cabo A. TRISCIUOGLIO, «*Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Jovene, Napoli, 1998.

⁷ Op. cit., zweiter Band, 1. Abteilung, 431 nt.3.

⁸ Mommsen corrige aquí el texto –v. nota siguiente- para leer ‘*ultra tributa*’, es decir, “...ya obtengan una adjudicación de obras o suministros públicos”.

⁹ «*Publicani autem sunt, qui publico fruuntur (nam inde nomen habent), sive fisco vectigal pendant vel tributum consequantur: et omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani*». Sobre los publicanos v. ahora: L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta: Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, G. Giappichelli, Torino, 2002.

Festo¹⁰, célebre gramático romano quizás de fines del s. II d. C., aclara¹¹ que *'emere'* se utiliza aquí el lugar de "recibir" (*accipere*). En realidad, el contrato de compraventa y el de arrendamiento resultan muy próximos, como la jurisprudencia romana advirtió especialmente con respecto al contrato de obra. Mientras *'publicani'* es un término que se refiere a la actividad profesional en su conjunto, el término de *'redemptor'* se aplica un contrato determinado de obra o de suministros. Por ejemplo, vemos denominaciones concretas como *'redemptor aedis Castoris'* o *'manceps viae Appiae'* (referida la primera al templo de Cástor y la segunda a la Vía Apia. Según una explicación etimológica errónea pero elocuente a este respecto, *'manceps'* es aquel que compra o toma en arriendo algo del pueblo indicándolo por el hecho de levantar la mano (aunque más que "levantar la mano", *manu capere* alude a un "agarrar con la mano"¹²). La terminología es la propia de las subastas (término este que procede del latín y que alude a las adjudicaciones hechas por los censores *sub hasta* -bajo una lanza clavada en el lugar donde se produce la licitación y que simboliza la presencia e intervención del poder público-). "Se denominaban antiguamente ventas los arrendamientos de los censores, ya que se vendían los que podrían considerarse frutos de los lugares públicos" (Festo. L. 376)¹³.

IV. SUMINISTROS Y OBRAS PÚBLICAS EN ROMA

Dejando a un lado la época monárquica en la que parece predominante, aunque no exclusiva, la aplicación del sistema de los servicios obligatorios o *munera* a cargo de los integrantes de la comunidad o pueblo romano (más considerados como súbditos que como ciudadanos)¹⁴, centraremos nuestro análisis en la época republicana y el Principado. Durante la República, y sobre todo a partir de la Segunda Guerra Púnica, se produce la eclosión del fenómeno objeto de nuestro estudio. Es preciso que el lector

¹⁰ Sub voce *'Redemptores'* (Lindsay, p. 332).

¹¹ En un resumen o epítome de una obra anterior de otro gramático, Verrio Flaco, de la época de Augusto.

¹² J. A. ARIAS BONET, *Societas publicanorum*, Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid, 1948-49, 255.

¹³ «*Venditiones olim dicebantur censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant*». V. A. MATEO, *Manceps, redemptor, publicanus, Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Universidad de Cantabria, Santander, 1999.

¹⁴ V. F. MILAZZO, *La realizzazione delle opere pubbliche in roma arcaica e repubblicana (munere e ulro tributa)*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1993.

moderno aparte un instante sus prejuicios con respecto al mundo romano al que puede creer sumido, desde el punto de vista económico, en un régimen de práctica autarquía, es decir, de escasos movimientos de capital. Nada más lejos de la realidad, como lo confirma el testimonio del historiador griego Polibio, llegado a Roma a mediados del siglo segundo a.C., en el que se expresa la admiración de un extranjero hacia una concepción de la economía y de la política extraordinariamente vitalista; economía romana en la que, según él, parecía participar todo el pueblo romano. O dicho de otro modo, en la que la iniciativa privada en todo tipo de empresas, de excepcional envergadura algunas de éstas (como hoy podríamos imaginar entre las nuestras actuales), era patrón social común.

“En efecto, son muchas las obras que los censores adjudican en toda Italia - dice Polibio ¹⁵ - para dotar y restaurar los edificios públicos ¹⁶. La enumeración no es fácil: ¡son tantos los ríos, puertos, jardines, minas, campos, en resumen, todo lo que ha pasado a la dominación romana! Todo lo administra el pueblo y se podía decir que prácticamente todo el mundo depende del trabajo y de lo que se gana en esto: unos adquieren en persona las adjudicaciones a través del censor; otros son socios de los primeros; otros salen como garantes, y otros aun, en nombre de éstos, depositan su patrimonio en el Erario público. Todo lo que se ha dicho cae bajo la incumbencia del Senado, porque puede conceder una prórroga; si ocurre algún accidente, puede aligerar al deudor, y si pasa algo irremediable, puede rescindir el contrato...” ¹⁷.

¹⁵ *Historias*, 6.17.2-5.

¹⁶ Compruébese por cierto el uso de la distinción entre edificar y reparar una obra pública, presente en la terminología de Polibio.

¹⁷

«[2] πολλῶν γὰρ φραγῶν ἰσχυρῶν κτισθῶν / πρὸς τῶν τιμητῶν διακρίσιν Ἰταλίᾳ ε
⇒ ὡς τῶν / πικρῶν καὶ κατασκευῶν τῶν δημοσίων, ἢ τῶν ὀκνηρῶν / φραγῶν → σαιτο = & δ
⇔ ὡς, πολλῶν δ’

ποταμῶν, λιμνῶν, κηπῶν, μεταλλῶν, ξέθρα, συλλεβδῶν / σαπυτῶν / πρὸς τῶν
πρωμάτων

δυναστεῶν, [3] πάντα χειρῶν ζεσσαι συμβαίνει τῶν προειρημῶν διακρίσιν (πλῆθος
καὶ σξεδίω

φῶς εἰς πᾶσι πάντα ἀδεύσασθαι τὰ ἴω ἢ ἀδῶ καὶ τὰ ἴω / ῥασαῖω τὰ ἴω / κ τῶν
[4] οὐ μὲν γὰρ

De entre los magistrados, en un principio se ocupan de los suministros y de las obras públicas los cónsules. Pronto necesitaron ser descargados de esta onerosa función, ocupados en otras tareas, y fueron los ediles en el ámbito de Roma y los censores en Roma y luego en Italia los que se encargaron de llevar a efecto esas funciones. El Senado romano y los censores emprenden conjuntamente una política de realización de obras públicas que tiene por objeto, por ejemplo, la comunicación fluida en toda Italia a través de la creación de una tupida red vial. La fuente de financiación que reciben los censores para llevar a cabo su tarea es la otorgada por el órgano constitucionalmente competente, es decir, el Senado. Los censores reciben una suma global extraída del Erario público (*Aerarium publicum*), en concreto de los réditos públicos obtenidos, y consistentes siempre en dinero (*pecunia*).

Es característica la terminología técnica para designar la función consistente en atribuir dinero público a los censores para la realización de obras y suministros públicos: “atribuir” (*attribuere*), “asignación de dinero público” (*pecunia adsignata*)¹⁸. El acto de asignar dinero público a los censores configura a éstos como acreedores del Erario. Se confiaba a los censores la función de determinar el fin específico al que debían ir destinados los fondos asignados por el Senado. Aparte de esta fuente de financiación, desde antiguo los generales (cónsules o pretores) contaban con los botines de guerra para llevar a cabo obras públicas. Los ediles se abastecían de las multas que imponían a los ciudadanos infractores, que podían llegar a ser muy pesadas.

Como puede fácilmente advertirse, el sistema está basado en la idea del control del poder. Senado y magistraturas colaboraban en la realización de los más diversos fines públicos, pero lo hacían a veces de modo dramático, es decir, controlándose mutuamente, evitando que cualquiera de los dos por separado se extralimitara en sus funciones. Este sistema, en el que “el poder frena al poder” inspiró a Montesquieu su célebre teoría de la división de poderes. Lo vemos claramente reflejado en un fragmento de Tito Livio, *Ab urbe condita* (*Historia de Roma*), 39.44.4-8, referido a la censura de un famoso personaje de la historia de Roma, Catón el Censor en el año 184 a.C.:

“Cortaron (los censores) toda el agua pública que fluía a un edificio y terreno

ἴγορζουσι παρὰ τὴν τιμητῶν ἀφ' τοῦ τῶν κδ)σειῶ, οὐδ' κοινῶν(σι τοῖσι, οὐδ' ἀγγυρῶνται

τοῖσιν ἄγορακ)ταῶ, οὐδ' τῶν ἀσῶν διδ)σι περὶ τοῖσιν ἐπὶ τῶν δ)σιον. [5] φ)ει δ' περὶ π)ντων τῶν προειρημ)των τῶν κυρ)σαν τῶν συν)δριον: καὶ γ)ρ ξ)νον δ)ναται δο)ναι καὶ συμπτ)ματογενομ)νου κουφ)σαι καὶ τῶν παρ)παν ἴδυν)του τιν)σιν συμβ)ντω ἴπολ(σαι τῶν/ργων)σῶ.»

¹⁸ MOMMSEN, op. cit., 441 nt 2.

privado; demolieron en el plazo de treinta días las edificaciones que ciertos particulares habían hecho en lugares públicos; arrendaron la realización de obras conforme al dinero fijado (por el Senado); cubrieron de piedra unos lagos; procedieron a la limpieza de las cloacas en el Aventino y en otras partes. Y, separadamente, Flaco ¹⁹ arrendó la realización de una gran obra junto a las aguas Neptunias para que el pueblo pudiera pasar y una vía a través del monte Formiano. Por su parte, Catón llevó a cabo la realización de dos atrios, Menio y Ticio, en las prisiones, y compró ²⁰ cuatro tiendas de negocios para hacer público el terreno y edificó allí una basílica que se llamó Porcia ²¹. Y los vectigales los arrendaron a los máximos precios, mientras que las obras públicas lo fueron a los precios más bajos ²².

Prosigue Tito Livio del siguiente modo:

“Como las lágrimas y ruegos de los publicanos ablandaran al Senado y éste ordenase que se hiciese un nuevo arriendo íntegro (*de integro locari*), los censores, rechazando por edicto de la subasta (*ab hasta*) a quienes hubiesen cometido fraude en la primera licitación, lo arrendaron todo disminuyendo un poco los precios ²³”.

Una lectura del texto analítica nos lleva a constatar, en primer lugar, la extraordinaria actividad de los censores en materia de obras públicas; en segundo lugar, el control del dinero público en materia de gasto público por parte del Senado; en tercer lugar, la

¹⁹ Es decir, Lucio Valerio Flaco, el otro censor, colega de Catón.

²⁰ A particulares.

²¹ Como se llamaba él.

²² Como corresponde a las premisas de las adjudicaciones en subasta hechas por el Estado a los particulares.

²³ «*Aquam publicam omnem in privatum aedificium aut agrum fluentem ademerunt; et quae in loca publica inaedificata immolitate privati habebant, intra dies triginta demoliti sunt. opera deinde facienda ex decreta in eam rem pecunia, lacus sternendos lapide, detergendasque, qua opus esset, cloacas, in Aventino et in aliis partibus, qua nondum erant, faciendas locaverunt. et separatim Flaccus molem ad Neptunias aquas, ut iter populo esset, et viam per Formianum montem, Cato atria duo, Maenium et Titium, in lautumiis, et quattuor tabernas in publicum emit basilicamque ibi fecit, quae Porcia appellata est. et vectigalia summis pretiis, ultro tributa infimis locaverunt. quas locationes cum senatus precibus et lacrimis victus publicanorum induci et de integro locari iussisset, censores, edicto summotis ab hasta qui ludificati priorem locationem erant, omnia eadem paulum imminutis pretiis locaverunt*».

función supervisora del Senado con respecto a las adjudicaciones de los censores; en cuarto lugar, la independencia de los censores incluso con respecto al Senado (pudiendo plantear conflictos competenciales con respecto a este último órgano); en quinto lugar, que el hecho de que las obras públicas fueran adjudicadas a los precios más bajos (se entiende, manteniendo los niveles de calidad exigidos, como luego veremos) y los vectigales a los máximos precios, refleja de modo conciso el interés público expresado en las subastas, consistente en la consecución del fin propuesto con la reducción máxima posible de gasto público, por un lado, y en la obtención del mayor beneficio posible, por otro, en la explotación de los bienes públicos y recaudación de impuestos; en sexto lugar, la presión del interés empresarial que ejercían los publicanos en la sociedad romana.

El gasto público que asume el pueblo o Estado romano es muy inferior al que asumiría en caso de una administración centralizada. Como afirma Dureau de la Malle²⁴, el Imperio Romano era una aglomeración inmensa de municipios independientes. Así que la mayor parte de las cargas y gastos eran comunales. Este autor comparaba la situación de Roma con la que él observaba en los Estados Unidos de América y que le resultaba similar.

El presupuesto del Estado romano se podría prácticamente resumir en la expresión técnica, que constantemente aparece en las fuentes, de '*vectigalia et ultro tributa*' (grosso modo, ingresos y gastos públicos). Lo llamativo del gasto público en cuanto a su moderna concepción es, aparte de su finalidad, el hecho de que se cifre siempre en dinero. Como decíamos antes, el gasto público del Estado romano era muy reducido. Prácticamente se limitaba a pocas cosas, entre ellas, el aprovisionamiento del ejército y de la armada romana y la administración de las provincias imperiales. En éstas, al gobernador provincial no se le asignaba ninguna partida específica para gastos de interés local. Las extensas vías interprovinciales se construyeron gracias a las contribuciones de las ciudades limítrofes (así, por ejemplo, la Vía Domiciana entre Italia y España). Pero las ciudades necesitaban de la autorización del gobernador para la realización de obras nuevas. En efecto, con su aprobación, podían imponer un tributo a los municipios, si no contaban con suficientes recursos para acometerlas. En otro caso, se abastecían del tesoro local o de los rendimientos que les proporcionaban la explotación bajo concesión de los terrenos comunales (el *ager vectigalis*), precedente de los censos enfiteúticos posteriores o la recaudación de ciertos impuestos indirectos tales

²⁴ *Économie Politique des Romains*, IV, 12, París, 1840, 405.

como la utilización de los baños comunales o la derivación de acueductos ²⁵. En cuanto al suministro del ejército y de la armada, es célebre el fragmento de Tito Livio, *Ab urbe condita* (o *Historia de Roma*), 23.49 en que, por primera vez en las fuentes, se cita a las sociedades de publicanos, es decir, compañías empresariales capaces de financiar cuantiosos gastos públicos, como por ejemplo el avituallamiento del ejército a lo largo de enteras campañas bélicas. El episodio que presenta Tito Livio se refiere a la guerra contra Cartago en Hispania (fines del siglo tercero a.C.). El Erario público se hallaba exhausto tras las descomunales derrotas infligidas por Aníbal en suelo italiano y, en definitiva, existía el convencimiento de que la República no se sustentaría con sus propios recursos a no ser que recurriera a préstamos de particulares. En ese sentido, se exhortaba a quienes hasta entonces habían aumentado su patrimonio con las adjudicaciones públicas o concesiones estatales a que llegaran a acuerdos con el Estado respecto de los plazos para pagar, pues gracias a Roma y a sus adjudicaciones - se les recordaba- se habían podido enriquecer; todo ello, eso sí, con la condición de que, en cuanto hubiera dinero de nuevo en el Tesoro, ellos serían los primeros en ser pagados.

El texto en cuestión dice así:

“En la fecha señalada habían acudido al concurso tres sociedades de diecinueve hombres, cuyas condiciones fueron dos: una, que estuvieran eximidos del servicio militar mientras estuvieran dedicados a aquella empresa pública, y la otra, que el cargamento que embarcaran fuera asegurado por el Estado ante el riesgo de un ataque de los enemigos o de una tempestad. Con la aceptación de ambas lograron la adjudicación y la República fue administrada con dinero privado” ²⁶.

A propósito de este texto realizamos las siguientes observaciones: primera, que la existencia de estas sociedades o compañías no puede fijarse tan sólo con fecha de inicio en la historia de Roma a partir de este momento, sino que, como es fácilmente comprensible por la naturalidad con que se las contempla en el relato, eran anteriores en el tiempo. Segunda, el Estado romano reclama dinero y no otra cosa de los inversores

²⁵ G. HUMBERT, en CH. DAREMBERG - EDM. SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, Tome Quatrième, Première Partie N-Q, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1969, 201 ss.

²⁶ «*Vbi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere, unum ut militia vacarent dum in eo publico essent, alterum ut quae in naves imposuissent ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent. Vtroque impetrato conduxerunt privataque pecunia res publica administrata est*».

privados para poder hacer frente a un gasto público (que, como decíamos antes, se plasma siempre en una suma pecuniaria). Tercera, la actividad de aprovisionamiento del ejército y de la armada se concedía a particulares, perfectamente organizados empresarialmente y con reconocidos conocimientos técnicos en el ámbito para el que eran contratados por el Estado. Cuarta, el contrato de adjudicación no se realiza por completo de manera unilateral por parte del Estado romano sino que se tienen en cuenta los requerimientos de los particulares adjudicatarios. Quinta, de las dos exigencias planteadas por los empresarios, llama la atención la relativa al traspaso de riesgos graves al Estado romano ²⁷. En efecto, es hoy también una de las cuestiones clave en los contratos de colaboración público privada.

En relación con el arrendamiento público, se ha llegado a decir incluso que el origen del contrato de arrendamiento en derecho privado procede de aquél (lo que sería curioso, porque siempre se piensa que el derecho público ha nacido a partir del derecho privado y no al revés). Independientemente de esta cuestión, los rasgos que caracterizan a este contrato –respecto de casi todo lo realizado por Roma, se refleja como en un espejo la imagen de lo bueno y de lo malo para la posteridad- son lo suficientemente elocuentes en cuanto a su ejemplaridad como para fijar nuestra atención en ellos. Leuregans ²⁸, entre otros, se ha ocupado de este tema.

En primer lugar, ya hablamos anteriormente del origen del término subasta (de *sub hasta*, es decir, bajo una lanza, la que se clavaba en el campo donde se realizaban las licitaciones por parte del censor y que expresa el poder del Estado romano). El término anglosajón “*auktion*” deriva del latín ‘*augere*’, que significa aumentar y que alude a las pujas propias de la licitación. Como afirma Leuregans, el arrendamiento público tenía como finalidad posibilitar el concurso y obtener la mejor elección. Como veíamos antes, los empresarios o *mancipes* asentían a la oferta del censor levantando la mano (o el dedo, ‘*digito liceri*’) a medida que iba aumentándose la puja. En segundo lugar, el procedimiento se realizaba sin formalismos. En tercer lugar, el procedimiento era público: un heraldo (*praeco*), que actuaba como testigo público, lo anunciaba. Además, el procedimiento se realizaba a la vista de todos (*in conspectu populi romani*). Como dice Cicerón, si no es así, no es lícito. El censor hacía público su pliego de condiciones o *lex contractus*, que todos podían leer antes de la puja. En cuarto lugar, el procedimiento, precisamente por ser público, tenía como objeto hacer emerger el espíritu cívico característico de la República romana: el procedimiento debía estar abierto a todos los

²⁷ Cfr. en este sentido el texto de Polibio antes comentado, in fine.

²⁸ LEUREGANS, *L'origine administrative du terme 'locatio dans la 'locatio-conductio- romaine*, *Eos*, 65, 1977, 315 ss.

ciudadanos para que, cualesquiera fueran, pudieran presentarse a la puja sin discriminación de ninguna clase. Las condiciones de partida estaban claras: las obras y suministros públicos se adjudicarían a los precios más bajos, y la explotación de bienes públicos y recaudación de impuestos a los más altos.

En quinto lugar, el procedimiento era flexible: como vimos anteriormente, los empresarios en la guerra de Hispania discutieron la introducción de dos condiciones que les favorecían. También vimos en este sentido cómo los censores podían oponerse a las maniobras fraudulentas o colusivas de los empresarios ordenando una nueva licitación y excluyendo de ella a los infractores. En materia de obras públicas, la capacidad de negociación de los empresarios adjudicatarios era inferior, como lo demuestran los testimonios de leyes o pliegos de condiciones que llegar hasta nosotros y que reflejan el estilo imperativo propio del que ordena algo a alguien. Así, por ejemplo, la conocida '*lex Puteolana*', de la colonia de Puteoli en Italia, año 105 a.C., referente a la realización de un muro, tarea encargada por la citada colonia. El pliego expresa con todo detalle las características que debía tener la obra y otorga amplio poder de supervisión y aprobación a los duunviros (magistrados al frente de la comunidad). Además, *velis nolis*, la mitad del precio se pagaba con la presentación de los garantes por parte de los adjudicatarios, y la otra mitad una vez realizada la obra y aprobada (*opere perfecto probatoque*).

En sexto lugar, los publicanos recibían tutela del Estado romano, por ejemplo, la interdictal referida al disfrute de un lugar público. En efecto, el edicto pretorio se configuraba en los siguientes términos (Ulpiano D. 43.9.1.1): "Prohíbo que se impida por la violencia que pueda disfrutar el lugar público, conforme a los términos del arrendamiento, aquel arrendatario, o su socio, que lo tomó en arriendo de disfrute de quien tuviera el derecho de arrendarlo"²⁹. La jurisprudencia romana, siendo consciente de que la protección otorgada era por causa de utilidad pública (*publicae utilitatis causa*), aclaraba a este respecto –l. 1.3³⁰– que no podía referirse a un disfrute que fuera más allá de los términos del arrendamiento ni contra ellos (*ultra legem vel contra legem*). En séptimo lugar, el procedimiento opera como límite con respecto al propio magistrado (función garantista), cuya potestad no le permite obviarlo para actuar a su propio arbitrio. El ejemplo del despótico gobernador de Sicilia Verres, que ha pasado a la historia, merced a Cicerón, como prototipo de mal gobernante, es elocuente a este respecto: ni

²⁹ «*Praetor ait: 'Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto'*».

³⁰ «*...merito ait 'e lege locationis': ultra legem enim vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat'*».

siquiera él pudo eludir llevar a cabo las formas previstas para las adjudicaciones públicas.

Durante el Imperio, la concepción que de las provincias tenía Roma cambia profundamente. La imagen que los emperadores transmiten a éstas pretende ser la de sus sumos benefactores, como en verdad así fue, procurando llevar el bienestar y la riqueza hasta los lugares más recónditos del Imperio y combatiendo la actividad de abusos por parte de gobernadores arbitrarios y publicanos deshonestos. Eso pudo lograrse a través de una decidida política de centralización y de fiscalización de todas las funciones del Estado. El sistema indirecto de explotación de los bienes públicos coexistió al principio con el nuevo imperial. No podía ser de otro modo. Habían sido muchos años en los que el Estado romano se había desentendido prácticamente de la explotación directa de sus recursos y en los que había atendido a las necesidades reflejadas en el gasto público de forma cómoda para él, haciendo que otros se ocuparan de modo inmediato, basados en su capacidad técnica. El Estado romano carecía de ella. Sin embargo, ahora aparecen nuevos cargos o funciones, característicamente denominadas "curadores": "de obras públicas" (*curatores operum publicorum*) "para los litigios de lugares públicos" (*c. locorum publicorum iudicandorum*), "de aguas" (*c. aquarum*), "de vías fuera de la ciudad" (*c. viarum extra urbem*).

En consonancia con la nueva ideología imperial está el fenómeno del evergetismo, de las subvenciones gratuitas, nacidas del espíritu de liberalidad, pero sobre todo del deseo de fama que lo impulsaba, que constituye una fuente no poco importante, a juzgar por cómo la jurisprudencia romana se ocupó de la financiación de obras públicas por parte de príncipes y acaudalados particulares. Es curioso observar la discusión doctrinal a propósito, por ejemplo, de qué personas debían aparecer en una inscripción conmemorativa de la financiación de una obra pública o municipal. En relación con este fenómeno se halla el de las promesas unilaterales de futuras obras públicas que personas pudientes realizaban a los munícipes o colonos, compatriotas suyos, a cambio de su voto en las elecciones municipales. La promesa, una vez obtenido el cargo, debía cumplirse y el derecho romano preveía acciones que los conciudadanos podían ejercitar contra el nuevo magistrado para llevarla a efecto. También en esta época los emperadores comienzan a conceder préstamos a las ciudades a cambio de que el interés, en vez de ser devuelto a ellos, se invirtiera en obras de beneficencia tales como la construcción de orfanatos y hospicios. Se trata del precedente de las futuras fundaciones que el cristianismo va a promocionar. Lo característico de esta iniciativa era el fin social al que iba destinado el dinero público (aunque en época imperial habría que matizar mucho lo referente al dinero público con la aparición de una nueva caja, aparte del erario público, que es el fisco, reservado al Emperador).

En resumidas cuentas, las obras públicas en el derecho romano, en su etapa republicana e imperial, se caracterizan por un absoluto predominio del sistema de arriendos públicos, que debe contar, por tanto, como premisa de partida, con la existencia de una activa y potente iniciativa privada y con un desarrollo empresarial avanzado, tanto por lo que respecta a su organización y capacidad de acumulación de capital como al dominio técnico del ámbito concreto de la actividad empresarial realizada. Esto sucedió ya en Roma. Por otro lado, la sencillez de la puesta en marcha del sistema, su propia necesidad en época republicana -derivada de la propia temporalidad de las magistraturas (todas anuales en principio)-, la progresiva puesta en práctica de mecanismos de control de abusos tanto con respecto a los poderes públicos como a los particulares adjudicatarios, la legalidad del gasto público en materia de obras (tanto de nueva realización como en lo referente a su reparación) o el fenómeno de la progresiva centralización en época imperial, convierten de nuevo a Roma y a su derecho en un campo de estudio valioso al jurista moderno. En efecto, allí se ven emerger cuestiones, cuyo planteamiento y modo de tratamiento nunca han dejado de ser recordadas por parte de estadistas, juristas y, en general, hombres de la ciencia y de la cultura a lo largo de la historia de Europa. Se trata, pues, de un rico caudal de experiencia jurídica que permite contemplar hoy con perspectiva histórica problemas que acucian a las sociedades modernas y atisbar las posibles soluciones entonces ideadas y que en la actualidad constituyen objeto de debate.