

Las Concesiones de Obras Públicas en el Derecho Romano.

Fernando E. Lara Gamboa*

Resumen:

A partir de las distintas figuras de administración privada de bienes públicos, que se utilizaron en el tiempo de los Romanos; se analiza la figura de la concesión de obra pública en el derecho romano, examinando el uso que los Romanos le dieron a esta herramienta jurídica.

Palabras clave:

Derecho Romano. Historia del Derecho. Concesiones Administrativas. Concesiones de Obra Pública.

Abstract:

Based on the different figures of private administration of public property, which were used in Roman times, the figure of the concession of public works in Roman law is analyzed, examining the use that the Romans gave to this legal tool.

Keywords:

Roman Law. History of Law. Administrative Concessions. Public Works Concessions.

*Magistrado suplente de la Sala Constitucional desde el año 2021, a la fecha. Especialista en Derecho Constitucional y Comercio Internacional. Profesor de Derecho. Socio del Bufete Lara Gamboa & Asociados. Ha sido Asesor Legislativo, Jefe de Gabinete del Vicecanciller, y Gerente de Representaciones Internacionales del Viceministerio de Telecomunicaciones entre otros puestos.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Clasificación de los bienes en el Derecho Romano. 3.- Los Bienes Demaniales en el Derecho Romano. 4.- Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano. 5.- El Sujeto Concedente. 6.- Sujeto Concesionario. 7.- Objeto de las Concesiones. 8.- La Concesión de Obras Públicas. 9.- Conclusiones. 10.- Referencias bibliográficas.

1.- Introducción.

La contratación administrativa y en particular el contrato de concesión de obra pública, tienen una marcada importancia constitucional, al estar mencionados de forma expresa en nuestra Constitución Política, en sus artículos 121 inciso 14 y 182. Asimismo, debido a dicha importancia, ha sido necesario el control jurisdiccional, el cual a lo largo de los años ha quedado plasmado en la jurisprudencia constitucional.

Lo más aconsejable para estudiar algún tema, y poder entenderlo a cabalidad, es hacerlo desde su comienzo, desde que empieza a existir. En el campo del derecho no se deja de lado este consejo, sino más bien, sirve para entender como una figura jurídica cambia, se desarrolla y se adapta a los tiempos.

Según el Profesor Ortega y Gasset, *“el único método de pensamiento que proporciona alguna posibilidad de acierto en su manipulación –cuando se trata de problemas sociales- es la razón histórica.”*¹

En el caso de la concesión de obra pública, se ha generalizado la creencia de que es un contrato jurídico inventado relativamente hace poco tiempo, sin embargo, la verdad es que los Romanos se nos adelantaron por muchísimos años, y no solo usaron esta figura, sino que también les fue sumamente útil.

Empezaré por examinar los distintos bienes públicos existentes en Roma, y las diferencias entre ellos, para luego entrar a comentar las concesiones que se dieron sobre éstos, terminando por la que más me interesa, la concesión de obras públicas.

1) José Ortega y Gasset, *“La rebelión de las masas”*, Madrid, 1945. pg.43, citado por J. L. Villar Palasí, *“Nueva Enciclopedia Jurídica”*, Francisco Seix (editor), Barcelona 1952, tomo IV, pg. 687.

2.- Clasificación de los bienes en el Derecho Romano.

Tanto las instituciones de Gayo como las de Justiniano, en cuanto a derecho público, distinguían entre *res in commercio* o *res in patrimonio* y las *res extra commercio* o *res extra patrimonio*, mientras que las demás clasificaciones regulaban las relaciones entre particulares.

Con la expresión *res in commercio* los romanos se referían a todas aquellas cosas que pueden ser objeto de derechos reales o de crédito por parte de los particulares; mientras que la expresión *res extra commercio* se refería a las cosas no susceptibles de relaciones jurídico-patrimoniales, sustraídas del tráfico jurídico, no pudiendo adquirirse como derecho real, ni pudiendo ser objeto de negocios jurídicos entre particulares.

Las *res extra commercio*, originalmente fuera del comercio de los hombres, se clasificaban en dos grupos diferentes.

El primer grupo era por derecho divino conocido como *res extra commercio divini iuris* y el segundo grupo era por derecho humano *positivo res extra commercium humani iuris*.

Las *res divini iuris* son dedicadas a la divinidad y son consideradas pertenecientes a los dioses; cosas sagradas, religiosas y santas, y no susceptibles de ser objeto de relaciones patrimoniales privadas.

Las *res humani iuris* son el grupo de las cosas fuera del comercio por causas del derecho humano. En general, aunque las *res divini iuris* también podrían ser objeto de concesiones administrativas, son las *res humani iuris* las que en la sociedad romana tenían más posibilidades de ser dadas en concesión.

Las *res publicae* que son aquellas pertenecientes a la comunidad.² Los juristas romanos dividían esas cosas públicas en dos grupos las *res publicae usu* y las *res publicae in pecunia populi*.

2 Santiago Castán Pérez-Gómez en su obra "Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano" nos dice en la pg. 32 que "Gayo nos dice concisamente que las cosas públicas no son de nadie, pues se consideran propias de la colectividad, aunque nada nos dice acerca de que bienes comprenden las *res publicae*: (*quae publica sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse credentur*);

Las primeras eran aquellas que estaban al servicio de la colectividad siendo de uso público, libre y gratuito de sus miembros. Bajo esta clasificación encontramos los lagos, los estanques, los canales, los ríos, los puertos, el foro, las basílicas, los grandes edificios públicos, las vías, los caminos públicos, los campos públicos, los baños públicos y los teatros. Todos estos bienes públicos también tienen la característica de ser inalienables.

Las mencionadas *res publicae in pecunia populi*, que luego se convirtieron en las *res fiscales*, no estaban al servicio de la colectividad en un sentido estricto, ya que, la colectividad no podía usar estos bienes. Estos bienes sí estaban al servicio de la colectividad en sentido indirecto, ya que, le hacían percibir al Estado una prestación económica. Estos bienes comprendían la tierra que el Estado daba en arriendo, las minas, los servicios públicos, los bienes confiscados del enemigo y las rentas públicas.

Por otro lado, las *res communes omniun*, constituyó, por parte de Marciano, como un grupo independiente de las *res publicae*. La inspiración existente para catalogar este grupo es más filosófica que jurídica, ya que, tanto Marciano como Justiniano veían estas cosas, como aquellas que por Derecho Natural son comunes a todos los hombres en el disfrute y aprovechamiento, no pudiendo ser objeto de propiedad por los particulares.³ Dentro de ellos figuran el aire, el agua, el mar y las riberas del mar.⁴

También Marciano y Justiniano clasifican los *res universitatis* como parte de los *res publicae*, siendo éstos los objetos que se hayan en las ciudades, los teatros o estadios; en

por el contrario, Justiniano en *Inst.2.1.2.* afirma que todos los ríos y puertos son públicos: (*flumina autem omnia et portus publica sunt*), pero está claro que son mencionados por el Emperador a título de ejemplo, pues el grupo de las *res publicae* está formado por un variadísimo elenco de bienes."

3 Al respecto Castán Pérez-Gómez, op. cit. pg. 37, "Por último, es el grupo de las *res communes omnium* el que mayores problemas presenta dentro de la doctrina de las *res extra commercium* del Derecho Romano. Esta categoría nace con un marcado carácter filosófico y no puede prescindir de este elemento en toda su elaboración doctrinal."

4 Vid. al respecto Castán Pérez-Gómez, op.cit. pgs. 34-35, 38, "Si bien la titularidad de algunos de estos bienes puede ser discutible por tratarse de elementos que, como el aire o el agua, son necesarios para la misma existencia humana y, por consiguiente, no pueden negársele a nadie, el resto de las cosas enunciadas como comunes a todos se aproxima sin ningún género de duda al grupo de las *res publicae*. El mar y sus litorales al igual que las *res publicae*, eran susceptibles de dominio privado previa concesión administrativa..."

fin, las cosas de la ciudad. Al no existir distinción entre algunos tipos de *res publicae* y las *res universitatis* se deduce que los segundos forman parte de los primeros.⁵

3.- Los Bienes Demaniales en el Derecho Romano.

Considerando que las concesiones administrativas en Roma se daban principalmente sobre bienes demaniales, resulta adecuado comentar un poco lo que representaban los bienes demaniales en esta antigua sociedad.

Según los romanos las cosas sagradas o religiosas no podían ser objeto de venta o transacciones pecuniarias, ya que, su naturaleza no permitía la enajenación. Tampoco las cosas fuera del comercio, o cosas públicas, eran susceptibles del comercio de los hombres. Es más, la nulidad de las ventas de las *res publicae*, aunque eran competencia del derecho civil, se consideraban nulas por imposibilidad de la prestación.

También se decía que era nula la venta de aquellas cosas que, por naturaleza, derecho de gentes o por las costumbres de la ciudad, dejaron de hallarse en el comercio. Sin embargo, es necesario distinguir que como las *res publicae* se dividen en *in publico usu* y *in pecuni populi*, y los primeros son para el uso y servicio público, no siendo permitida su disposición; mientras que los segundos son bienes de renta pública, es decir son bienes que le generan recursos económicos al Estado y pese a ser *res publicae*, sí se podría comerciar con ellos. En resumen, de los *res publicae* podríamos decir, que la gran mayoría eran inalienables y que una parte de ellos, los *res in pecuni populi* sí eran alienables.

Otra característica de los bienes demaniales en Roma era la imprescriptibilidad, ya que, no podían ser adquiridos por ningún particular por la vía de la prescripción positiva. La imprescriptibilidad se aplica a todos los *res publicae*.

En múltiples ocasiones los emperadores dejaron muy claro que ninguno de los bienes públicos o demaniales podían ser susceptibles de cualquier tipo de prescripción

5 Al respecto Castán Pérez-Gómez, op. cit. pg.37, "Pese a ello, las concomitancias entre las *res universitatis* y las *res publicae* son notables: tienen un régimen jurídico idéntico y también las primeras eran distinguidas en función del servicio que prestaban a la comunidad. La separación entre los bienes del Estado y los de las ciudades se produjo para dotar de competencias propias y cierta autonomía a las *civitates*."

adquisitiva, incluyendo no solo las cosas sagradas, santas y públicas, sino también los bienes del Emperador.

Coherentemente con la inalienabilidad y la imprescriptibilidad los bienes demaniales no podían ser susceptibles de estipulaciones, legados, pignoraciones o servidumbres y la manera en que los ciudadanos podían defender el derecho del ejercicio de los bienes públicos se daba, tanto de manera interdictal por medio de un pretor en vía administrativa, como utilizando la "*actio iniuriarium*", que es un tipo de acción penal que tiene por objeto la tutela de la personalidad individual.

Otras características de las *res publicae in publico usu*, es que le pertenecían a un ente público, que su régimen de uso estaba regulado por el titular y en principio era abierto a todos los miembros de la colectividad.

También en el derecho romano, el choque de intereses privados y públicos ocasionaba la subordinación del derecho privado hacia el derecho público, pensando siempre en que los derechos de la colectividad se sobreponían a los derechos de los particulares. Dada la relevancia que siempre tuvieron las obras públicas para los romanos se dieron en múltiples ocasiones este tipo de confrontación de intereses que llevó en algunas ocasiones a expropiaciones forzosas con indemnización por razones de utilidad pública o de interés social.

4.- Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano.

Coincido plenamente con don Santiago Castán cuando afirma que:

... en Roma existió un auténtico Derecho administrativo, claramente diferenciado del Derecho privado, y cuyas instituciones, características o particularidades son casi idénticas a las actuales. Cuestiones tales, como las relaciones Estado-individuo, el funcionario, la jurisdicción administrativa, las administraciones municipales, los contratos administrativos, el régimen jurídico de los bienes demaniales, los actos administrativos nulos, la concesión administrativa, la responsabilidad de los funcionarios públicos, la expropiación forzosa, etc., son figuras e instituciones que

fueron regulados con absoluta normalidad pero con gran precisión por los romanos.⁶

También el Profesor Fernández de Buján afirma que cuando a los estudiosos deciden estudiar las aportaciones históricas correspondientes a la experiencia administrativa romana suelen:

... constatar la existencia de una compleja problemática administrativa en el seno de una sociedad, como la romana, en constante expansión y desarrollo, en la que se encuentran planteadas y satisfactoriamente resueltas las grandes cuestiones teóricas y prácticas del Derecho administrativo actual como: bienes patrimoniales y públicos, disponibles o no disponibles, obras públicas, concesiones y autorizaciones, servicios públicos prestados por sociedades privadas, justicia penal y administrativa, orden público, policía central, local, funeraria, edilicia, asistencia sanitaria, social e higiénica; práctica religiosa; relaciones con la administración central.⁷

Dice además, el Prof. Fernández de Buján que:

... cabe señalar que destacados administrativistas actuales, entre los que cabe citar en la doctrina española a García de Enterría, Villar Palasí, Gallego Anabitarte, Parada Vázquez, Parejo Alfonso, etc., han destacado y valorado en instituciones concretas la influencia ejercida por el Derecho romano en el desarrollo y en la evolución del Derecho administrativo moderno, y en el Derecho público en general, que la que ha sido reconocida por la actual doctrina administrativa.⁸

Me inclino a pensar al igual que los profesores Castán y Fernández de Buján, en el sentido de que pese a que el Derecho Administrativo romano no poseía un cuerpo unitario

6 Vid. Castán Pérez-Gómez, op. cit. pg. 40-41.

7 Vid. Antonio Fernández de Buján, Derecho Público Romano, editorial Civitas, Madrid, 2000, pgs. 203 y ss.

8 Vid. Antonio Fernández de Buján, Derecho Público Romano, editorial Civitas, Madrid, 2000, pg. 205.

de normas administrativas que separara claramente el derecho administrativo del derecho privado, sí existió una organización administrativa y un Derecho administrativo.

En la época de los antiguos romanos funcionaban algunos sistemas de concesión administrativa que vale la pena comentar.

Tomando en consideración que el Estado es quién administra los bienes de la colectividad haciendo las veces de administrador de ellas, es el mismo Estado quién en representación del pueblo romano puede disponer libremente de lo que podría llamarse "*bienes públicos de derecho privado*".

Estos *res publicae in pecunia populi*, son susceptibles de cualquier tipo de negocio jurídico, como podría ser la venta, la donación, el arrendamiento, la permuta y hasta la concesión administrativa, muy usada en cuanto a minas. Por el contrario, las *res publicae in publico usu* no podían ser utilizadas como bienes privados. Sin embargo, en algunos casos sí se podían dar en concesión administrativa.

Pese a lo antes dicho, los romanos contribuían económicamente a cambio del uso de muchos de estos bienes públicos. Por ejemplo, es un hecho que en Roma existieron tributos o tasas sobre el uso de algunos bienes públicos, como vías y puentes, que por hacer uso de ellos se pagaban peajes.⁹ También se pedían contribuciones por el uso de las alcantarillas públicas, o se cobraban entradas a los teatros o baños públicos.

Aunque en un principio no se cobró ningún tipo de peaje por el uso de las carreteras romanas, luego se impuso sobre el uso de las carreteras más importantes, usándose el nombre de *portorium*, con el fin de recoger dinero para construir nuevas carreteras.

Definitivamente era un hecho que, aunque los *res publicae in publico usu* podían proporcionar al Estado una gran cantidad de dinero, el cual era perfectamente legal su recolección.

El ciudadano romano podía usar los bienes públicos sin la necesidad de ninguna autorización estatal. Por ejemplo, él podía navegar sobre el mar, pasear por las plazas y recoger agua de los ríos para sus necesidades entre otras muchas cosas. Pero también se

⁹ Vid. Antonio Fernández de Buján, Op. Cit., pg. 208.

daba el caso en el que el uso del bien público podría verse como una pequeña apropiación por parte de ese ciudadano, y allí sí era necesaria la concesión administrativa sobre bienes *in publico usu*. Como es el caso de la construcción sobre el litoral del mar, sobre suelo público, o el desvío de un río para el riego, o cualquier otro uso que se le diera a los bienes públicos que fuera más allá del uso normal y corriente que le daban los demás ciudadanos.

En el Imperio Romano, era lícito que la administración permitiera a un particular el uso y disfrute de algún bien público de manera exclusiva, y es por ello que nunca existió una prohibición absoluta con respecto a la adquisición de derecho sobre bienes de dominio público.

En definitiva, lo que daba la administración era un título jurídico mediante el que la Administración otorga a un particular el disfrute exclusivo de un bien de dominio público, por medio de un acto de soberanía unilateral. Pese a que no existió un régimen jurídico general que tutelara todas las posibles concesiones que el Estado romano podía efectuar, se puede decir sin ningún titubeo, que se trataban de concesiones administrativas.

Además de las concesiones sobre lugares y bienes de dominio público, en el mundo romano, el Estado tenía la opción de no desempeñar la función pública de manera directa, por lo que se podía dar el caso de que se dejara ésta en manos de la administración reservándose el poder concesional y de control.¹⁰

De esta manera los romanos podían permitir que los particulares efectuaran obras públicas y prestaran servicios públicos amparados en esta figura.

Las concesiones más antiguas que se utilizaron en el derecho romano fueron sobre tierras públicas. Al principio existió una controversia, de si era un arrendamiento o una venta; ya que, en algunos casos el concesionario adquiría el bien por medio de una concesión por tiempo indeterminado o a perpetuidad, lo que era casi como una venta. Sin embargo, tenía que pagar una renta periódica como si fuese arrendatario. Luego la misma

10 Villar Palasí, voz, Concesiones Administrativas, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IV, F. Seix editor, Barcelona, 1952, pg. 687.

doctrina romana fue desechando la idea de la venta, ya que, no se consideró al concesionario como dueño.

Pese a que existió una similitud en la terminología usada en el arrendamiento civil y en las concesiones, algunas diferencias hacían ver que no se estaba actuando dentro del ámbito del derecho privado, sino más bien dentro del ámbito del derecho público.

Por ejemplo, las relaciones entre el concedente y el concesionario y los terceros son distintas; ya que, en la esfera privada la autonomía del particular puede tener repercusiones para terceros; mientras que, en la concesión pública no era posible. Por otro lado, en cuanto a la tutela de ambas instituciones se le atribuyen al concesionario público procedimientos especiales diferentes al de un simple arrendatario; ya que, existía el *interdictum de loco publico fruendo*, aplicable contra el tercero que perturbaba el disfrute del lugar público dado en concesión.

5.- El Sujeto Concedente.

Como sería lógico pensar, las concesiones al igual que hoy en día, eran otorgadas por la administración, quien las concedía por medio de sus representantes.

Durante la existencia de Roma, fueron muchos quienes tuvieron facultades para dar concesiones, siguientemente enumeraré a aquellos funcionarios que representaron a la Administración en este negocio jurídico¹¹:

El *cónsul* tuvo facultades para efectuar concesiones públicas hasta la creación de la censura.

11 Vid. Lex Agraria, c.21, c.85, c.89, c.96 y ss; Cuerpo de Inscripciones Latinas, C.I.L., I.2,635; C.I.L., I.2,694; C.I.L., I.2,24; C.I.L., I.2,800; C.I.L., I, 2,808; C.I.L., I.2,1631; C.I.L., I.2,2198; C.I.L., I.2,1635; C.I.L., I.2,2537; C.I.L., VIII,25943; C.I.L., III,5036; C.I.L., VI,814; y LIVIO, 31.13.7, 34.53; Tabula Heracleensis, c. 32, c.37-39, c.47, c.73-c.75; y el Digesto de Justiniano D.39. 4.15 (Alf. 7 dig.), D.50.8.3.1 (Pap.1 resp.); D.43.8.2.10 (Ulp.68 de.); D.43.8.2.16 (Ulp.68 de.); D.50.11.1 (Mod.3 reg.); y D.50.16.21 (Paul. 11 ed.) D.43.8.2.17 (Ulp.68 de.); y Lex Municipii Malacitani, c.63. Todo citado por el Prof Castán P. pgs. 105-110.

El *ensor* -magistrado- durante la República, fue el encargado de administrar el dominio público.

Los *ediles* -curules y plebeyos-, quienes estaban encargados de la policía de la ciudad, las vías públicas y el cuidado de ciertos edificios públicos.

Los *cuestores* -magistrados inferiores-, quienes otorgaron concesiones como ejecutores de las providencias de otros magistrados superiores en funciones de administradores del erario o por propia iniciativa si estaban revestidos de las atribuciones para ello.

Quattuorviri -magistrados inferiores municipales- encargados de distintas funciones, desde jurisdicción hasta policiacas o edilicias, dentro de las cuales figuraba el arrendamiento de tierras públicas.

Duoviri -también magistrados inferiores municipales-, ellos se encargaban durante la época republicana del arriendo de los edificios públicos y tenían competencias sobre vías y caminos públicos, entre otras cosas.

Curatores rei publicae -delegados del poder central-, eran enviados por Roma a los municipios y colonias para inspeccionar las finanzas, autorizar los trabajos públicos y supervisar la administración de los dominios de la ciudad.

Los *procuradores* y diversos *curatores*, quienes estaban investidos de propia responsabilidad administrativa, y tuvieron potestades sobre diferentes concesiones de la administración.

Las *promagistraturas* -magistraturas extraordinarias- actuando en representación de las magistraturas.

Por último, pero lejos de ser menos importante, el *Príncipe*, quien tuvo plenos poderes en materia de dominio público, y quien al fin y al cabo delegaba en sus representantes o delegados el poder concesional.

Cabe destacar que aunque antes de la creación de los Censores, existieron las concesiones de obras públicas, después de su creación la censura asumiría la mayor parte de la contratación pública.¹²

Los censores estuvieron a cargo de contratar la mayor parte de las obras públicas, como acueductos, cloacas, vías, basílicas, mercados, puentes, etc. Además de adjudicar las obras los censores adjudicaron también la restauración y mantenimiento de obras ya construidas, y también subastaban la recolección de *vectigalia*.

6.- Sujeto Concesionario.

El sujeto concesionario, conocido en la antigua Roma como *conductor* o *redemptor*, podía ser una persona física, es decir un individuo. La concesión se le podía otorgar para él y su familia. Por otro lado, también serían *publicanus* aquellos a quienes el Estado les encomendara cobranzas de impuestos.

Es necesario dejar claro que los *publicanus* eran redemptores, pero eran redemptores que se dedicaban únicamente al arriendo de impuestos.

El término *manceps* fue utilizado para denominar a todo aquel que adjudicaba una subasta pública de cualquier tipo, una contrata pública, ya sea municipal o del pueblo romano, un botín de guerra, la manutención de las obras públicas, el disfrute de tierras públicas, la recolección de impuestos etc. Hay que diferenciar bien la diferencia que existía entre el término *Manceps* (adjudicatario) con el término *Praes* (garante), ya que, aunque en la mayoría de las veces el *Manceps* era también *Praes*, era posible que el *Praes* fuera otra persona diferente al *Manceps*. En otras palabras, lo usual era que el *Manceps* fuera garante al mismo tiempo que adjudicatario, pero cuando los romanos llamaban a alguien *Praes* era por que este era garante sin ser adjudicatario.

Además del término *Manceps*, que como hemos visto era muy amplio también existieron otros más específicos para los contratistas públicos, según el tipo de contratación que realizaran. Estos términos fueron el de *Redemptor* y el de *Publicanus*.

12 La Censura fue creada, según Livio (4,8,2), en 443 a.C.; citado por el Prof Castán P. pg. 105.

Redemptor era aquella persona que licitaba en las locaciones, mientras que la persona adjudicataria era el *Manceps*, por lo que se podría decir que el *Manceps* era un *Redemptor*, pero no todo *Redemptor* era *Manceps*.

El término *redemptor* se utilizó tanto en las contrataciones públicas como en las privadas, lo que haría también una diferencia con el término *manceps*, que se utilizaba únicamente para los adjudicatarios en subastas públicas.

En cuanto a los conductores, podemos decir que el conductor era quien hacía el trabajo que se contrató. El *redemptor* que lograra ser favorecido con la adjudicación de la contrata se convertía en *manceps*, y si este hacía con sus propias manos el trabajo contratado también era considerado conductor, sin embargo, el *manceps*, podría no ser quien trabajara directamente en la contrata, sino solo quien proporcionara los materiales, y quien velara por el cumplimiento de misma. En este supuesto el *Manceps* podía contratar a terceros para que estos trabajaran a su servicio con la finalidad de cumplir con lo que el *manceps* había pactado. Estos terceros que no eran ni *manceps* ni *redemptor*, pero que en definitiva trabajaban en la obra eran llamados *conductors*. En pocas palabras era posible la subcontratación, pero quien era responsable del cumplimiento de la obra era únicamente el *manceps*, aunque este hubiera contratado con otros que no le hubieran cumplido a él.

Cuando la concesión permitía el disfrute o la explotación de una propiedad pública, se tomaba en cuenta los conocimientos y destrezas del *conductor*; ya que, por ejemplo, la explotación de minas o de pesca requería una preparación y conocimientos específicos que eran tomados en cuenta a la hora del otorgamiento. Se podría decir que al igual que hoy en día, se exigían requisitos para la adjudicación de determinadas concesiones.

En cuanto a las concesiones de tierras públicas, como en este caso el interés del Estado no era que se explotara de la manera más eficiente el bien público -minas, salinas, etc.-, sino más bien, que el bien público generara una renta para el Estado, éste daba en concesión esas tierras independientemente de la persona que lo explotara. En otras palabras, en los casos de las *res publicae in pecunia populi*, como su cometido era generar renta a cambio del arrendamiento del bien, no era relevante quién fuera a utilizar el bien, mientras pagara el canon correspondiente.¹³

¹³ Muy similar al caso de países como Costa Rica en los cuales sus costas no pueden ser consideradas propiedad privada, siendo bienes públicos por disposición constitucional. Es por ello que en estos países se da en concesión las costas, con el fin de recolectar un canon anual, estas concesiones son heredables y pueden ser vendidas o arrendadas sin ningún problema.

También hubo casos en que se daban concesiones a varias personas, como por ejemplo los gremios, que solicitaban algún lugar para uso exclusivo para sus reuniones o actos, o a asociaciones de personas para que explotaran minas, pescaran con exclusividad en determinado lugar, trabajaran tierras públicas, efectuaran obras públicas o prestaran servicios públicos. Este tipo de concesiones se otorgaron con mayor frecuencia en la época republicana.

Tomando en consideración que las concesiones no se dieron únicamente sobre tierras públicas *-ager publicus-*, sino también sobre la recaudación de tributos, la adjudicación de obras y suministros públicos, fue necesario que los concesionarios se agruparan en sociedades, para así poder hacer frente al capital requerido para las prestaciones de dichos servicios, así también para poder cubrir los riesgos que devinieran de la actividad.

Roma le encontró a estas sociedades una mayor utilidad como concesionario, y por ello la figura del *Manceps* de la *societas* -representante de la sociedad, o adjudicatario de la sociedad- empezó a tener mucha importancia dentro de su vida cotidiana.

En la práctica la conveniencia del Estado de contratar con sociedades para las cosas de mayor envergadura ocasionó que los concesionarios individuales tuvieran concesiones sobre pequeñas parcelas, derivaciones de agua, suelo público para construcciones privadas y pequeñas minas, pero las *societates* solían obtener concesiones sobre obras públicas, prestación de servicios, suministros públicos, grandes minas, amplias extensiones de tierra pública, y por supuesto recaudación de tributos.

7.- Objeto de las Concesiones.

En la época romana existieron muchos tipos distintos de concesiones, que tenían diferentes objetos.

La Administración romana dio en concesión tres tipos de bienes inmuebles. La concesión de “*ager publicus*”, la más antigua, que consistía en dar en concesión tierras públicas incultas, a fin de que se explotaran a cambio de un canon.¹⁴

Por otro lado, también se utilizó mucho la concesión de edificios públicos. Generalmente este tipo de concesión no se le daba a un particular a título individual, sino más bien a un grupo de personas, ya que, los edificios que eran objeto de este contrato eran templos, basílicas o locales para reuniones o actos, que eran solicitados por gremios o colegios profesionales de artistas o artesanos.¹⁵

Y finalmente el suelo público para la construcción. En la antigua Roma era muy usual que el Estado dispusiera de suelo público destinado a construcciones privadas. Este es el típico caso del “*res publicae in pecunia populi*”, ya que, aunque estos bienes fueran demaniales, no tenían como finalidad la prestación de un servicio público, sino más bien la recolección de contribuciones como contraprestación del uso del suelo público. Es por ello que algunos doctrinarios asemejan este tipo de concesiones a un simple arrendamiento, ya que, es como si la Administración alquilara los bienes inmuebles a los particulares con el único objetivo de recaudar dinero para el fisco.¹⁶ Dentro de este tipo de concesiones yo añadiría las concesiones de edificaciones privadas en el mar o la playa. En la antigua Roma estas zonas eran consideradas comunes y de dominio público, ya que eran de vital importancia para la subsistencia del pueblo romano.¹⁷

Las concesiones de agua, se podría decir que fue una manera que utilizó el Estado Romano para que su gente pudiera utilizar el agua. Tomando en consideración la importancia del agro para ellos, era de interés público que el agua fuera utilizada para el riego de los campos. Dada la importancia del agua era prohibido tomarla sin el permiso correspondiente o en cantidades mayores que las concedidas. La manera en que tomaban el agua era derivándola o tomándola desde los ríos o los acueductos públicos.¹⁸

14 Ver Lex Agraria del 111A.C.

15 Vid. Digesto de Justiniano, Op. Cit. D.50.10.5.1 (Ulp. de off. cur.r.p.), y Livio, 9.30.

16 Vid. Digesto de Justiniano, Op. Cit. D.43.8.2.10, 13,15 y 16 (Ulp.68 ed.)

17 Vid. Digesto de Justiniano, Op. Cit. D.47.10.14 (Paul.13 ad. Plaut.)

18 Vid. Digesto de Justiniano, Op. Cit. D.43.12.2 (Pomp. 34 sab.), y D.8.3.17 (Pap. Iust.1 const.)

A mi parecer este tipo de concesión, está más cerca de ser una manera controlada de brindar un servicio público, que de una concesión de la que actualmente conocemos, ya que, el fin que perseguía era que todos pudieran utilizar el agua. Sin embargo, la figura jurídica utilizada por ellos era la concesión.

En el caso de las concesiones de minas, no se ha cambiado mucho desde el sistema de los romanos, ya que, hoy en día existen muchos países que legalmente son los únicos dueños de los recursos minerales, y por ello es necesario que el interesado en explotar una mina tenga que pedirle a la Administración un permiso para hacerlo. Esto conlleva a que el beneficiario de este permiso deba pagar cánones de explotación. En pocas palabras se concedía la explotación de una mina a una persona individual o a un grupo de personas a cambio de un precio.

En cuanto a la pesca, en el derecho romano desde la época pre-romana se daba dos tipos distintos de concesión en este sentido. Se daba la concesión sobre la pesca exclusiva en un lugar determinado, permitiendo a un individuo de utilizar de manera exclusiva un área específica de un lago, río, o mar. Por otro lado, se daba la concesión sobre la pesca de determinados peces o moluscos, como, por ejemplo: atunes, ostras, etc. Es importante resaltar que en estos dos casos siempre existió a cambio de la concesión el *vectigal piscariarum* o canon de pesca, que era la contraprestación que obtenía el Estado tanto de la sociedad como del individuo según fuera caso.¹⁹

Se podría decir que la concesión de arrendamiento de *vectigalia* y de tributos fue un tipo de concesión de un servicio público, ya que, el Estado le cedía a la *societates vectigalium* la función pública de recaudar impuestos. Este tipo de concesión se dio por razones prácticas, ya que, el Imperio imponía una gran cantidad de impuestos que eran mucho más fácil de ser recolectados por las asociaciones que por el mismo Imperio.²⁰

Además de este tipo de prestación de servicio público, se dieron en concesión también los servicios de vigilancia contra el fuego, policía, aprovisionamiento de la ciudad, baños públicos y otros más. Cuando el Estado no prestaba estos servicios por él mismo, lo ponía en manos de los particulares reservándose el derecho de control.²¹

19 Vid. Digesto de Justiniano Op. Cit., D.43.14.1.7 (ulp.68ed)

20 Vid. Digesto de Justiniano Op. Cit., D.39.4.9.1 y 3 (Paul.5 sent.) y D.39.4.1.1 (Ulp. 55ed.)

21 Vid. Digesto de Justiniano Op. Cit. D.50.6.6.12 (Call.1 de Cogn)

También fue frecuente dar en concesión obras públicas, lo que nos enseña que el nacimiento de la concesión de obras públicas definitivamente se dio en la era Romana.

8.- La Concesión de Obras Públicas.

Finalmente, la más importante para nuestros efectos, la Concesión de obras públicas. Se dieron en concesión, obras públicas de diversa índole. Se concedieron obras públicas municipales y estatales. Se construyeron carreteras, fortalezas, palacios, faros, puentes, circos, baños públicos, cárceles, templos, hospitales, acueductos y muchas otras obras públicas, de las cuales todavía quedan en pie muchas de ellas. Roma destinaba gran parte de sus presupuestos a la manutención, conservación y construcción de las obras públicas.

Un ejemplo del uso de esta modalidad es que en la regulación de las vías públicas del Derecho Romano se preveía la adjudicación, por concesión administrativa, de la construcción de vías públicas a sociedades particulares.

El Estado y los Municipios en muchísimos casos contrataban con las *societates publicanorum* para que éstas llevaran a cabo la obra pública, el Estado al igual que hoy en día se reservaba el poder de control sobre las obras emprendidas.

En el Digesto de Justiniano, Ulpiano dice:

Habiendo tenido que pagar la pena por incumplimiento el arrendatario de una obra <pública>, el fiador que intervino como su garante arrendó a otra persona la construcción de aquella obra: no habiendo terminado tampoco la obra el segundo arrendatario, no puede recusar el heredero del fiador el pago de los intereses <moratorios>, ya que el primer contrato, por ser de buena fe, obligaba en todo al fiador, y el segundo arriendo, al asumir él como propio el riesgo, sustituyó enteramente la deuda con la ciudad. <y por ello comprendía los intereses>²²

22 Vid. Digesto de Justiniano Op. Cit. D.50.8.3pr (2.11) (Ulp. 3 opin.)

Tomando como premisa que la contratación pública es un acuerdo entre el poder público y uno o varios ciudadanos escogidos entre otros, que versa sobre determinados bienes o actividades de carácter público. Es necesario para que se pueda cumplir ese supuesto que el objeto sea un bien público o una necesidad pública; que la contratación sea hecha de una manera pública, dando a conocer los contratantes; y finalmente que existiera libertad de concurrencia de las personas privadas interesadas en la contratación y un procedimiento para la selección del concesionario.

En Roma, como afirma el Profesor Fernández de Buján, era muy frecuente la contratación de una obra pública con una sociedad privada y su importancia radicaba en que eran auténticos contratos administrativos celebrados entre la Administración y los particulares. Es importante resaltar que estos contratos entre la Administración y los particulares se basaban en las *leges locationes*.

De hecho, la contrata pública más frecuentemente mencionada por las fuentes del Derecho romano es la *locatio*. Y según el Prof. Antonio Mateo antes de que el derecho privado tipificara la *locatio-conductio* como contrato consensual independiente ya se usaba el término *locatio* para designar a determinadas contratas públicas.²³

El término *locatio* según el Prof. Mateo se refiere a la idea de que el magistrado “coloca” en manos del contratista el bien público para su disfrute o el encargo de realizar determinada obra o suministro. Esta idea está basada en la doctrina de Festo en cuanto que *Locatio* viene de *locare*, que en su sentido originario significa poner o situar algo.

Las concesiones de obras siempre estuvieron íntimamente relacionadas con los botines de guerra. Los Romanos empezaron a utilizar el mecanismo de la subasta para sacarle el mejor provecho a los botines de guerra. Luego la subasta fue implementada a la contratación pública. En este tipo de subastas el adjudicatario adquiría la propiedad civil de los bienes subastados.

En cuanto al pago, en la época de los romanos se podía adelantar una cantidad antes que se hubiera cumplido el contrato sin embargo esta cantidad perseguía facilitar al contratista la compra del material para así poder iniciar de las obras. En ningún momento se tomó como que se estaba pagando a tractos la obra que se estaba efectuando ya que el “*solvere*” se le llamaba únicamente a la parte que se entregaba una vez terminada y

23 Antonio Mateo, *Manceps Redemptor Publicanus* Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma, Universidad de Cantabria, 1999, pg. 35.

aprobada la obra. En otras palabras, no se daba un pago por tractos, sino un adelanto de pago. Inclusive, es interesante ver como la misma *Lex Locationis* obligaba a dar determinada cantidad –siete sestercios- por cada pie de obra construido en piedra, para poder cubrir los gastos de materiales. Este dinero se iba desembolsando a medida que se iba construyendo la obra, pero sin constituir un pago a lo que hasta ese momento se había edificado.

Lo que nosotros hoy conocemos como adjudicatario en aquel entonces se le conocía como *Manceps*. Pese a que el *Manceps* era en definitiva el adquirente de la propiedad civil del botín, esté lo podía transmitir.

Con respecto a la contratación pública los *redemptores* tuvieron mayor protagonismo en cuanto a la construcción y mantenimiento de las obras públicas. El mismo Cicerón en varios textos se refiere a los *redemptores* no solo como el adjudicatario sino también como todos aquellos posibles contratistas de la obra pública, quienes no pudieron adjudicarla.

Resulta ilustrativo retomar la cita hecha por el Dr. Antonio Mateo donde escoge el libro primero de la segunda acción contra Verres, sobre su desempeño de la pretura urbana para ilustrar como eran la contratación de obras públicas en Roma.²⁴

Según el relato de Cicerón, P. Junio había tomado en arriendo el mantenimiento del templo de Cástor de los cónsules Lucio Cornelio Sila y Quinto Cecilio Metelo (80 a.C.), pero murió, dejando un hijo impúber, Junio, antes de que el modo en que había cumplido su contrata fuera aprobado y, en consecuencia, pudiera continuar el mantenimiento del templo el nuevo contratista, llamado Habonio. Por orden del Senado, correspondió a los pretores P. Cecilio y C. Verres aprobar el correcto cumplimiento de las contratas que llegaban a término, y entre ellas, la del mantenimiento del templo de Cástor por parte del difunto Junio.

En el desempeño de este encargo del Senado, Verres vio la ocasión de enriquecerse a costa del huérfano. Primero intentó forzar a los tutores a ofrecerle dinero, amenazando con desaprobado la gestión del difunto Junio, con el pretexto de que las columnas del templo no estaban perpendiculares

24 Mateo, Op. Cit. Pg. 41 ss.

al suelo. Esto era algo que la Lex Locationis en realidad no exigía, pero Verres pensaba que los tutores del menor le comprarían su aprobación. Tal como esperaba, los tutores le ofrecieron dinero, pero, como a Verres no le pareciera bastante, desaprobó definitivamente la gestión del difunto, y decidió adjudicar una nueva contrata, supuestamente para corregir aquel defecto de las columnas.

A esta subasta asistieron los tutores del pupilo, y uno de ellos, su tío paterno Junio, ofreció cumplir la nueva contrata por cuarenta mil sesteracios; esperaba de este modo reducir al mínimo el perjuicio del patrimonio del menor. Pero el pretor Verres le prohibió acceder a la puja y adjudicó la obra a Habonio –cómplice suyo pese a ser tutor testamentario del huérfano- en quinientos sesenta mil sesteracios, lucrándose con la diferencia y arruinando al pupilo.

El menor como heredero del contratista incumplidor era responsable del pago de la nueva contrata.

Como se deduce de todo lo expuesto, en Roma se podía dar en concesión tanto las *res publicae in publico usu* como las *res publica in pecunia populi*, siempre y cuando existiese un canon a cambio de la misma. Coincido con Don Santiago Castán Pérez-Gomez cuando afirma que no hay una diferencia muy marcada entre las cosas destinadas al uso público y las patrimoniales, ya que, la comunidad podía conseguir de los bienes de uso público una contraprestación económica.

Supuestamente muchas cosas como el mar, las playas, edificios públicos, etc. eran de uso de la colectividad, pero en algunos casos el mismo Estado le daba a unas pocas personas, facultades superiores al normal uso público de las mismas, a cambio de un tipo de arrendamiento que se llama *vectigal*. El término *vectigal* se podría decir que es un término genérico por medio del cual se englobaban todas las rentas percibidas por el Estado a cambio del uso de los bienes de dominio público.

9.- Conclusiones.

Discrepando con el Ministro de Justicia Español, Sr. Silvela, que en su momento dijo que “lo que constituye una verdadera innovación en nuestro derecho respecto al derecho

*romano, es el contrato especial conocido en nuestra legislación administrativa con el nombre de concesión. Esto es lo que verdaderamente puede considerarse una novedad jurídica, por que el contrato de concesión no tiene, por decirlo así, una casilla en el derecho romano en que se pueda clasificar, sino que es una evolución, una forma nueva de derecho...*²⁵; coincido con el Prof. Castán, cuando concluye que a pesar de que en Roma no existió una ley general que regulara todas las concesiones administrativas de dominio público, el sistema general concesional romano puede deducirse al analizar cada concesión, siendo notorias las coincidencias que existen entre ellas, aunque sean distintos los bienes objeto de las mismas. También me parece acertado que el Profesor Fernández de Buján diga, en ese mismo sentido, que en el derecho romano no existió una ley que regulara de manera global y unitaria la concesión administrativa, con la excepción de una ley general referida a las concesiones mineras, por lo que hay que acudir a las leyes agrarias, *leges locationes* de los censores, leyes municipales, edictos sobre cosas públicas e inscripciones epigráficas para conocer y analizar las particularidades y múltiples concesiones que existieron.

Es un hecho que los ordenamientos jurídicos, basados en el derecho romano, heredaron una gran gama de concesiones administrativas que han sabido desarrollar al pasar del tiempo y que el caso de la concesión de obra pública es un ejemplo de la herencia romana en nuestros ordenamientos.

10.- Referencias bibliográficas.

Castán Pérez-Gómez, Santiago; Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano, Dykinson, Madrid, 1996.

CORPVS INSCRIPTONVM LATINARVM (C.I.L.), Academia Litterarvm Regiaebovssicae, Editio Altera, MCMXVIII.

Digesto de Justiniano, Tomo III (Libros 37-50), versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Aranzadi, Pamplona, 1975.

25 Cita, hecha por Martín Bassols Coma, "Derecho de los Contratos Públicos", trabajo coordinado por el Benigno Péndas García, Praxis, Madrid, 1995, pg. 43.

Fernández de Buján, Antonio; Derecho Público Romano, Civitas, Madrid, 2000.

Mascareñas; Carlos-E. (Director); “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Francisco Seix (editor), Barcelona, 1952.

Mateo, Antonio; Manceps Redemptor Publicanus Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma, Universidad de Cantabria, 1999.

Montoya Melgar, Alfredo (Director); “Enciclopedia Jurídica Básica”, 1ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1995.

Pendás García, Benigno (Coordinador); Derecho de los Contratos Públicos, 1ª ed., Praxis, Barcelona, 1995.