



TESIS DOCTORAL

2015

**HUELLAS ROMANAS EN LAS LEGISLACIONES
COLOMBIANA Y ESPAÑOLA EN MATERIA DE
CONTRATO DE VIVIENDA**

**LUZ AMPARO SERRANO QUINTERO
LICENCIADA EN DERECHO**

Director: Profesor Federico Fernández de Buján

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO
FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO FACULTAD DE
DERECHO**

**HUELLAS ROMANAS EN LAS LEGISLACIONES COLOMBIANA
Y ESPAÑOLA EN MATERIA DE CONTRATO DE VIVIENDA**

**Luz Amparo Serrano Quintero
Licenciada en Derecho**

Director: Profesor Federico Fernández de Buján

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I ACERCA DEL ORIGEN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL DERECHO ROMANO	16
1. DE LA ECONOMÍA AGRARIA DE LA ROMA ARCÁICA A LA ECONOMÍA DE MERCADO DE LA ROMA DEL PRINCIPADO	16
2. UN APUNTE SOBRE LA FORMACIÓN DEL ARRENDAMIENTO COMO CONTRATO CONSENSUAL	33
2.1. La <i>locatio conductio</i> y su origen en el ámbito del Derecho público	34
2.2 La <i>locatio conductio</i> y su origen en el ámbito del derecho privado	40
2.3 Una teoría ecléctica que trata de justificar el reconocimiento de la <i>locatio conductio</i> como un contrato típico del Derecho civil.	45
3. LA CONCEPCIÓN UNITARIA O TRIPARTITA DE LA <i>LOCATIO CONDUCTIO</i>	50
4. EL PROBLEMA DE LA TERMINOLOGÍA EN EL ORIGEN DE <i>LOCATIOCONDUCTIO</i> COMO CONTRATO CONSENSUAL	65
CAPÍTULO II LA CONFORMACIÓN DE LA <i>LOCATIO CONDUCTIO</i> EN LAS FUENTES ROMANAS	76
1. RENUENCIA DE LOS JURISTAS ROMANOS A LA ABSTRACCIÓN	76
2. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE LA <i>LOCATIO CONDUCTIO</i> EN LOS TEXTOS ROMANOS	79

3. LA CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA <i>LOCATIO REI</i> COMO FORMA DE DEFINIRLA	83
4. LA <i>LOCATIO CONDUCTIO</i> Y SU TIPIFICACIÓN EN EL <i>IUS CIVILE</i>	88
5. EL ORIGEN COMÚN DE LA COMPRAVENTA CON LA <i>LOCATIO CONDUCTIO</i> Y EL EJERCICIO DIALÉCTICO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS DOS FIGURAS JURÍDICAS	93
5.1. La semejanza entre los dos contratos en Gayo	94
5.2. La <i>locatio conductio</i> y la transferencia de la propiedad en Quinto Mucio	98
a. La respuesta de Quinto Mucio	101
b. El comentario de Pomponio	108
5.3. Arrendamiento “aestimatio” y compraventa en Gayo 3, 146.	114
5.4. Compraventa con pacto de reserva de arrendamiento	119
6. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA <i>LOCATIO REI</i>	124
6.1. El <i>consensus</i>	125
6.2. La bilateralidad	128
6.3. La onerosidad	129
6.4. Obligaciones de tracto sucesivo	131
6.5. De buena fe	132
CAPITULO III LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA <i>LOCATIO CONDUCTIO</i> Y SU INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN MODERNA	140
1. EL CONSENTIMIENTO	140
2. EL <i>UTI FRUI LICERE</i>	146

2.1. El <i>uti frui licere</i> , su relación con los atributos de los derechos reales y otros aspectos que reflejan la naturaleza de la <i>locatio conductio</i>	147
2.1.1. El contrato de arrendamiento de inmuebles y su inscripción en el registro de la propiedad	149
2.1.2. Similitudes y diferencias esenciales entre el usufructo y el <i>uti frui licere</i> del contrato de arrendamiento	152
2.1.3. El <i>uti frui licere</i> sobre cosas incorporales o derechos	153
2.1.4. La transferencia de la propiedad sobre las cosas objeto del <i>uti frui licere</i>	155
2.1.5. El <i>uti frui licere</i> sobre cosas consumibles	158
2.1.6. El subarriendo o cesión del <i>uti frui licere</i>	160
3. LA <i>MERCES</i>	163
3.1. Características de la merces en el contrato de la <i>locatio conductio</i>	167
4. EL TIEMPO DE DURACIÓN	185
4.1. La <i>Reconductio tácita</i>	189
4.1.1. La <i>reconductio tácita</i> en el Derecho romano	191
4.2. La tácita reconducción y la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento en el Derecho español	194
4.2.1. Contratos de arrendamiento destinados a vivienda	196
4.2.2. Contratos de arrendamiento de local de negocio	210
4.3. La tácita reconducción en el Código Civil colombiano	220

CAPÍTULO IV	
LOS SUJETOS DEL CONTRATO	225
1. LA EXPRESIÓN <i>LOCATIO CONDUCTIO</i>	225
2. EL <i>LOCATOR</i>	229
2.1. El propietario	231
2.2. El usufructuario	232
2.3. El usuario	235
2.4. El habitador	241
2.5. El extraño o tercero	244
2.6. El poseedor	245
2.7. El arrendatario	246
3. EL <i>CONDUCTOR</i>	247
3.1. <i>Conductio suae rei</i>	250
3.2. La calidad del <i>conductor</i> en la detentación de la cosa en la <i>locatio conductio rei</i>	254
4. PROHIBICIONES PARA SER PARTE EN EL CONTRATO DE <i>LOCATION CONDUCTIO REI</i>	264
4.1. Los militares	265
4.2. Los armeros	266
4.3. Los curiales	267
4.4. Ediles, cuestores y <i>dunviris</i>	268
5. DIFERENCIAS ENTRE EL INQUILINO Y EL COLONO	268
CAPÍTULO V	
LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES	270
1. OBLIGACIONES DEL <i>LOCATOR</i>	270
1.1. Colocar la cosa a disposición del arrendatario	270

1.1.1. Incumplimiento por pocos días de la obligación de entregar la cosa	275
1.1.2. Cumplir la obligación entregando al <i>conductor</i> otra habitación no menos cómoda	275
1.1.3. La imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva al momento de entregar la cosa	277
1.1.4. Entregar el <i>instrumentum</i> , en el fundo rural como en la vivienda urbana	279
1.2. Mantener el uso y disfrute de la cosa en poder del <i>conductor</i> hasta la terminación del contrato	285
1.2.1. Impedimento material	289
1.2.2. Impedimento jurídico	291
I. La <i>emptio tollit locatum</i>	291
II. La <i>Publicatio</i>	292
III. El arriendo de cosa ajena	302
1.3. Responder por los vicios ocultos de la <i>res locata</i>	304
1.3.1. La actuación de los dependientes del <i>locator</i> como especie de vicio oculto	310
1.3.2. Responsabilidad por la evicción	313
1.3.3. La <i>actio conductio</i> por el incumplimiento del arrendador en el uso y disfrute del inmueble arrendado, tanto por los vicios ocultos como por la evicción	317
1.4. Reembolsar a la terminación del contrato las mejoras realizadas por el <i>conductor</i>	319
1.4.1. Clasificación de las mejoras	320

1.4.2. Las mejoras en el contrato de arrendamiento	321
1.4.3. Reembolso de las mejoras	327
1.4.4. Las mejoras en el Derecho colombiano	331
1.4.5. Las mejoras en el Derecho español	335
2. OBLIGACIONES DEL <i>CONDUCTOR</i>	338
2.1. Usar la cosa de acuerdo con su naturaleza o con lo convenido	339
2.2. Pagar la <i>merces</i>	343
2.3. Restitución de la cosa	347
3. <i>PERICULUM</i>	348
3.1. El <i>Periculum locatoris</i>	351
3.2. <i>Remissio mercedis</i>	359
CAPÍTULO VI: LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES	368
1. LA VOLUNTAD PRIVADA DE LAS PARTES COMO FUENTE DE OBLIGACIONES Y ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA CONTRACTUAL	368
2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	379
3. CRITERIOS PARA FIJAR LA RESPONSABILIDAD DEL <i>LOCATOR</i>	381
3.1. <i>Res perit creditoris</i>	382
3.2. <i>Id quod interest- remissio mercedis</i>	384
4. RESPONSABILIDAD DEL <i>CONDUCTOR</i>	387
4.1. Responsabilidad por culpa	387
4.2. Responsabilidad por custodia	397

4.2.1. El régimen de la <i>custodiam praestare</i> en las distintas etapas del Derecho romano. La noción, a través de las distintas interpretaciones doctrinales	403
4.2.2. Negocios jurídicos en los que se aplica el criterio clásico de <i>custodiam praestare</i>	409
4.2.3. Responsabilidad por custodia en la <i>location conductio rei</i>	411
CAPÍTULO VII	
CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO	431
1. POR DESTRUCCIÓN MATERIAL DE LA COSA ARRENDADA	432
2. POR EL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO	434
2.1. Contratos a tiempo determinado expresa o tácitamente	436
2.2. Contratos de arrendamiento a tiempo realmente indeterminado	441
2.3. La <i>locatio perpetua</i>	445
2.4. <i>Reconductio o relocatio tácita</i>	446
3. POR MUERTE	453
3.1. Por muerte del <i>locator</i>	453
3.2. Por la muerte del <i>conductor</i>	457
4. POR MUTUO DISENTIMIENTO	460
5. POR LA CESACIÓN DEL DERECHO DEL <i>LOCATOR</i> SOBRE LA COSA ARRENDADA	463
5.1. Extinción del usufructo	463
5.2. Venta de la cosa arrendada	465

5.2.1. Relación entre el comprador y el <i>conductor</i>	466
5.2.2. La <i>emptio tollit locatum</i>	468
5.2.3. Consecuencias de la venta de la cosa arrendada	470
5.2.4. Pacto a favor del <i>conductor</i>	478
5.2.4.1. Naturaleza del pacto a favor del <i>conductor</i>	483
5.2.5. Mecanismos procesales para hacer valer el derecho del adquirente	487
5.2.6. Las consecuencias de la venta del inmueble sobre el contrato de arrendamiento en la legislación actual	493
6. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR MOTIVACIÓN DE CUALQUIERA DE LAS PARTES	504
6.1. Por decisión unilateral del <i>locator</i>	508
6.2. Por decisión del <i>conductor</i>	511
7. POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES TANTO DEL <i>LOCATOR</i> COMO DEL <i>CONDUCTOR</i>	514
7.1. Terminación por parte del <i>locator</i>	514
7.1.1. Cuando se trate del uso de la cosa arrendada de forma no convenida	515
7.1.2. Por falta de pago de la <i>merces</i>	517
7.2. Terminación unilateral del <i>conductor</i>	519
7.2.1. Demora o retraso culpable del <i>locator</i> en la entrega	520
7.2.2. Por defecto de la cosa arrendada que impida su uso y disfrute	523
7.2.3. Fundado temor de un peligro o <i>vis major</i>	525

7.3. Por disposiciones normativas	526
CONCLUSIONES	529
BIBLIOGRAFÍA	542
APÉNDICE: CUADRO DE LEGISLACIÓN COMPARADA	569

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone realizar una aproximación a la figura de la *locatio conductio* romana con el objetivo de subrayar estos antecedentes en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, tal como se dispone, actualmente, en la legislación colombiana y en la española.

Es bien sabido que el Derecho romano es conformado, de forma básica, por la labor de la jurisprudencia clásica a través de la casuística, lo cual otorga un significado especial a este Derecho, pues ha sido desarrollado por quienes poseían el saber jurídico, es decir la *auctoritas*, lo que explicaba el por qué para los romanos el *ius* no era el producto de una imposición de un órgano de poder sino una construcción de los jurisconsultos y prudentes, cuya autoridad y respeto emanaba de la solidez de sus argumentaciones y respuestas.

Al tratarse de un Derecho no codificado, se mantiene en permanente análisis y refutación, pues las soluciones contradictorias que juristas diferentes proponían para los mismos problemas, tenían idéntico valor. Por esta razón, el *ius civile* evoluciona en forma constante y progresiva, producto del desarrollo que se iba produciendo como consecuencia de las disquisiciones sobre una misma cuestión,

animando a juristas posteriores a volver sobre los mismos planteamientos y decidir, de nuevo, de acuerdo o no con los criterios esgrimidos por sus predecesores.

El tema que se aborda en el Capítulo I busca desentrañar el origen del contrato de arrendamiento. Para ello, es necesario, en primer lugar, intentar realizar un análisis de las costumbres y la forma de vida de la sociedad romana, desde la época arcaica hasta la economía de mercado de la época imperial. Este primer punto permitirá, luego, expresar el parecer de la doctrina en relación con la controvertida cuestión de si la *locatio conductio* tuvo su origen en el ámbito del Derecho público o en el del Derecho privado.

Continuando con las raíces del contrato, en el Capítulo II se analiza la conformación de la *locatio conductio* en las fuentes romanas, buscando una aproximación a su definición a través de sus características esenciales. Igualmente, se pretende con este análisis desentrañar el origen común de la compraventa y la *locatio conductio*, como un ejercicio dialéctico para la interpretación de las dos figuras jurídicas.

Con respecto al Capítulo III, se inicia la exploración de las legislaciones modernas, abordando los elementos esenciales de la *locatio conductio* y su inserción en el Derecho español y en el Derecho colombiano. Como podrá constatarse es posible reconocer el influjo de las respuestas de los jurisconsultos romanos en la

estructuración del contrato de arrendamiento en los Derechos civiles española y colombiana.

Seguidamente, el Capítulo IV se refiere al estudio de los sujetos del Contrato. Por una parte, se considera la función que desempeña el *locator* en la *locatio conductio*, sea en su condición de propietario de la cosa, de usufructuario, y en el Derecho justineano, el titular de un Derecho real de uso y de habitación. Se analiza también en este capítulo, la posición del *locator*, incluso en su condición de tercero ajeno a la propiedad o a cualquier Derecho sobre la cosa arrendada. Por otra parte, se hace un análisis similar respecto de la calidad del *conductor* en la detentación de la cosa en la *locatio conductio rei*.

A continuación, el contenido del Capítulo V se enfoca sobre las obligaciones de las partes. Comenzando con las obligaciones del arrendador, entre las varias que se enumeran, se destaca una en particular por la forma como fue asimilada por las legislaciones española y colombiana: la de reembolsar las mejoras útiles y necesarias hechas por el arrendatario, a la terminación del contrato. Con respecto a las obligaciones del *conductor*, dentro de las varias que se mencionan, se examinará con mayor detenimiento el *periculum*, como forma de establecer quién debe asumir el riesgo por el caso fortuito y las consecuencias derivadas del mismo.

Para concluir con los elementos del contrato, se desarrolla en el Capítulo VI el tema de la responsabilidad de las partes por el

incumplimiento de sus obligaciones. Aquí se describen la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por custodia de la cosa, por parte tanto del *locator* como del *conductor*. Luego, en el Capítulo VII, se abordan las causas de extinción del contrato, con fundamento en los diferentes casos que dieron lugar a establecer en qué circunstancias se da por terminado la *locatio conductio rei*.

El Trabajo así distribuido, trata de realizar una pequeña aportación doctrinal, puesto que procura integrar todos estos aportes de la romanística a la figura de la *locatio conductio rei*, que ha dejado una huella importante en las legislaciones española y colombiana contemporánea, como se evidenciará al abordar su lectura.

CAPITULO I

ACERCA DEL ORIGEN DEL ARRENDAMIENTO EN DERECHO ROMANO

1. DE LA ECONOMÍA AGRARIA DE LA ROMA ARCAICA A LA ECONOMÍA DE MERCADO DE LA ROMA DEL PRINCIPADO

Para abordar el estudio del contrato de arrendamiento dentro del contexto de la historia de Roma entiendo que el análisis debe situarse a partir del Siglo III a.C. Fue durante este periodo en el cual se presentaron una serie de profundas transformaciones políticas, sociales y religiosas en la Ciudad-estado. Los cambios sufridos conllevaron considerables transformaciones para esta pequeña urbe, la cual, fundada inicialmente en base a una economía rural y agraria se convertiría en lo que hoy puede definirse como la primera economía globalizada de mercado de occidente.

Así, es necesario analizar no solamente la manera cómo evolucionaron las instituciones jurídicas vigentes hasta ese momento sino también las nuevas figuras contractuales que fueron

implementadas, las cuales tenían una mayor capacidad para adaptarse a los requerimientos de la nueva forma de vida que vendrían a adquirir los ciudadanos romanos en un siglo trascendental de su historia.

Comenzando por la historia de Roma, antes de la instauración de la República, esta se había definido por los continuos enfrentamientos entre ella y las ciudades vecinas, los cuales terminan cuando la *civitas* logra la conquista de la totalidad de la península itálica. Para esta época, la *nobilitas* romana une a sus ambiciones políticas la avidez por acumular bienes inmuebles, lo cual explica, según GARCÍA GARRIDO, cómo los intereses económicos animan asimismo las conquistas militares con ánimo expansionista y además que los Comicios centuriados se estructuraran con base un criterio timocrático, es decir, de acuerdo a niveles económicos¹. En este sentido como destaca F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN:

la riqueza en la primitiva Roma republicana se basa en el patrimonio inmobiliario y no en la riqueza pecuniaria. Esto significa que lo que se tiene en cuenta en la elaboración del censo fuente de la organización comicial, es la cuantificación, traducida a dinero, del conjunto de bienes, normalmente inmuebles, que

¹ GARCÍA GARRIDO, M. J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 17 y ss.

conforman el patrimonio que se dedica básicamente a la agricultura.²

Asimismo, durante este tiempo, en cuanto al quehacer del ciudadano romano, una futura carrera política siempre se debía iniciar en los campos de batalla, puesto que ello contribuía a que aquél que no gozara de un linaje patricio pudiera alcanzar un buen cargo público, siempre y cuando se destacaran como buenos militares en la guerra. En lo referente las mujeres, se las educaba para que cumplieran con el rol de buena esposa y madre, lo que significaba que no solo se debía ser hábil en el manejo de la economía doméstica, sino dócil en aceptar, desde muy joven, posibles alianzas matrimoniales que fuesen provechosas para el *pater familiae*. Así pues, la sociedad romana, encabezada por el padre, veía en las mujeres una buena oportunidad económica o el logro de un ascenso de categoría en la estratificación social romana.

Ahora bien, con la península itálica conquistada, el afán expansionista de Roma la llevó a enfrentarse, en este punto de su historia, a un poderoso rival: Cartago. Ésta ya era para entonces una potencia naval y comercial, puesto que su origen semita la había dotado de un especial espíritu para el intercambio mercantil a nivel marítimo. Estas cualidades le habían permitido extender su influencia por el Mediterráneo occidental, el cual comprendía, además de las islas

² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración*, Ediciones Académicas, Madrid, 2012, p. 134.

halladas en esta zona, el sur de la península ibérica y, a excepción de Egipto, toda la costa norte de África.

Como se evidencia, el escenario que se presentó fue el de dos protagonistas antagónicos que buscan y rivalizan por afianzar su dominio hegemónico. De ahí que sobrevino una competencia que perdura desde la mitad del siglo III a.C. hasta la mitad del siglo I a.C. tiempo durante el cual Roma y Cartago se enfrentan bélicamente en las guerras púnicas, las cuales estallan en tres ocasiones, luego de intervalos de pactos mutuos y relativa paz. La potencia que resultara victoriosa en este conflicto sería aquella que podría desarrollar una inmensa expansión territorial, dado que después de la muerte prematura de Alejandro Magno quedaba por completo abierto el camino de conquista hacia oriente³.

Por consiguiente, cuando Roma alcanza finalmente el triunfo se consolida como el primer poder en el Mediterráneo, una posición con la cual comenzó una nueva etapa de desarrollo económico e industrial. Vale la pena recordar que aunque a finales del siglo IV, ya existía un proceso económico y comercial en crecimiento, Roma seguía siendo una república aristocrática de campesinos. Así, esta se sostenía con una economía primitiva de índole agraria y en la cual, todos los miembros de una familia, congregados alrededor de los dioses domésticos y bajo la autoridad de su *pater*, trabajaban

³ ROSTOVZEFF, M., *Historia Social y Económica del Imperio Romano*, Tomo II, S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 1998, pp. 32 y ss.

afanosamente en los campos. Adicionalmente, en algunos casos se acudía a la ayuda de esclavos, los cuales, lejos de ser considerados como una mercancía semejante a los animales, recibían un trato de mayor consideración por parte de sus dueños⁴. Igualmente, se contaba con los clientes, quienes se encontraban ligados con las familias aristocráticas a través de vínculos, más religiosos que jurídicos, y donde se obtenían mutuos beneficios⁵.

Es en éste periodo en donde se instituyeron por primera vez los valores cívicos romanos que servirán más adelante de ejemplo y guía a los ciudadanos romanos de épocas posteriores. Debido a esta capacidad de identificación con el pasado, estos preceptos contribuirán a que los habitantes de Roma y sus dominios se reconozcan como un pueblo, que con el tiempo será llamado a dominar el mundo hasta ese momento conocido. Y por ello, no es mera coincidencia que los valores aludidos aquí sean todavía referencia en la civilización occidental, en especial por la amplia influencia ejercida por las tres grandes creaciones del mundo antiguo. Así, como subraya F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN:

⁴ “La casa, fuera villa rústica o urbana, era el centro de producción de los bienes de consumo y del mobiliario artesanal así como de los rudimentarios instrumentos de cultivo. Los esclavos desempeñaban los diferentes oficios de tejedores, carpinteros, herreros, hortelanos e incluso preceptores y maestros para los niños”. GARCÍA GARRIDO, M.J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas...*, *op.cit.*, p. 18.

⁵ Un ejemplo de la relación entre cliente y patrono es la norma que sitúa Bruns en la Tabla VIII.21: “Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto”. (*Serv., ad. Aeneida 6.609*) (21. Si el patrono defraudare a su cliente, sea execrado). En nt. 16, comentario a dicha regla, Rafael Domingo agrega: “Nos dice Servio que si los clientes, son como descendientes y los patronos como los padres, traicionar a un cliente es como traicionar a un hijo. ‘Sacer esto’ supone, originariamente, una sanción de tipo religioso que comportaba la muerte”. DOMINGO OSLÉ, R., *Textos de Derecho romano*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2002, p. 32.

Un insigne pensador español de nuestro siglo, Xavier Zubiri, constataba como los tres grandes pilares que sustentan la civilización occidental son la filosofía griega, el Derecho romano y la religión cristiana. En este sentido, creo que puede decirse, como imagen topográfica, que Jerusalén, Atenas y Roma han conformado nuestro ser occidental. En la 'Declaración sobre la identidad europea' de diciembre de 1973, se insistía en la necesidad de redescubrir Europa, a través de su identidad cultural pretérita⁶.

A propósito del papel que cumplía la ciudad, en sus inicios, cuando su expansión estaba limitada a la península itálica, Roma era el centro administrativo donde residen el rey y los sacerdotes. De ahí que fuese la fortaleza que acogía a los dioses de la comunidad y el lugar donde se administraba la justicia. Por otra parte, en este primer tiempo los hombres vivían fuera de sus murallas, en familias aisladas que se repartían el campo entre ellas, una forma de vida que era común en los pueblos de la antigüedad⁷.

Sin embargo, la situación de la ciudad cambió una vez se despejó el Mediterráneo para moverse libremente hacia el oriente. Desde el

⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea*, en SDHI, no. 64, Roma, 1998, p. 531.

⁷ Tucídides (II, 15-16) describe estas antiguas costumbres, que habían subsistido en el Ática hasta su tiempo; sólo al principio de la guerra del Peloponeso las abandonaron. En: FUSTEL DE COULANGES, N.D., *La Ciudad Antigua*, Editorial Iberia S.A., Barcelona, 1982, p. 331.

triumfo de la primera Guerra Púnica, en la que Roma ganó el dominio de la región, se marcó el fin de la época arcaica para comenzar una nueva etapa, en la cual la ciudad-estado comenzó a perfilarse como la capital de un gran imperio⁸. Esta transformación se vislumbra desde el momento en que Roma entró en contacto con nuevas civilizaciones, especialmente con las ciudades griegas y el antiguo imperio de Alejandro, lo que obligó a la población romana a enfrentarse a una realidad muy distinta a la suya. En concreto, el acercamiento con Oriente impulsó a la clase dirigente romana a conocer sociedades con mentalidades urbanas que estaban inmersas en novedosos procesos industriales, tal como la fabricación de artículos en serie, lo que consecuentemente dio comienzo a una próspera economía de mercado⁹.

En concordancia con lo anterior, se originó en Roma una clase integrada por comerciantes y contratistas tanto de obras públicas como de suministros, que dieron paso a grandes y prósperos negocios en las Provincias conquistadas, los que, a su vez, generaron

⁸ "En el mundo antiguo, Roma se transformó de una pequeña comunidad política urbana bajo la forma de *civitas* o *urbs*, en una entidad política territorial basada en la conquista militar y en la subsiguiente romanización de los pueblos conquistados". En FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Aportación del Derecho romano al proceso...*, *op.cit.*, p. 529.

⁹ En la historia del comercio no puede dejarse de mencionar el lugar privilegiado que ocupó la aparición y el uso de la moneda acuñada. Sobre este aspecto expone García Garrido: "La moneda antigua es, en principio, una moneda metálica con valor intrínseco real y no simbólico. No obstante las sucesivas pérdidas del valor real, una vez puestas en circulación entraban en el circuito de los movimientos internacionales de capitales. El oro se usó excepcionalmente en la República para las transacciones internacionales. Con la introducción de la moneda de plata en el año 269 a.C. se facilitaron los cambios con los extranjeros, mientras que las monedas de cobre, junto al cobre y al orocalco (aleación de cobre y zinc), continuaron reservados para el comercio ordinario de la gente humilde... Desde el mundo griego la profesión de cambista se extiende hasta Roma y los centros más importantes". GARCÍA GARRIDO, M.J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas...*, *op.cit.*, pp. 24 ss.

inmensos ingresos al Estado romano¹⁰. Junto a estos cambios, se sumó el nacimiento de una economía bancaria, así como de explotaciones agrarias basadas en mano de obra esclava a partir del Siglo II a. C. Como es evidente, todo ello contrastaba con la sociedad romana arcaica, cuya forma de gobierno y su estructura social era producto de la solidez de sus tradiciones y costumbres familiares, las *mores maiorum*, que más tarde fueron recopiladas en la Ley de las XII Tablas¹¹.

Cabe señalar que las modificaciones experimentadas en el campo económico, resultado de las victorias de Roma sobre Cartago, primero, y sobre los pueblos de oriente, luego, tuvieron consecuencias mixtas sobre el pueblo romano. Así, aunque una parte de la población, en la que se encontraban los caudillos militares, políticos, y demás miembros de la nobleza hereditaria gobernante, resultaron triunfadores, otro conjunto significativo de la población, más concretamente, la campesina, resultó perjudicada.

En efecto, los campesinos romanos libres vieron su situación económica afectarse negativamente, puesto que una de las

¹⁰ "El botín requisado por los generales y entregados por ellos al tesoro público alcanzó cifras de enorme importancia: en las guerras contra los griegos el botín fue de 70 millones de denarios y el de Paulo Emilio contra la monarquía macedonia alcanzó la cifra de 52 millones y medio de denarios. A estas requisas se sumaron las cantidades que los vencidos debían reembolsar a la administración romana para compensarle los gastos de la guerra y los tributos anuales en sus diversas formas, tanto en dinero como en especie. Se recaudaba la décima parte de los productos de la tierra: cereales, vino, frutas, y legumbres, etc. Roma sustituía a los Estados vencidos en la propiedad de sus bienes: fincas rústicas, minas, canteras, bosques y salinas que se explotaban por medio de sociedades y particulares". *Ibid.*, p. 20.

¹¹ Como lo expone García Garrido al caracterizar este período arcaico: "En el antiguo Derecho romano, los ciudadanos se regían por las *mores maiorum*, o costumbres de los antepasados, interpretadas por los pontífices. La Ley de las XII Tablas recopiló en preceptos breves las reglas procesales jurídicas, que después fueron objeto de interpretación por los juristas y formaron el *ius civile*." FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Fundamentos clásicos de la Democracia...*, op. cit., p. 256.

consecuencias de la incorporación de provincias de oriente al imperio fue la llegada a la capital de productos contra los cuales no puede competir. Por consiguiente, el campesino se vio en este momento obligado a vender su fundo y a convertirse, así, en arrendatario de sus propias tierras. Entretanto, las clases privilegiadas tenían la capacidad económica de adquirir tierras, convirtiéndose en acaudalados terratenientes¹².

Dentro de este marco social y económico, y en concordancia con lo dicho sobre los valores cívicos, el Derecho también experimentó su propia evolución. Siguiendo lo expuesto por Pomponio acerca de su origen y desarrollo, una vez promulgada la Ley de las XII Tablas comienza la interpretación y la discusión del Derecho en el foro, todo desde la *auctoritas* de los *responsa* de los prudentes y así se inicia de forma inequívoca la elaboración del *Ius civile*¹³.

Surgiendo de esta manera las acciones, que dan lugar al proceso inicialmente denominado de acciones de la ley, ya que éstas son ciertas y solemnes¹⁴. A través de ellas se podían hacer valer los

¹² VACCA, L. *La Giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989, p. 31.

¹³ D.1.2. 2.5. *His legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentum auctoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus disignantur, datis propriis nominibus ceteris partibus; sed communi nomine appellatur Ius civile.*

¹⁴ Al respecto, manifiesta García Garrido: "El término de legis acciones, utilizado por Gayo para designar el primitivo procedimiento, responde a su último fundamento en las leyes, especialmente en la Ley de las XII Tablas, pro también a la rigidez del procedimiento. Gayo lo explica con el famoso ejemplo del pleito perdido, por la mención de la palabra 'cepa' en lugar de la palabra 'árboles' (4.11)". FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Fundamentos clásicos de la Democracia...*, op.cit., p. 279.

derechos en juicio, todo lo cual era formado dentro de un sistema cerrado de figuras jurídicas cuya interpretación había sido hasta entonces exclusiva de los sacerdotes del Colegio de los Pontífices.

D.1.2.2.6. Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent; quas actiones ne populus, prout vellet, institueret, certas sollennesque esse voluerunt; et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est, legitimae actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: leges duodecim tabularum; ex his fluere coepit ius civil; ex iisdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia, et actiones apud collegium Pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis; et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.

De esta manera, los particulares, al celebrar sus negocios, debían acomodarlos a alguno de los contratos ya existentes¹⁵ para poder utilizar, en caso de ser necesario, alguna de las acciones reconocidas en la ley. La función del pretor¹⁶ se limitaba a controlar la estricta

¹⁵ Gayo 3, 89. *Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.*

¹⁶ SCARLATA, S.V., "Praetor", en *Novissimo Digesto Italiano* – NNDI, XIII, Torino, 1957, pp. 548 ss. sostiene, en contra de la doctrina mayoritaria, que el pretor no fue creado por la *Lex Licinia Sexta de consulae plebeio* del 367 a.C. El autor, con fundamento en el testimonio de Livio (Liv.

repetición de las declaraciones solemnes y gestos rituales, en que consistían estas acciones, salvo que tuvieran que pronunciar algunas palabras por precepto legal.

Respecto de las ficciones para conceder ciertas acciones, cabe resaltar el siguiente pasaje del jurista Gayo:

GAYO 4, 28: Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet; item lege censoria data est pignoris capio pulicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege uectigalia deberent.

VI, 42) afirma la preexistencia del *praetor* en relación con esta ley. En igual sentido Antonio Fernández de Buján, para quien el cargo de pretor (de *prae-ire*, ir delante) habría tenido una significación militar en sus orígenes. Se trataría de un jefe del ejército, pero a partir de las *leges Licinae-Sextiae* del 367 a.C., la tradición atribuye al pretor competencia específica en materia de proceso civil, el cual se desarrollaría en una primera instancia ante el pretor, para que fuera decidido en segunda instancia por un juez, un árbitro o un tribunal de jueces. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Décima Edición, Editorial Aranzadi S.A., 2007, p. 133. En MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Acciones Ficticias y Acciones Adyecticias. Fórmulas*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 4, se señala que en el año 367 a.C. se creó el pretor con la función de administrar justicia (*iurisdictio*), separando esta función de la potestad suprema de los cónsules. Más tarde, cuando se desarrolló el comercio con los extranjeros se crea otro pretor, en el año 242 a.C., quien se ocupaba de los litigios que surgían entre los ciudadanos romanos y los extranjeros o entre éstos. Sobre el origen del Pretor, EUGENIO y DIAZ expone que la pretura es la más antigua magistratura de la República. *Praetor, prae-itor*, deriva de *praeirey* significa el que viene al frente. Después de la caída de la monarquía, el mando militar lo ostentaría un dictador o dos pretores, de los cuales uno *-praetor maximus-* tendría la supremacía sobre el otro *-praetor minus-* o simplemente *praetor*. La pretura acabó siendo una magistratura jurisdiccional. Cfr., EUGENIO y DIAZ, F.E., *Breve historia de Roma*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 134.

Ocurría, sin embargo, que la naturaleza restrictiva del *Ius civile* impedía su aplicación a los negocios que involucraran a peregrinos, es decir, aquellos que se daban entre un peregrino y otro e, inclusive donde solo una de las contrapartes era un romano. Este aspecto era un obstáculo para que se desarrollara ágilmente el tráfico comercial, que ya comenzaba a producirse entre las ciudades de la península itálica gracias a la construcción de la *via Apia*¹⁷. El problema se agravó con la expansión hacia el Oriente, puesto que con ello se intensificó el intercambio comercial y financiero entre las provincias conquistadas y la Urbe.

Más allá de los anteriores particularidades, lo cierto es que la labor de creación y evolución del ordenamiento jurídico¹⁸ fue iniciada y bien asumida por la jurisprudencia republicana. Esto fue posible por la usurpación a Apio Claudio Cieco del libro de las acciones por parte del liberto Gneo Flavio, texto que más adelante sirvió a Sexto Elio Peto Cato para que él lo complementara con otras especies de acciones, ya necesarias para la época, entre los siglos III y II a.C. Esta continuidad logró, así, la protección de las nuevas relaciones sociales y contractuales que surgieron, sin que ello conllevara a una caída o del *Ius civile*¹⁹.

¹⁷ MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Ibid.*, p. 4

¹⁸ A. D'ORS añadía a las características tradicionales del Derecho romano el valor de permitirnos asistir impasibles a la transformación del Derecho, que aparece como un todo dinámico en constante evolución. En D'ORS, A., *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, 1943, p. 21, cit. por REINOSO BARBERO, F., *Los Principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1988, p. 59.

¹⁹ "Para los jurisconsultos, el derecho brota como formación espontánea de la vida social, que ellos se encargan de plasmar y encauzar en principios y reglas, y la vida como tal es

Hay que tener en cuenta que todavía, en pleno período clásico, se discutía si los contratos innominados podían legitimar el ejercicio de una acción civil²⁰, como se puede ver en un texto de Ulpiano, tomado de su libro IV de comentarios al Edicto y recogido en D.2.14.7.4.: *Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

Posteriormente, la creación de nuevas instituciones jurídicas se debió al aporte de la jurisdicción del pretor peregrino, magistratura instituida hacia el año 242 a.C. Esta a su vez, serviría de estímulo a los juristas romanos del período clásico para la reflexión de problemas jurídicos que, aunque nacidos por fuera del campo del rígido *Ius civile*²¹, conseguían su solución y respuesta dentro del marco de acción de una moral general, inmutable y aplicable a todos los pueblos, un marco que más tarde recibiría el nombre de *Ius gentium*.

desordenada, no puede encerrarse en unos límites lógicos y rígidos. Cuando el jurista tiene que atender a una necesidad concreta, en un consejo o respuesta, no puede detenerse a considerar en qué estructura o clasificación encaja mejor para una ordenación ulterior". REINOSO BARBERO, F., *Los Principios Generales...*, *op.cit.*, p. 22.

²⁰ "Tuttavia la giurisprudenza cautelare a iniziare dalla pontificale, nella sua attività del responderé, agere e cavere (Cic., *De oratore* 48), "scopriva" nuovi istituti e nuove azioni considerate come già implicite nel sistema. Un primo elenco di zioni fu pubblicato, nel 304 a.C., con il liber actionum di Gneo Flavio, liberto di Appio Claudio Cieco; altre ne aggiunse Sesto Elio Peto Cato, vissuto tra il III e II secolo, nella sua opera *Tripertita* (cfr. Pomponio, D.1.2.2.7); ancora, in pieno periodo classico, si discuteva se i contratti innominati legittimassero una azione civile (cfr. Ulpiano, D.2.14.3.7). IMPALLOMENE, G., *Locazione nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, Tomo XI*, UTET, Torino, 1994, p. 91.

²¹ Nos dice Ana Mohino Manrique: "Es bien sabido que la regla de oro de la jurisprudencia clásica consiste en adoptar la solución más justa al caso concreto que se plantea. Por ello, los prudentes romanos presidieron su labor desde un esencial sentido pragmático que considera que el Derecho, como ciencia o arte, se concibe para la vida y no para la especulación". MOHINO MANRIQUE, A., *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1.

Fue este propósito de encontrar soluciones convenientes o útiles lo que llevó a los juristas a dedicarse al estudio minucioso de los casos prácticos, valiéndose de una lógica propia en la que el raciocinio jurídico se unía a un gran sentido de oportunidad, de conveniencia y de equidad²². Ahora bien, con la apertura hacia oriente y el profundo impacto que ello tuvo en la realidad de Roma y demás ciudades anexas²³, la labor jurisprudencial junto con el edicto del Pretor, contribuyeron a la adaptación del *Ius civile* a estos sucesos expansivos. De esta manera, la irrupción de nuevas figuras jurídicas fueron secuelas directas de los cambios experimentados y el surgimiento del contrato de arrendamiento, que es lo que interesa en este trabajo, no fue en absoluto un proceso diferente²⁴.

²² "E ammirabile la facilità con la quale dal l'affermare un principio astratto dell, a piú vasta applicazione scendono ad esporre la formule da usarsi nei contratti o in giudizio, a spiegare il significato dei termini giuridici, a descrivere i gesti delle parti, a computar gradi di parentela, a esporre la partizioni dell'asse, etc...Simili a quei grandi poeti, che hanno ogni corda alla loro lira, che ascellono ugualmente in ogni estile, in ogni argomento essi conoscono tutte le altezze del pensiero giuridico e tutti i bassi piani della pratica, rimanendo uguali a sé stessi. Qual esempio e qual insegnamento per quei tanti teorici, che disdegnano d'occuparsi d'altro che il principio puro". PEROZZI, *Scritti*, cit., pp. 571-572, en REINOSO BARBERO, F., *Los Principios Generales...*, op.cit., p.17. Sobre las notas distintivas de la labor de la jurisprudencia romana, como son la continuidad y el tradicionalismo, nos dice el profesor Manuel García Garrido, "en el estudio del caso, en la solución de los problemas de la práctica, el prudente había de examinar primero los medios de que se habían valido sus antecesores para llegar a un resultado justo y preciso; así, cuando el jurista llevaba a cabo alguna innovación o descubría algún remedio jurídico nuevo que suponía otro paso en la evolución del Derecho, lo hacía sobre la base del Derecho innovado, apoyándose fuertemente y con mayor seguridad en la tradición" FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Fundamentos clásicos de la Democracia...*, op.cit., p. 249.

²³ "Roma se transforma en una gran ciudad desde las conquistas en Oriente. El número de habitantes alcanza los 400.000 en la época de Sila, y 800.000 en la época de Augusto, que se encargaba de atender a 320.000 habitantes pobres de la urbe. El trigo necesario para alimentar a esta numerosa *plebe* urbana se importaba de las provincias: primero de Sicilia y de Sardeña y después de Egipto y de África. El comercio del grano hacía necesaria la adquisición de numerosas naves de transporte, en manos de ciudadanos particulares. Aunque los ediles imponían los precios del grano y castigaban los abusos, las mayores ganancias se hacían sobre los transportes, que atraían el dinero de los especuladores e inversionistas". GARCÍA GARRIDO, M. *El Comercio, los Negocio y las Finanzas...*, op. cit., p. 21.

²⁴ Como lo menciona Antonio Fernández de Buján, en Roma se reconoció "a los pretores, en cuanto magistrados jurisdiccionales, no sólo una labor complementaria, interpretativa o integradora del *Ius civile*, sino también incluso, en ocasiones excepcionales, correctora, por la vía de dejar sin eficacia, en la práctica, una institución civil en desuso o cuya aplicación podía dar lugar a una injusticia. Al respecto, se afirma de manera reiterada en las fuentes que las soluciones pretorias son, en ocasiones, de equidad, es decir, procurando tener en cuenta lo que

En principio, aquí fue trascendente la transición que se dio de vida rural a vida urbana y el florecimiento de una categoría de ciudadanos, diferente de la tradicional, que se instala dentro de los límites de la ciudad y que busca una diferente manera de vivir y mantenerse. Surgió, entonces, una nueva clase social compuesta ya no sólo de ciudadanos pertenecientes a la nobleza sino ahora constituida por la nueva clase ecuestre, los excombatientes de guerra y de nuevos terratenientes²⁵.

Bajo estas circunstancias, se originaron situaciones y carencias inéditas en la sociedad que fueron necesario atender. De esta manera, se produjo un incremento en el trabajo artesanal, al igual que un aumento en la venta y el arriendo tanto de cosas y obras como de servicios personales que ahora involucraban las realizadas por personas libres y de profesiones no liberales²⁶. Considerando el incremento de actividades y la afluencia de personas que esto conllevó, no es de extrañar que surgiera la necesidad de proporcionar a la nueva urbe romana de viviendas, y como respuesta, se construyeron alojamientos en forma de *insulae*, es decir,

la conciencia y el ambiente social requieren en el caso concreto". FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho público romano...*, *op.cit.*, pp. 375 y 376.

²⁵ "Así las cosas, las nuevas condiciones económicas imperantes en el mercado, hacen que el comerciante paulatinamente comience a desplazar al agricultor, pero a su vez, el agricultor se convierta en comerciante. Es un período en que la agricultura romana entra a formar parte en gran escala del engranaje mercantil y financiero de lo que empieza a ser un gran imperio, tanto político como económico". VACCA, L., *La Giurisprudenza nel sistema delle fonti...* *op.cit.*, p. 32.

²⁶ DE MARTÍN O, F., *Storia Economica di Roma Antica*, Vol. I, La Nuova Italia, Firenze, 1999, pp. 110 ss.

edificaciones de seis o siete plantas²⁷ subdivididas en *cenacula* o apartamentos.

Lo que vale destacar de estas iniciativas urbanas fue que todo ello se realizó con la inversión de dineros de capitalistas romanos que vieron un gran negocio en la renta que se generaba con su alquiler²⁸. Ésta sería la base más segura del origen del contrato de arrendamiento de viviendas porque, tal y como lo refiere Frier²⁹, el origen del contrato de arrendamiento no proviene del clientelismo, puesto que no existe testimonio alguno en las fuentes que dijese que los inquilinos se consideraran clientes de sus arrendadores. Aunque si existe alguna evidencia aislada sobre la costumbre de los grandes propietarios de ofrecer gratuitamente a sus clientes y libertos habitaciones³⁰, no es posible suponer que sea la clientela el fundamento del origen del contrato.

²⁷ "CARCOPINO, J., *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del imperio* (trad. española FERNANDEZ CUESTA, M), Ediciones Temas de Hoy, S.A., Madrid, 2001, pp. 48 ss.; GUILLÉN, J., *URBS Roma. Vida y costumbres de los romanos*, Ediciones Sigueme, Salamanca, 1997, pp. 77 ss., se refieren a la *insulae* como un edificio de viviendas, totalmente aislado y rodeado por todas partes de un jardín o una calle. Tenía varios pisos, con una altura de alrededor de 70 pies. En su planta baja incluía una casa individual semejante a una *domus*, en la que, generalmente, habitaba el propietario o arrendador de todo el bloque y locales de negocios - *tabernae* o *pergulae*-. Las plantas más altas estaban divididas en apartamentos-*cenacula*-, cuyas condiciones de habitabilidad iban en detrimento conforme la altura era superior, puesto que no gozaban de agua corriente, estaban mal construidas, por lo que estaban expuestas a hundimientos y a incendios frecuentes, tanto por su hacinamiento, sobre todo en los pisos superiores, como por el uso de hornillos, lámparas y otros utensilios". En ARÉVALO CABALLERO, W., *Algunos aspectos del arrendamiento de viviendas en Roma y su recepción en el derecho español*, Revista General de Derecho Romano, no. 12, 2009, p. 1.

²⁸ "Cfr. *CIC. Ad Att.*, 15, 17, 1; 16, 1, 5; *de fin.*, 2, 26, 83; *SERV.*, in Ulp, D., 14, 3, 5,1. Para demostrar el desarrollo que tuvo en Roma las *insulae*, en el transcurso de la época republicana, es el hecho narrado por *SUETONIO*, Caer., 41, que Cesar 'recensum populi...vicitim per dominus insularum egit' ". En COSTA, E., *La Locazione di cose nel Diritto Romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1966, p. 5, nt. 2. De igual manera CARCOPINO, J., *La vida cotidiana...op.cit.*, p.45, cit., por ARÉVALO CABALLERO, W., *Algunos aspectos del arrendamiento...*, *op.cit.*, p. 1, menciona que en tiempos de Augusto, "frente a 1.979 *domus* (vivienda amplia, de un solo piso, con varias habitaciones y jardín interior, con agua corriente, cloacas e incluso calefacción), registradas en Roma existían 46.602 *insulae*".

²⁹ FRIER, B.W., *Landlord and tenants in imperial Rome*, Princeton University Press, New Jersey, 1980, p. 58, n. 5, en ARÉVALO CABALLERO, W., *Algunos aspectos...*, *op.cit.*, p. 2; seguido por BURDESE, A., *Manuale di Diritto privato romano*, 4ª Edizione, UTET, Torino, 2000, p. 463.

³⁰ D.9, 3, 5, 1, *Ulpianus 23 ad ed. Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibusvel suis vel uxoris, ipsum eorum nomine teneri ...*

De esta manera, a partir del siglo II a.C., las rentas urbanas se unieron a las rústicas, llegando a ser a finales de la República una fuente generadora de apreciables ganancias, no solo como actividad especulativa propia de la clase plebeya, sino convertida ya en un negocio inmobiliario para un grupo de ciudadanos adinerados que decidieron invertir en la construcción de edificios de varios pisos, para suplir la escases de vivienda y de suelo³¹.

Una explicación del porqué de estas inversiones, desde el punto de vista jurídico, podría ser que el principio vigente en el Derecho civil de *superficies solo cedit...*, como forma de adquisición de la propiedad, impedía el desarrollo de la propiedad horizontal o propiedad separada por pisos. Por consiguiente, la construcción de ínsulas se convirtió en un negocio muy provechoso para quienes tenían el privilegio de contar con un apreciable capital para construir edificaciones de esta clase³².

³¹ "Siguiendo a ARIAS BONET, J.A., *Sobre el senadoconsulto Hosidiano*, en *AHDE*, 50, 1980, pp. 377 ss., el problema de la especulación de las viviendas y del suelo urbano dio origen a dos especiales senadoconsultos: el Hosidiano y el Velusiano, de la época de Claudio, que impedían la adquisición y posterior demolición de edificios para lucrarse, imponiéndose la nulidad de la venta y multas para quienes interviniesen en el negocio. Con referencia a senadoconsulto Hosidiano, Arias Bonet concluye: 'No es de extrañar que en época de Claudio una nube de especuladores flotase sobre Roma dispuestos a adquirir casas que no sólo permitieran una ventajosa demolición merced a la enajenación subsiguiente de los materiales, sino, y sobre todo, la posibilidad de levantar un nuevo edificio que por su mayor capacidad (o por mayor altura, o por más amplia utilización del área edificable) permitiera arrendamientos pingües". En ARÉVALO CABALLERO, W., *ibid.*, p. 3.

³² ZAERA GARCÍA, A.B., *El negocio de las rentas inmobiliarias en Roma: La explotación de la Insula*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, sección de Derecho romano, XIV, Valparaíso, 2002, quien analiza esta forma de lucro bajo la hipótesis de no ser una actividad lucrativa vergonzante, sino por el contrario, fuente de ingresos de algunos patricios acaudalados al inicio del Imperio, tal y como lo certifican fuentes literarias y jurídicas de la época. Por otro lado, ZAERA GARCÍA, recuerda lo sostenido por GAMSEY, P., *L'investimento immobiliare urbano, en la proprietà a Roma. Guida storica e critica*, a cura di M. Finley, trad. O. Barattelli - A. Frascchetti, Roma - Bari, pp. 152 - 154, " cuando Cicerón se casó con Terencia, poco antes del año 77 a. C., disponía de una renta anual de 80.000 sesteracios provenientes del alquiler de las *insulae*, renta más o menos igual a la que percibía por las posesiones rústicas".

Esta realidad de Roma de fines de la República e inicios del Imperio, hace previsible la necesidad del reconocimiento jurídico del contrato de arrendamiento, para así dotar de herramientas jurídicas a estas nuevas formas contractuales.³³

2. UN APUNTE SOBRE LA FORMACIÓN DEL ARRENDAMIENTO COMO CONTRATO CONSENSUAL

Desentrañar los orígenes del contrato de arrendamiento es una tarea bastante difícil, habida cuenta que la *locatio conductio* aunque unitaria como contrato, engloba diversas modalidades cuya función económico-social es diferente, razón por la cual es imposible atribuir el origen de la figura a una única institución³⁴. Tal como se refleja en lo dicho con anterioridad, la *locatio conductio* como contrato consensual es producto de toda una serie de circunstancias históricas, transformaciones sociales e instituciones jurídicas que finalmente determinaron la creación de un contrato consensual fundado en la buena fe³⁵.

Las teorías que intentan explicar el origen de la *locatio conductio* pueden agruparse básicamente en dos categorías. De una parte,

³³ COSTA E., *La Locazione...*, *op.cit.*, p. 5.

³⁴ AMIRANTE, L., *Locazione: In generale (Diritto romano)*, in *Novísimo Digesto Italiano - NNDI*, Vol. IX, UTET, Torino, 1957, p. 994.

³⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 266 y 267.

aquellas que afirman que la *locatio conductio* se inició a partir de figuras del Derecho público romano, y de otra, aquellas que encuentran los precedentes de este contrato en el ámbito del Derecho privado.

Dentro de los que sostienen que la *locatio conductio* nació del Derecho público romano encontramos ilustres romanistas como MOMMSEN³⁶, CANCELLI³⁷ y AMIRANTE³⁸. Todos ellos afirman que el contrato de arrendamiento se remonta a las concesiones realizadas sobre las tierras públicas por parte del Estado romano (*ager publicus*) a particulares, generalmente patricios, a cambio de un canon y reservándose el Derecho de propiedad para la comunidad. Esta tesis amerita analizarla con detalle, tal y como se hará a continuación.

2.1. La *locatio conductio* y su origen en el ámbito del Derecho público

Es común encontrar en los tratados de Derecho privado romano³⁹ la referencia a la tesis elaborada por MOMMSEN, según la cual la *locatio*

³⁶ MOMMSEN, T., *Compendio del Derecho Público Romano*, (trad. española DORADO, P.) Analecta Editorial, Pamplona, 2006, pp. 63 ss.

³⁷ CANCELLI, F., *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1963, pp. 17-50, 151 ss.

³⁸ AMIRANTE, L., *Ricerche in tema di locazione*, en BIDR, 1959, p. 14 nt.18., cit. por MASI A., *Locazione (Storia)*, en Enciclopedia del Diritto, XXIV, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 912.

³⁹ MOMMSEN, T., *Compendio del Derecho Público...*, *op.cit.*, pp. 363 ss; AMIRANTE, L., *Locazione...*, *op. cit.*, p. 994; CANCELLI, F., *L'origine del contratto...*, *op.cit.*, pp. 17-50, 151 ss; JÖRS, P., KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, (trad. española PRIETO CASTRO, L.), Labor, Barcelona, 1965, p. 338; GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano. Casos, Acciones, Instituciones*, (15ª Edición), Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2007, p. 315; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual...*, *op.cit.*, p. 266.; IGLESIAS, J., *Derecho romano: Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1997, p. 442; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, p. 553; LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio tollit locatum. (La venta de cosa arrendada en el Derecho romano)*; Editorial Edisofer SL, Madrid, 1996, p. 21.; entre otros.

conductio tuvo su origen en los arrendamientos públicos. Conforme a esta teoría, cada una de las modalidades del contrato de arrendamiento tenían una o varias figuras equivalentes en el Derecho público romano, las cuales constituirían el fundamento y antecedente originario de este contrato.

En este orden de ideas, se distinguen tres modalidades del contrato de arrendamiento. En primer lugar, la *locatio conductio rei* tendría su origen en las diversas clases de concesiones sobre tierras públicas, dentro de las cuales se destacan, las *locationes censoriae* y la *conductio in agri vectigali*.

Por su parte, la *locatio conductio operarum* se habría desarrollado a partir de la contratación por parte de los magistrados de auxiliares subalternos, los que mediante el pago de un salario o remuneración, prestaban sus servicios para la administración del patrimonio de la comunidad. En época republicana, estas funciones correspondían a los censores, en lo relativo al orden económico, y a los cuestores, en lo que se refiere a la administración de la caja⁴⁰.

Este arrendamiento de servicios implicó una transferencia de competencias públicas a los particulares. De esta manera, fueron otorgadas en concesión: el servicio de vigilancia anti-incendios, cuya competencia durante la república estaba atribuida a los ediles; la

⁴⁰ MOMMSEN, T., *Compendio del...*, *op.cit.*, p. 365.

administración y el mantenimiento de baños públicos; los suministros públicos y el cobro de impuestos, entre otras⁴¹.

Por último, y siguiendo con esta tesis, la *locatio conductio operis* se remontaría a la contratación de obras públicas con sociedades privadas. El contenido de estos contratos suscritos entre la administración y los particulares se encontraba regulado por las *leges locationes* que eran promulgadas inicialmente, por los censores, y posteriormente por el emperador⁴². En la República, el objeto principal de estas concesiones fueron la construcción de puentes, calzadas, edificaciones, circos, baños públicos, templos, cárceles, hospitales, vías y la conducción de aguas hacia la capital, entre otras⁴³.

⁴¹ Sobre las concesiones de prestación de servicios públicos por sociedades de particulares, sostiene MURGA: "fue algo ordinario dentro de la variada administración municipal romana que el servicio público no lo ofreciera directamente la curia municipal sino que se prestara a través de un contratista -redemptor- cuya actuación debía ser siempre conforme a la *lex locationis*. No es raro encontrar en el Digesto frecuentes referencias a los más variados servicios públicos cedidos en arrendamiento a un redemptor, debiendo en todo caso el concesionario sujetarse al contrato con un planteamiento absolutamente privatístico...", en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano...*, *op.cit.*, p. 257. En lo que se refiere al cobro de impuestos, señala como el método de recaudación predominante es indirecto. No se ejerce esta labor por medio de funcionarios públicos sino de particulares o, más exactamente, de sociedades de particulares o *societates*, muy poderosas, quienes por el asiduo contacto con lo público reciben el nombre de "publicanos" (*publicani*). Estas sociedades debían pagar una cantidad fija al tesoro apropiándose de lo que recaudaban. "Las sociedades de publicanos son célebres en la literatura latina y los escritos de los jurisconsultos. Pero muchas veces se señalaron por su avaricia y exacciones. (Cicerón, Epist. Ad Quint., 1). Así es que los publicanos terminaron por hacerse odiosos a las poblaciones en que recaudaban". PETIT, E., *Tratado Elemental del Derecho romano*, Anaya Editores, Madrid, 2008, p. 409.

⁴² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano...*, *op.cit.*, p. 240.

⁴³ MOMMSEN, T., *Compendio...*, *op.cit.* 368. Sobre este particular Fernando Betancourt sostiene: "En las contrataciones públicas de construcción, el *conductor operis* ponía los materiales de construcción, cuyo valor, así como el de la mano de obra contratada por él para hacer la construcción, recuperaba luego al cobrar el precio fijado por la obra terminada; en este sentido se le llama *redemptor*. En cambio, la consideración de *locator operis* siempre la tenía el magistrado porque era la *res pública* la que "ponía" el suelo público. En relación con las contrataciones públicas de construcción se debe destacar aquella construcción pública que fue, según expresión de Sexto Julio Frontino (30/35 d.C-103d.C), *cum magnitudinis Romani imperii vel praecipuum sit indicium* = *el principal testimonio de la grandeza del imperio romano* (S.J. FRONTINO, *De Aqueductu Urbis Romanae*, edición crítica y traducción por T. González Rolán, Madrid 1985, 83, cap. 119,1), los acueductos públicos; empresas esencialmente políticas que se decidían en la cumbre misma de la *potestas* (política). Nombrado *curator aquarum* por el

Sumado a lo anterior, CANCELLI⁴⁴, quien ha retomado la tesis de MOMMSEN, sostiene que tanto el contrato de *emptio venditio* como el de la *locatio conductio* se derivan de las ventas y arrendamientos de terrenos públicos realizados por los censores, pues habría una semejanza e identidad del procedimiento contractual privado con los negocios celebrados por el Estado. De esta manera, los particulares habrían replicado el procedimiento contractual censorio, que tenía como ventaja adicional el carecer de solemnidades y, por consiguiente, la *lex censoriae* constituiría el modelo histórico que se habría aplicado a la *lex venditionis* y a la *lex locationis* privadas.

Se pueden señalar como características comunes a las concesiones públicas mencionadas, el pago de un canon periódico por parte del particular beneficiario de la concesión, el otorgamiento del Derecho al uso y disfrute del terreno y, por último, la falta de transferencia de la propiedad sobre las tierras, las que se siguen considerando de dominio del *populus romanus*.

emperador Nerva (96-98) el año 97 d.C., su interés le lleva a investigar sobre el recorrido de los nueve acueductos públicos que existían en su época, con una longitud total aproximada de 482 Kilómetros de canales, y que aportaban un total de 992.200 metros cúbicos diarios para una población de un millón de habitantes. Por tanto, en la medida en que puede estimarse la densidad de las poblaciones, la cantidad suministrada por día y por habitante debía ser aproximadamente de 1.100 litros por persona. Estas cifras son considerables y netamente superiores a los promedios modernos, pues se ha calculado que una persona que vive sola en un piso de dos habitaciones consume 35 metros cúbicos de agua fría y 15 metros cúbicos de agua caliente al año, o sea unos 136 litros de agua diarios; esta cantidad se eleva a 400 litros por persona y por día si se tiene también en cuenta los servicios públicos de carácter colectivo: Hospitales, bomberos, jardines, riego de calles, etc. Así, pues, en nuestra opinión, todavía los romanos antiguos nos superan -como en tantas otras cosas- en cultura del agua. En este sentido, la obra de Frontino nos puede servir de referente clásico para esta cultura". BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico* (3ª Edición), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, pp. 645-646.

⁴⁴ CANCELLI, F., *L'origine del contratto...*, op. cit., pp. 17-50, 151 y ss.

Son notorias, entonces, las semejanzas presentadas con la *locatio conductio rei*. Sin embargo, el beneficiario de la concesión es considerado poseedor, mientras que el arrendatario es un mero detentador, con todas las consecuencias que se derivan de dicha situación.

Ahora bien, la práctica social estableció que estas concesiones se renovarían de forma indefinida, dando lugar a que se fuera desvaneciendo la característica de la temporalidad, propia de esta relación contractual entre el estado y el particular, y a que se abriera paso a la concepción según la cual habría una relación directa entre el beneficiario y la tierra. Así las cosas, con el paso del tiempo las concesiones tendieron a unificarse, y en la época imperial lograron su consolidación bajo una sola figura: el *ager vectigalis*⁴⁵.

Por todo lo anterior, y siguiendo con una visión histórica y de implementación paulatina de las figuras jurídicas, producto de la necesidad del quehacer de Roma que expondremos más adelante, no compartimos las críticas que autores como TORRENT, LÓPEZ PEDREIRA y COSTA le hacen, de manera tajante, a la teoría sobre el origen del contrato de arrendamiento en las concesiones de tierras públicas.

No se trata de considerar que las figuras se hubieran trasladado de manera casi textual de lo público hacia lo privado, sino de asimilar

⁴⁵ VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 387 y ss.

la experiencia de casos y situaciones acaecidas en el desarrollo de los contratos de concesiones públicas, para luego adaptar, mas no calcar, algunas experiencias hacia la *locatio conductio* privada.

Fundamenta TORRENT su crítica aduciendo que la *locatio conductio* fue reconocida como contrato consensual sólo hasta fines de la república y que de este momento hacia atrás todos son meras conjeturas. Considerando “que esta tesis retomada recientemente por CANCELLI y Von LÜBTOW, está hoy totalmente desechada”⁴⁶.

A. LÓPEZ en contra de la tesis sostenida por MOMMSEN, cita a autores como SCIALOJA y MAROI, poniendo en evidencia que no obstante la similitud entre las palabras utilizadas para denominar los arrendamientos públicos y el contrato de arrendamiento privado (*locaciones censorias, legis locationes, locatio conductio*), su significado y alcances en materia jurídica no se pueden equiparar, pues en las relaciones de Derecho público el Estado se encuentra en una situación de superioridad frente a los particulares⁴⁷.

En el mismo sentido se manifiesta COSTA, quien pone en evidencia la fragilidad de la tesis enarbolada por MOMMSEN, toda vez que en el mundo antiguo romano el Estado no fue concebido como un sujeto patrimonial ubicado en una posición de igualdad frente a los

⁴⁶ TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Editorial Librería Central, Zaragoza, 1987, p. 462.

⁴⁷ LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit locatum*, *op.cit.*, p. 22.

particulares en materia negocial, tal como ocurre en el Derecho moderno⁴⁸.

2.2. La *locatio conductio* y su origen en el ámbito del derecho privado

En cuanto a los que sostienen que el arrendamiento se habría originado en el seno del Derecho privado encontramos diferentes hipótesis. SCHERILLO⁴⁹ y PEROZZI⁵⁰ sostienen que el arrendamiento se habría desprendido de una institución antiquísima llamada *precarium*.

El primero de ellos sustenta su teoría mediante la identificación en las fuentes de algunas analogías entre ambas figuras. Así es como el precario y el arrendamiento tienen una serie de similitudes, pues en ambos, se otorga el uso y disfrute de una cosa; sin embargo, el *precarium* es un negocio gratuito y esencialmente revocable, desarrollado en el ámbito de las relaciones de clientela⁵¹.

⁴⁸COSTA, E. *La Locazione...*, *op.cit.*, p. 6.

⁴⁹SCHERILLO, *Locazione e precario* RIL, LXII, 62, 1929, 389 y ss., en LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum...*, *op.cit.*, p. 22.

⁵⁰PEROZZI, S., *Istituzioni...*, en LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum, op. cit.*, p. 22. Sobre este particular sostiene TORRENT: "Otra explicación hace derivar el arrendamiento de figuras con carácter real, como hace PEROZZI. Incluso BRASIELLO entiende que el arrendamiento se fue separando de un negocio más amplio de naturaleza real, y DEGENKOLB considera que el arrendamiento no es otra cosa que una derivación del precario". TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano, op.cit.*, pp.461-462.

⁵¹ D.43.26.1. *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quandiu is, qui concessit, patitur.* IHERING, R. VON. *El espíritu del Derecho romano*, Librería Editorial de Carlos Bailliere, Madrid, 1891, p. 280. "Se llamaba precarium todo aquello que el patrón concedía a su cliente para su uso y a su ruego. (*Preces*, de ahí *precarium*). A menudo esa dádiva consistía en un fundo de tierra, aunque el otorgamiento de habitaciones (*habitatio* del derecho posterior) debió también ser frecuente." De esta definición vale destacar que engloba ciertos aspectos básicos de la institución del precario, tales como su referencia directa a las

Por su parte PEROZZI entiende que el precario era un negocio que podría implicar una contraprestación pecuniaria a favor del concedente, y llega a sostener que “incluso los clásicos habrían considerado la *locatio conductio* como un precario a merced y sólo los compiladores habrían establecido la contraposición entre estos dos institutos”⁵².

Ahora bien, en el ámbito del Derecho privado también se destacan otras tesis. ELGUERA⁵³ sostiene que el origen de la *locatio conductio* se encuentra en el arrendamiento de bienes muebles. Así lo demostraría la misma palabra *locatio* cuyo significado es “cambio de lugar” o “poner una cosa a disposición de otra”, lo cual indica que en un principio el contrato de arrendamiento debió estar referido a los muebles pues solo estos pueden ser transportados.

En este contexto adquiere relevancia el texto contenido en Gayo 4,28⁵⁴ que nos habla de la figura de la *locatio iumentum*. El texto gayano nos señala que la Ley de las XII tablas autorizaba el ejercicio

relaciones de clientela; así como el carácter de concesión o dádiva, lo cual a nuestro modo de ver, lleva implícito el concepto de gratuidad. Por su parte, el profesor José M. Uria señala cinco elementos básicos del precario: 1) Convención celebrada entre *precario accipiens* y *precario dans*; 2) Entrega de la cosa (*traditio* de la *res precario data*), toda vez que en derecho justineano el precario es considerado un contrato innominado de la categoría *do ut facias*; 3) Que no medie recompensa o contraprestación pecuniaria alguna, por cuanto la figura es un negocio de carácter gratuito; 4) Que se otorgue el uso de la cosa durante un tiempo indeterminado. 5) Que el concedente pueda exigir la restitución de la cosa en cualquier momento. URÍA, J. M., *Derecho romano*, Volumen II. Imprenta del Consejo de la Judicatura, Bogotá, 1938, p. 249.

⁵² LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum...*, *op.cit.*, 22.

⁵³ ELGUERA, *Origen y evolución histórica del contrato de locación en Roma*, RSADR 2-3 (1955-1956), en LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit locatum*, *op.cit.*, p. 23.

⁵⁴ Gayo 4.28: *Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam dapem, id est in sacrificium, inpenderet.*

de la *actio legis per pignoris capionem*⁵⁵ en favor de aquellos que hubieren dado en arrendamiento sus bestias con el fin de destinar el pago de la merced a la realización de los sacrificios para los dioses.

Aunque esta figura no es, jurídicamente hablando, una *locatio conductio* consensual, la *locatio iumentum* si constituye un precedente histórico importante en el desarrollo del contrato de arrendamiento, por cuanto pone de presente que para esta época, Siglo V a.C., ya existía la necesidad de hacer uso de cosas pertenecientes a otros, mediando un acuerdo y por el pago de un precio. Sobre esta forma primitiva que se puede reconocer como antecedente del contrato de arrendamiento, afirma F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN que:

El pasaje de Gayo 4.28, se está refiriendo a algunos casos en los cuales procede la *legis actio per pignoris capionem*, es decir la acción de ley por toma de prenda. Se trata de una de las antiguas acciones de ley, que tiene el carácter de acción ejecutiva y se contempla entre los mismos supuestos en el que se expresa un alquiler de un animal apto para ser montado.⁵⁶

⁵⁵ Nos dice Manuel García Garrido, "La *legis actio per pignoris capionem* fue establecida para ciertos casos por las costumbres, para otros por la Ley (Gayo 4,26). Consiste en el apoderamiento de algunos bienes del deudor, sin necesidad de una previa condena, y constituye un procedimiento ejecutivo. Los casos en que puede ser utilizada esta *legis actio* especial tienen un marcado origen sacral y público, que se remonta a las XII Tablas" FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Fundamentos clásicos de la Democracia...*, *op. cit.*, p. 282.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...* *op.cit.*, p. 287.

Aunado a lo anterior, encontramos la tesis enarbolada por ARANGIO RUIZ⁵⁷ y compartida también por AMIRANTE, según la cual, la *locatio conductio*, antes de tipificarse como contrato consensual, nacía a la vida jurídica por medio de dos estipulaciones que se cruzaban entre sí, mediante las cuales se otorgaba el uso y disfrute de una cosa a cambio del pago de una *merces*. Se trataba entonces de una situación que, como ha puesto en relieve AMIRANTE “entrado más tarde el esquema del arrendamiento consensual, un precedente y continuado uso de la estipulación, parece bastante probable”⁵⁸.

La caracterización del contrato de arrendamiento como contrato consensual, se logra a partir de la promulgación de la *lex Aebutia*⁵⁹ (aprobada entre el 150 y el 120 a.C.), con la que se favorece el uso del procedimiento formulario, al permitir que las partes pudieran elegir con libertad entre uno y otro procedimiento. Al respecto nos dice el profesor GARCÍA GARRIDO:

La Ley *Ebuca*, aproximadamente del año 130 a.C., introdujo el procedimiento formulario, aunque circunscrito exclusivamente a las reclamaciones que podían tramitarse por *condictio*. Para las restantes del *Ius civile* entre

⁵⁷ “ARANGIO RUIZ, *La Compravendita in diritto romano*, cit., p. 57, 72. V. peraltro le critiche formulate al riguardo dal Gallo, In tema di origine *della compravendita consensuale*, in SDHI, 1964, 305 ss.”, cit. por MASI A., *Locazione (Storia)*, op.cit. p. 912, nt. 38.

⁵⁸ “Entrato tardi nello schema della locazione consensuale, un precedente e continuato uso della stipulazione sembra estremamente probabile”. AMIRANTE, L., *Locazione in generale*, citado por *Ibid.*, p. 912.

⁵⁹ ERRÁZURIZ EGUIGUREN, M., *Manual de Derecho romano*, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, p. 278. En Igual sentido se manifiesta CARAMÉS FERRO, J. M., *Curso de Derecho romano*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 305.

ciudadanos romanos, seguía vigente el procedimiento de las *legis actionis* al menos, en la forma de ficción de que había tenido lugar una *legis actio*.⁶⁰

Así las cosas, esta ley supuso un hito en el ámbito procesal ya que, a partir de su promulgación, el pretor debía establecer en el edicto también las fórmulas de las acciones civiles, lográndose con ello, que las instituciones de Derecho de gentes, y los procedimientos redactados para dotarles de protección jurídica eficaz, fueran incorporados paulatinamente al *Ius civile*⁶¹. Posteriormente, las *leges Iuliae*⁶² (17 a.C.) abolieron el Derecho de opción y establecieron, como único y obligatorio, el procedimiento formulario.

Según GROSSO⁶³, la época en la cual se habría logrado la definitiva configuración del contrato consensual, ha sido “la del pleno desarrollo económico de la sociedad romana”. Por esta razón, en algún momento durante el transcurso de la República los acuerdos encaminados al intercambio del uso de una cosa por un precio habrían sido protegidos por el pretor mediante dos acciones de buena

⁶⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., Fundamentos clásicos de la Democracia..., op. cit., p. 284.

⁶¹ MARTÍN MINGUIJÓN, A. R., *Acciones Ficticias...*, op.cit., p. 6.

⁶² Cic., *de off.* 3.17: *itaque maiores nostri alior iud gentium aliud Ius civile esse voluerunt: quod civile non ideo continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet.* En relación con las instituciones del *Ius gentium*, VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Trad. Esp. J. Daza Martínez), Madrid, 1986, se refiere a la acogida de normas e instituciones extranjeras en el Derecho romano a través de fuentes de producción romana. Puntualiza que más que una auténtica recepción (que, a su vez, distingue de la aplicación ocasional por parte de los magistrados romanos) se produce una imitación de normas y de institutos extranjeros por parte del ordenamiento jurídico romano. En MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Acciones Ficticias...*, op.cit. 6, nt. 10

⁶³GROSSO, G., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, p. 401, cit. por MASI, *Locazione (Storia)*, op.cit., p. 908

fe, la *actio conducti* y la *actio locati*, dando lugar al surgimiento de la *locatio conductio* como contrato consensual.

Siguiendo a GROSSO, la opinión más difundida y aceptada en torno del origen de los contratos consensuales, es aquella que afirma que este proceso de protección jurídica del simple consentimiento habría sido producto del creciente intercambio comercial entre ciudadanos romanos y peregrinos⁶⁴, y en este sentido los orígenes de la *locatio conductio* provendrían del *ius gentium*⁶⁵.

2.3. Una teoría ecléctica que trata de justificar el reconocimiento de la *locatio conductio* como un contrato típico del Derecho civil.

Según nuestro parecer, todas estas teorías pueden considerarse válidas, dado el contexto histórico en que se desenvuelve el origen del contrato de arrendamiento. La figura jurídica de la *locatio conductio*, lo más factible es que fue reconocida por la jurisprudencia republicana, tomándola del *ius gentium*.

⁶⁴ MAZEAUD, Henry, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*. Parte 3, Volumen IV. *Los principales contratos*, Ediciones Jurídicas Europa América – Ejea, Buenos Aires, 1962, p. 6: “El arrendamiento no se desarrolló en Roma sino con las conquistas, con el gran comercio, con la afluencia de extranjeros y con las emancipaciones de esclavos: La población inestable y pobre no podía adquirir su casa; se alojaba en el último piso de las casas familiares, para luego encontrar asilo en las *insulae*, casas de renta construidas por los romanos ricos. Los capitales encontraban así una inversión segura, mientras que las personas menos afortunadas hallaban alojamiento seguro”.

⁶⁵ AMIRANTE, L. *Ricerche in tema di locazione*, cit. por LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio tollit locatum*, *op.cit.*, p.25.

De esta manera, se incorpora al Derecho civil como un contrato que se perfecciona por el simple acuerdo de las partes, y sujeto a las reglas deducibles de la buena fe, incorporación que se inicia en forma paralela con el reconocimiento de las acciones *in factum*, categoría de acciones pretorias donde el magistrado, a través del ejercicio de su función jurisdiccional complementada con su *ius edicendi*, provoca su condición de fuente de creación del Derecho⁶⁶.

En relación con las acciones pretorias, nos señala MARTÍN MINGUIJÓN que, son aquellas que derivan su origen de la jurisdicción pretoria, dentro de las cuales se pueden distinguir cuatro tipos de acciones: útiles, ficticias, por el hecho (*in factum*) y contraposición de sujetos. Respecto de las acciones *in factum*, el pretor procede a proteger un hecho no previsto en el *Ius civile* pero que, a su juicio, debe ser objeto de tutela jurídica. Esos nuevos hechos podían estar ya tipificados en el Edicto, o ser protegidos mediante un decreto específico para una situación no tipificada, pero merecedora de tutela jurídica a juicio del magistrado⁶⁷.

⁶⁶ Un ejemplo de esta manera de actuar, la podemos ver en KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano* (trad. MIQUEL J.), 4 ed., Barcelona, 1994, pp. 99 ss., quien entiende que, a menudo, el pretor renunciaba totalmente a remitir al juez privado unas normas ya existentes, y lo único que describía en la fórmula procesal era un estado de caso hipotético para que, cuando éste se diera, el juez condenara al demandado. Siempre que la fórmula estuviera configurada de ese modo, el juez no tenía que enjuiciar la procedencia de la pretensión del demandante según los principios del *Ius civile*, ni tampoco de acuerdo con el módulo de la *bona fides*; lo único que tenía que examinar era si se daban los presupuestos fácticos de la condena, indicados en la fórmula -de ahí *formulae in factum conceptae*-. En estos casos era el propio magistrado quien, al conceder el *iudicium* configurar la fórmula del proceso, decidía la cuestión jurídica, es decir, la cuestión de si el demandante merecía ser protegido y en qué circunstancias. Con ello hacía de legislador, siquiera fuera en el caso concreto que había de decidir sobre la base de la fórmula. En MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Fórmulas Reconstruidas y Acciones In Factum Conceptae*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 1, nt. 3.

⁶⁷ MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Fórmulas Reconstruidas...*, *op. cit.*, p. 2

También es posible, que antes que se llegara al reconocimiento de la *locatio conductio rei* y sus derivaciones, se acudiera a otros medios jurídicos para darle eficacia contractual al arrendamiento, como sería acudir a la figura de la *stipulatio* o, para otras situaciones, siendo más conveniente acudir a dos estipulaciones recíprocas. Pero resultaba difícil mantener como única solución jurídica la *stipulatio*, al ser un contrato unilateral, verbal, indisolublemente ligado a la noción rígida de los contratos verbales, con acciones de Derecho estricto.

En la práctica sería bien complicado, el tener que redactar y llevar a texto escrito dos estipulaciones ligadas entre sí, cuyos contenidos y formulaciones en múltiples ocasiones y por la naturaleza de las cosas, podían resultar insuficientes para los fines perseguidos por las partes. Se comprende, entonces, la importancia de que fuera reconocido el arrendamiento como un contrato típico.

Sobre la forma como se llega a este resultado, no se obtiene mediante un testimonio claro en las fuentes⁶⁸. Se puede suponer que fue por la evolución en el tráfico mercantil y el tránsito de la economía agraria a la de mercado, por lo que se hace necesario reconstruir esta etapa mediante conjeturas y especulaciones.

Es por esto se puede concluir que al inicio se debió contemplar sólo el arrendamiento de las cosas, especialmente el de animales y en

⁶⁸ Un inconveniente, para el estudio del Derecho romano, es el denominado problema de los orígenes, ya que con los datos que se poseen no es posible penetrar en las instituciones originarias del Derecho romano, porque no solo falta información sobre éstos, sino sobre la misma organización política primitiva. En FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano...*, *op.cit.*, p. 44.

general los de bienes muebles, tal como se menciona en Gayo 4.28, respecto de la *locatio iumentum* del Derecho sagrado⁶⁹.

En cuanto al arrendamiento de inmuebles, es de suponer que cada ciudadano tenía su casa de habitación en la ciudad, donde se hacía necesaria su presencia, tanto en las asambleas públicas, como en las festividades sagradas. Pero dada la actividad económica de los primeros tiempos, fundada en una economía rural, es indudable que los ciudadanos romanos poseían, adicionalmente, sus propiedades agrarias, que se dedicaban a cultivar personalmente, con la ayuda de algunos clientes y unos pocos esclavos.

Estas labores agrícolas requerían de bestias de carga o de tiro y de aperos e instrumentos de labranza y en ocasiones, del préstamo remunerado de un esclavo de propiedad de su vecino, lo que hizo necesaria la figura jurídica de la *locatio rei* referida a cosa mueble, que permitiera el uso de estos bienes a cambio de una contraprestación económica.

Posteriormente, cuando los campesinos pobres se vieron en la necesidad de vender sus fundos y alquilarlos al Estado o a otros particulares, se puede prever que muchas de las reglas de los arrendamientos públicos de fundos y solares, que hicieran los

⁶⁹ En esto coinciden varios autores. Entre otros, GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano...*, op. cit., p. 315; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, op.cit., pp. 266 ss; CARAMÉS FERRO, J.M., *Curso de Derecho romano*, op.cit., p. 305.

censores, se extendieran al contrato de arrendamiento consensual entre particulares.

Otras tantas disposiciones, nacidas y reflexionadas en el ámbito de un Derecho público, se pudieron asimilar cuando se hicieron necesarios los arrendamientos de las *insulae* para albergar a los nuevos habitantes de Roma.

En la medida en que con posterioridad, las actividades en Roma se diversifican y se hace necesaria la actividad de hombres libres, fueran o no ciudadanos romanos, para ejecutar determinadas obras y prestar otro tipo de servicios, se extiende luego a la figura de los arrendamientos de servicios y de obra, aunque todas estas formas de contrato de arrendamiento, eran consideradas como variantes de una sola figura.

Al respecto, es preciso señalar que la clasificación tripartita del contrato de arrendamiento que distingue entre *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*, no es obra de la jurisprudencia romana, sino de la escuela pandectística alemana, como se entrará a analizar a continuación.

3. LA CONCEPCIÓN UNITARIA O TRIPARTITA DE LA *LOCATIO CONDUCTIO*

Teniendo como fundamento los orígenes de la institución de la *locatio conductio* en el *ius gentium* y su posterior reconocimiento en el *Ius civile*, se evidencia que la *locatio conductio*, en sus tres diversas clases, se fue estructurando para dar una respuesta jurídica a las diversas circunstancias que presentaba la vida cotidiana de Roma y donde se requería, o bien arrendar cosas, o contratar servicios o mano de obra de hombres libres, o la ejecución de una obra específica sobre un material proveído por el arrendador.

De estas situaciones, surge un tema muy debatido por la romanística en general, puesto que suscita la discusión entre quienes consideran que los romanos no distinguieron, de manera intencional, las diferentes figuras, teoría unitaria, o por el contrario, para quienes la jurisprudencia romana era plenamente consciente de sus diversas aplicaciones y la posibilidad de clasificarlas en una sola noción: La *locatio conductio*, protegida por dos acciones la *actio locati* y la *actio conducti*⁷⁰. En este sentido constata F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN que:

⁷⁰ En general, toda la doctrina romanística está de acuerdo en que la tripartición no se encuentra en las fuentes; en contra aisladamente se sitúa A. D. E. LEWIS, *The Trichotomy in locatio conductio*, en *The Irish Jurist*, VIII, Dublin, 1973, pp.164 ss., que habiendo realizado un análisis palinogénico de los textos, oportunos de las Pandectas justinianas no sólo intenta demostrar que los juristas clásicos conocían la tripartición, sino que incluso trataban cada uno de los subtipos en libros diferentes. Es obvio que su tesis no encuentra evidencias seguras y ha quedado sin seguidores en la ciencia romanística. Cfr. TORRENT, A., *La polémica sobre la tricotomía 'res', 'operae', 'Opus' y los Orígenes de la 'Locatio Conductio'*, TSDP, Napoli, 2011, p. 4.

Los juristas romanos elaboraron un concepto, en cierto modo, unitario del contrato, sin perjuicio de comprender en el mismo una rica pluralidad de contenidos. Incluso debemos advertir que, si bien es cierto que las tres modalidades de *locatio conductio*, señaladas por los glosadores y comentaristas medievales, fueron las principales en el pensamiento de la jurisprudencia romana, no puede de ellos deducirse que agotaran la rica variedad de tipos negociales que conoció la *locatio conductio* clásica.⁷¹

Como se dijo en acápite anterior, está claro que la clasificación tripartita de *la locatio conductio* en tres figuras distintas, la *locatio conductio rei*, la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*, como tres tipos diferentes de contratos, dotados de autonomía conceptual, es una concepción a la que se llega de forma definitiva a finales del siglo XIX y comienzos del XX, si bien la pandectística contemporánea parte de la incipiente diferenciación que se encuentra ya en la propia doctrina primigenia de glosadores y comentarista.

Pero frente a esta posición hubo algunos que reaccionaron defendiendo el concepto unitario del contrato de arrendamiento,

⁷¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op.cit.*, p. 285.

aduciendo que la jurisprudencia romana jamás las distinguió como tres figuras distintas e independientes entre sí. Se inicia esta tendencia con August BECHMANN quien a mediados del Siglo XIX propuso remontar el origen de las tres especies al esquema unitario de la *locatio conductio rei*,

intentando unificar la *locatio conductio operis* con la *locatio rei*, pues parte de que todo *opus* presupone una base real, una cosa sobre la que ser realizado. También el arrendamiento de obra consiste en la cesión de una cosa con el fin de que se manipule y se devuelva a cambio de un precio⁷².

En esta afirmación de BECHMANN, tal y como lo vio FIORI⁷³ no pretendía sostener la inexistencia de la tradicional tripartición, sino simplemente encontrar una justificación histórica común para los diversos casos específicos.

Sólo hasta 1921 ARANGIO RUIZ en la primera edición de sus *Instituciones de Derecho romano*, retoma el tema y plantea por primera vez la hipótesis según la cual la tripartición no responde a la concepción de los romanos, ya que no conocieron distinción entre los

⁷² BECHMANN, A., *Der Kauf nach gemeinem Recht*, in 3 Teilen, Teil 1: *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Neudruck der Ausgabe Erlangen, 1876, p. 430, en GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., *La influencia del Derecho romano en las modernas relaciones de trabajo*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 24.

⁷³ FIORI, R., *La definizione della locatio conductio rei: Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Jovene Editore, Napoli, 1999, p. 2.

tres tipos de locación y siempre contemplaron todas sus hipótesis indistintamente⁷⁴.

Para ARANGIO RUIZ la unidad se manifiesta desde el punto de vista procesal en la existencia de una sola *actio locati* y de una sola *actio conducti*; y sustancialmente, en el hecho de que en cada una de las hipótesis de *locatio conductio* se manifiesta la presencia de una "res" que es siempre dada y restituida, lo cual se presentaba no sólo en la *locatio rei* sino también en la *locatio conductio operis*, en que se daría una cosa para que fuera transportada, limpiada o utilizada como material de construcción; y *operarum*, donde por lo general se daría un esclavo, *res* en la concepción romana, por cuya actividad se pagaba una *merces* al dueño del esclavo y muy a finales de la República, un hombre libre que por su misma condición no se entregaba como *res*, sino que se contrataban sus *operae*, éstas si entendidas como *res*.

Adicionalmente, las fuentes clásicas que hablan del arrendamiento tanto Gayo (III, 142 y ss.) como el Digesto en el título respectivo (19.2), no relacionan el arrendamiento con la clasificación tripartita que del mismo se ha dado⁷⁵.

⁷⁴ Sin embargo Torrent sostiene que ARANGIO RUIZ trató de poner orden a la polémica sobre la tricotomía, abierta por Johannes Voet a finales del Siglo XVII, (VOET, J. *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romaniuris principia ac controversias illustiores, ius etiam hodiernum et praecipue Fori quaaestiones excutiuntur*. La primera edición es de 1698; la más accesible está publicada en dos vols. en 1773), al darle certificado de bautismo a la tripartición. Cfr. TORRENT, A., *La polémica sobre la tricotomía...*, *op.cit.*, p. 2.

⁷⁵ ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano (trad. española de la 10a edición italiana, J. M. Caramés Ferro)*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986., p. 385.

La misma posición fue seguida por Max KASER⁷⁶ al considerar que lo esencial del contrato de arrendamiento era la cosa, y por esto, al referirse al contrato de obra le da más importancia a la "*res locata*" es decir al objeto que se le entrega al *conductor*, que al trabajo que se realiza en ella; e igualmente al definir el contrato de prestación de servicios, manifiesta que el objeto del contrato es otorgar un poder de disposición sobre la propia persona y trabajo.

Esta postura es apoyada GUARINO⁷⁷ al indicar que en el origen de la *locatio conductio operarum* el objeto del contrato no eran tanto las "*operae*" o servicios del trabajador sino el *locator* mismo⁷⁸, quien se encontraba en una situación de plena subordinación a su *conductor* limitada a las *operae* contratadas, razón por la cual este contrato se extinguía por la muerte del *locator* a pesar de que sus labores eran básicamente manuales⁷⁹.

Las argumentaciones de ARANGIO-RUIZ se acogieron por BRASIELLO⁸⁰, que realizó una profunda aportación exegética a la tesis unitaria pudiéndose entender, desde entonces, como doctrina casi

⁷⁶ KASER, M., *Derecho romano privado*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1982, pp. 198 ss.

⁷⁷ GUARINO A., *Storia del diritto romano* (7ª Edición), Jovene Editore, Napoli, 1984, p.108.

⁷⁸ En contra GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 170. "Cuando una persona libre conviene con otra en obligarse a prestarle un servicio de aquellos que suelen prestar los esclavos y esta pagarle una retribución, el contrato ya no es más de *locatio conductio rei* sino *operarum* precisamente porque su objeto directo no es la persona del trabajador, por ser libre, sino el servicio mismo (*opera –operae*) y por ello se dice que está arrendando sus servicios (*opera sua locare*) D.3.1.6; D.38.1.37. pr.

⁷⁹ Para IGLESIAS: "Según las ideas romanas, es *locator*, de un lado, el arrendador de la cosa - *locatio conductio rei*- y el que presta los servicios -*locatio conductio operarum*-, y de otro, el que encarga la obra -*locatio conductio operis*-, ya que éste es quien suministra los materiales con que se ejecuta el opus. Cabalmente, tratándose de *locatio conductio operis*, el contrato versa sobre los materiales que *locat* una persona, para que otro realice con ellos una obra determinada -*operis faciendum locare*-", según se puede confrontar en D.18.1.20: *nec posse ullam locationem esse, ubi corpus non detur ab eo cui id fieret*. IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, *op.cit.*, pp. 441 y 442.

⁸⁰ BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, en RIGGS, Roma, 1927, pp. 529 y ss; 1928, pp.3 ss, cit. por MASI, *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, p. 909.

unánime. Luego, fueron ampliadas por AMIRANTE⁸¹ quien aporta una variación interesante a las tesis anteriores, al no reconocer el elemento unificador en la “*res*” sino en la obligación de las partes de “*dare*” y de “*reddere*” una *res*.

Bajo esta óptica es particularmente importante la obligación de “*reddere*” (restituir la cosa) del *conductor*, especialmente por la afinidad entre el contrato de compraventa y el arrendamiento (cfr. G. 3, 142 ss.) y al hecho que a la jurisprudencia romana de la República, al pretender extraer los elementos esenciales para definir la *locatio conductio*, con toda probabilidad, debía relacionarla con la *emptio venditio*, en que ambas conllevan la entrega de la cosa para usarla y gozarla, pero con la característica diferencial de que el contrato de arrendamiento no representa y no contiene en sí la idea de la transferencia del uso o goce.

Según AMIRANTE, tanto el vendedor como el arrendador se obligan a entregar la *res* al *emptor* o al *conductor*, pero mientras en la *emptio-venditio* la puesta a disposición de la cosa tiene carácter definitivo, en la *locatio* independientemente del fin previsto en el contrato, tenía carácter temporal. Esta obligación de restitución es el mínimo de tipicidad que si, por un lado, distingue la *locatio-conductio* de la *emptio-venditio*, por otro, permite reunir todos los diversos posibles de la *locatio conductio*.

⁸¹ AMIRANTE, L., *Ricerche in tema di locazione*, op.cit., pp. 51 ss, cit. por MASI, *ibid*.

El mismo AMIRANTE reconoce además que, en la hipótesis de *la insulam aedificandam loco* (Paulo, D.19.2.22.2.⁸²), “l’idea di una consegna della *res* da parte del *locatore* al conduttore giunge al suo limitedi rottura [...] existendo solo idealmente la *res* al momento della conclusione dell’accordo”.⁸³

Sin embargo, AMIRANTE pensaba que podía superar las dificultades del concepto profundizando en la forma como la jurisprudencia romana había razonado en el tema de *locazione dell’opus*, apartándose de la *locazione di cose*. Siguiendo a Labeone, (D.50.16.5.1⁸⁴) quien había avanzado de forma decidida en la idea que para cumplir con *l’opus* contratado, esto es, *l’insula* para construir o la estatua para esculpir, fuera entregada en un sentido puramente ideal, aunque bien entendido, del *locatore* al *conduttore*; con la consecuencia que el trabajo del *conductor* es simplemente un medio para el cumplimiento de la obligación típica de este contrato, que es la restitución *dell’opus perfectum* al *locatore*.

Para AMIRANTE, la jurisprudencia romana había ignorado la tripartición del contrato, pero si tenían claro que la obligación de pagar la *merces* resultaba fundamental para la calificación jurídica de

⁸² D.19.2.22.2. – *Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen location est; locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitate.* (Cuando se da a edificar una casa en un sitio, de suerte que el arrendatario lo haga todo a su costa, me transfiere ciertamente la propiedad de ello, y sin embargo hay locación: porque el constructor da en arrendamiento su trabajo, esto es, la necesidad de hacerla.)

⁸³ AMIRANTE, L., *Ricerche in tema di locazione*, op.cit., pp.102 ss.; y AMIRANTE, L. *Locazione: in generale...*, op.cit., p. 993.

⁸⁴ D.50.16.5.1. “*Opere locato conducto*”, his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci vocant, non id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

una relación como la de la *locatio conducti* y que podía, dependiendo de los supuestos, imponer el pago al *locatore* o al *conduttore*.

Sobre estas bases, AMIRANTE retoma la definición de la *locatio conductio* formulada por ARANGIO RUIZ, donde se define el contrato de arrendamiento y sus tres especies, con fundamento en la obligación para el arrendador de entregar la cosa y el arrendatario de restituirla luego de haber sido usada, transformada o transportada, y a cambio del pago de una renta.

Para otros autores⁸⁵, también bajo el concepto unitario, los romanos sólo conocieron un tipo único de contrato de arrendamiento y a diferencia de nosotros, ellos no le daban tanta importancia a su carácter remuneratorio, pues lo fundamental en este contrato era la circunstancia de que en todos los casos se “alquilaba algo” (*locare*), fuera una cosa, o la ejecución de una obra o el trabajo de una persona⁸⁶. Mientras que también participando de la teoría unitaria (dación- restitución), estaban los que encuentran el elemento unificador en el hecho de que en cada una de las modalidades de locación se realiza una “actividad” sobre una *res*.

⁸⁵ JÖRS, P., KUNKEL, W., *Derecho privado romano, op.cit.*, p.338; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, S.A. BOSCH, Barcelona, 1960, p. 518; D'ORS, A. *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 500.

⁸⁶ En este mismo sentido se manifiesta el profesor Federico Fernández de Buján, pues hace notar la diferencia de enfoque con que se analiza en el contrato de arrendamiento la relación obligacional y que se refleja en la misma denominación del contrato. Los juristas romanos al hablar de la *locatio conductio* están poniendo el acento y centrando su interés sobre la cosa o el servicio que se presta y que se entrega y se lleva consigo. Por esto es indiferente que quien actúe como *locator*, es decir, quien realiza el acto de *colocar* en poder del otro, sea quien cobre la renta o quien la pague. Mientras tanto, la doctrina civilista actual denominan al contrato de “arrendamiento”, situándose en la perspectiva del precio o renta, que proviene de la voz latina *reddita* que en latín vulgar y en lengua romance deriva en *rendita*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano, op.cit.*, p. 272.

En esta última corriente encontramos a PINNA PARPAGLIA⁸⁷, al considerar que este esquema está presente no solo en la *locatio operis* sino también en la *locatio operarum*, y directamente en la *locatio conductio rei*, ya que en la locación de un fundo rústico para su cultivo, piensa que se arrendaba no tanto el fundo (*res* en sentido material) sino el cultivo mismo, por lo que los *conductores rei* deberían llamarse más bien *conductores operis*.

Para VIGNERON⁸⁸, el contrato de la *locatio conductio* tendría como factor unificador lo económico antes que lo dogmático, sin que por ello se tuviera que dejar de un lado la línea de pensamiento mayoritaria, que tiene en cuenta el valor primordial de la *locatio rei*. Dado su planteamiento económico, VIGNERON ve en todas sus hipótesis de *locationes* la valoración de un bien mediante el trabajo de otros, coincidiendo en esto con Parpaglia en la exaltación del valor del trabajo. Sobre esta base económica se habría desarrollado el contrato de la *locatio conductio*, del cual sería inútil dar una unidad dogmática porque el análisis elaborado por los romanos estuvo siempre ligado a los problemas concretos; por consiguiente, "l'habillage juridique est secondaire"⁸⁹.

Sin embargo, las argumentaciones precedentes y las conclusiones que en ellas se apoyan, han sido objeto de diversas críticas, que dan

⁸⁷ PINNA PARPAGLIA, P., '*Vitia ex ipsa re*'. *Aspetti della locazione in diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1983, p. 131.

⁸⁸VIGNERON, R., *La conception originaire de la locatio conductio romaine*, en *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg, 1993, p. 509.

⁸⁹ *ibid.*, p. 513.

inicio a la ruptura de la teoría unitaria para abrir el espacio a la discusión de los que consideran que los romanos si tuvieron conciencia sobre la diversidad de figuras incluidas en la *locatio conductio*.

BETTI⁹⁰, el cual se destaca por ser el primero en resaltar una noción general del *locare*, cuyo sentido fundamental es: 'poner a disposición, colocar, situar'; el que se corresponde con un sentido similar del término *conducere*: 'asumir, tomar consigo o sobre sí mismo', critica la idea de la concepción unitaria, calificándola de materialista, al entender la *res locata* "como una cosa materialmente entregada", y argumentó que "*la res locata*, en cambio, es la estructuración de intereses establecidos por las partes contratantes para este tipo de obligaciones".

Por otra parte, y con referencia a la problemática del arrendamiento de la *operae*, ha sido reconsiderada la conclusión, según la cual, el arrendamiento de la *operae* de un trabajador libre sería "un arrendamiento...sin la obligación de restituir la cosa locata"⁹¹.

Esta última afirmación no es absurda teniendo en cuenta que parte de la doctrina apoya la tesis según la cual la *locatio conductio*

⁹⁰ BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano, Vol. II, t. I*, CEDAM, Padova, 1962, p. 220, cit. por MASI A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, p.909.

⁹¹ DE ROBERTIS, F., *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 24. Cit. por MASI, A., *ibid.*, p. 910.

operarum derivó de la locación de esclavos, es decir, de la *locatio conductio rei*⁹².

KAUFMAN⁹³ intenta resolver el problema de la unitariedad o tripartición de la *locatio conductio*, sobre una nueva base. Trata KAUFMAN de aclarar el fundamento de las tesis de la unidad del concepto de la *locazione*, a través del estudio de las formulas de la *actio locati* y de la *actio conducti* y más particularmente de las *demonstrationes* de las correspondientes acciones, suponiendo que se habrían descrito las figuras correspondientes a cada una de las especies de arrendamientos y admitiendo la transferencia de ellas a las *cautiones*.

La conclusión a la que llega es que en la *demonstrationes* de la *actio locati* y, respectivamente, de la *actio conducti* no se podrían haber utilizado las expresiones típicas de los verbos *locare* e *conducere*, por lo que se puede afirmar que “la unidad terminológica y procesal se ha

⁹² “De la *locatio conductio rei* es posible deducir la forma como se llega al reconocimiento del arrendamiento de los servicios del esclavo mismo, porque así como se podía vender al esclavo, se le podía ceder por un tiempo determinado, esto es, arrendándolo, poniendo a disposición del arrendatario la actividad o capacidad de trabajo del esclavo sin importar el resultado que por tal uso pudiere obtener el arrendatario. Una vez admitido el arriendo de la actividad de un esclavo, es fácil entender que se pudiera asimilar por la jurisprudencia a través de la analogía la misma figura a la *locatio conductio operarum*. Dentro de la mentalidad romana, dicho arrendamiento conllevaba una especie de sujeción o sometimiento de la persona, que así fuera de manera temporal, afectaba la posición social del trabajador tal y como se deduce de la Sentencia de Paulo 2, 18,1: « *Homo liber, qui statum suum in potestate habet, et peiorem eum et meliorem facere potest: atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat.* » *Sententiae Receptae Paulo Tributae. Liber Secundus*. En ella se resalta que el hombre libre, al arrendar su propia actividad, diurna o nocturna, empeoraba su propia situación dentro de la sociedad. De lo cual se concluye que no podía constituir su objeto cualquier tipo de servicio, sea manual o intelectual; esta forma de arrendamiento hacía referencia exclusivamente a los servicios manuales que frecuentemente eran prestados por los esclavos mediante la *locatio rei*”. IMPALLOMENE, G., *Locazione nel diritto romano*, *op.cit.*, p. 91.

⁹³ KAUFMANN, H., *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, Köln-Graz, 1964. Cfr., al rigoardo, la recensione di Voci, in SDHI, 1965, 395 ss., quella di Amirante, in *Jura*, 1965, pp. 322 ss., nonché ID., AMIRANTE, L., *In tema di opus locatum*, en *Labeo*, XIII, 1967, pp. 49 ss., cit. por MASI, A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, p. 910.

derivado de los usos lingüísticos precedentes al nacimiento de los contratos consensuales y que habrían sido meramente adoptados por el pretor en la creación de las acciones"⁹⁴. Por lo tanto, no es posible afirmar que de la *locatio rei* se derivan las demás especies de locación, ya que desde la edad arcaica fue posible *locare* no solamente cosas sino, también, *operae* o un *opus*.

BETTI, por otro aspecto considera que, gracias a una estricta consonancia con la realidad de la vida, los juristas romanos "eran capaces de intuir la idea común del *locare* así como de percibir las diferencias específicas de cada variedad en las cuales ella necesariamente se articulaba. En la labor de distinguir el tratamiento de las tres clases de *locatio*, los juristas se pusieron a la tarea de diferenciar las diversas funciones económico-sociales para las que se hallaba destinada la figura, es decir, que el marco jurídico de cada tipo (*rei, operis faciendi, operarum*) asumen caracteres diferentes según la situación típica de los distintos intereses y las diferentes funciones económico-sociales características de cada uno, independientemente de cualquier diferenciación dogmática"⁹⁵.

También sostienen "la tripartición" NIEDERMAEYER⁹⁶ y MAYER MALY⁹⁷. Estos autores han afirmado que si bien hay una unidad

⁹⁴ KAUFMANN, H., *Die altromische Miete...*, *op.cit.*, p. 148, cit. por FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 5

⁹⁵ Op. Cit., 219 ss., cit. por Antonio Masi en ED, Tomo XXIV, Giuffrè Editore, Milano, 1974, 910.

⁹⁶H. NIEDERMEYER, en [*Gott.gel.Anz.*]203 (1941) 319ss, spec. 322 (é la recensione a S. VON BOLLA *Untersuchungen Zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum, München* 1940, dove si seguiva la teoria di ARANGIO RUIZ e Brasileo: cfr. *Ibid.*, 113 e nt. 1), cit. por FIORI, R., *La Definizione della...*, *op.cit.*, p. 5.

meramente terminológica y procesal no hay una unidad estructural. Por lo tanto, no es viable la unidad de un contrato al que le faltan reglas comunes respecto al objeto, al hecho de soportar el "*periculum*", y respecto del pago de la *merces* que en la *locatio operarum* le corresponde al *conductor* y en la *locatio operis* le corresponde al *locator*.

ALZON⁹⁸ afirma que las tres formas de *locatio conductio* nacieron en momentos históricos distintos y sobre la base de diversas exigencias por distintas situaciones de hecho presentadas. Esto sería, en su sentir, la mayor prueba de la existencia de la tripartición. De esta manera, la única posibilidad para el Pretor de admitir la misma acción en todas las hipótesis fue aquella consistente en aceptar que se tenía conciencia de la existencia de las tres especies de arrendamiento en el contexto de las necesidades de Roma. Esta tesis, a la que adherimos por las razones que quedaron expuestas en un acápite anterior, relativo al origen histórico del contrato de arrendamiento, por la evolución paulatina de la misma actividad económica de Roma, debida a la migración y movilidad social entre el III y el II Siglo a.C.

La conformación paulatina del contrato de arrendamiento en sus tres modalidades, a través de las diferentes complejidades que se iban presentando en el seno de la sociedad romana, es compartida por

⁹⁷MAYER-MALY, T., *Locatio Conductio: Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wein/München, 1956, pp. 15 ss, spec.18 s.; cfr. anche la recensione al lavoro d'IIAmirante; MAYER-MALY, T., *Tipicità e unità della 'locatio conductio'*, en *Labeo* 5, 1959, pp. 399 ss.), cit. por MASI, A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, p. 909.

⁹⁸ALZON, C., *Réflexions sur l'histoire de la locatio conductio*, en *RHD*, IV, Serie XLI, 1963, Sirey, Paris, p. 41.

autores como CUQ⁹⁹ e IMPALLOMENI¹⁰⁰, sin que sea un obstáculo para mantener el concepto unitario de la misma, puesto que, aunque pareciera lógico que el desarrollo gradual de las distintas modalidades de arrendamiento puedan conllevar que se acepte la tripartición de los conceptos, no resulta tan concluyente separarlo de la concepción unitaria.

Por esta razón y de acuerdo al estudio elaborado por R. FIORI¹⁰¹, se considera que aún no se ha llegado a una solución unánime con relación a la unidad o tripartición del contrato de *locatio conductio*. Sin embargo la mayoría de los estudiosos han optado por una posición intermedia y son pocos los que aún se mantienen plenamente en una u otra teoría.

En general se reconoce la unidad¹⁰² del contrato, pero no se excluye que los juristas romanos hayan tenido conciencia de la distinción entre las varias figuras¹⁰³, y de cualquier modo no se renuncia a un

⁹⁹ CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2da ed. Paris, 1928, p. 477, cit. por CARAMÉS FERRO, J.M., *Curso de Derecho romano, op.cit.*, p. 305.

¹⁰⁰ IMPALLOMENI, G., *Locazione nel diritto romano, op. cit.*, p. 9.

¹⁰¹ FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 7.

¹⁰² Siguiendo a FIORI, *ibid.*, nt 28, p. 7, sostienen la unidad: DE ROBERTIS, F., *I Rapporti di lavoro nel diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1946, p. 121; SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 542; WUBBE, F., *Zur Haftung des Horrearius*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Vol 76, 1959, pp. 508 ss.; PUGLIESE, G., *Locatio-Conductio*, en APARICIO, J. (ed.), *Derecho romano de obligaciones, Homenaje a J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 597 ss.; METRO, A. *La Sublocazione dell'opus faciendum*, en *Collatio iuris Romani, Études dédiées à H. Ankum*, I, Ámsterdam, 1995, p. 341. Reconocen unidad al contrato solamente sobre el plano terminológico y de las acciones: BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano, op.cit.*, p. 227; TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 593; BURDESE, A., *Manuale di Diritto...*, *op.cit.*, pp. 463 s.s.; MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006, p. 491. Otros utilizan la tripartición, sin discutir el problema dogmático: VOICI, P. *Istituzioni di diritto romano*, 6 ed., Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 312 ss.; APATHY, P., KLINGENBERG, G., STIEGLER, H., *Einführung in das römische Recht*, 2 ed., Böhlau, Wien, 1998, pp. 132 ss.

¹⁰³ Para mejor comprensión, véase en FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 8, quien, además, detalla lo siguiente: "cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München 1971, 563 ss.; I. MOLNAR, *Object of 'Locatio Conductio'*, in <BIDR> 85 (1982) 127; ID., *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella 'locatio*

tratamiento separado de las tres figuras¹⁰⁴, teniéndola como imprescindible para una comprensión exacta del régimen del contrato, pues ni siquiera quienes sostienen la unidad, pueden sustraerse a la tripartición para explicarlo¹⁰⁵. Sin que estemos de acuerdo del todo con el comentario de GUARINO sobre la estructura de la *locatio conductio*¹⁰⁶, se puede afirmar que, la doctrina se encuentra en una falta completa de certeza, acerca de la solución del problema y al parecer, a ninguna de las dos posiciones les faltan argumentos favorables¹⁰⁷.

conductio', in <LABEO> 32 (1986) 298; cfr. anche ID., *Verantwortung un Gefahrtragung bei der 'locatio conductio' zur Zeit des Principats*, in <ANRW> II. 14, Berlin-New York 1982, 583 ss.; per A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, 1977, 927, 'la *locatio conductio*, nel periodo clasico, giunse ad essere sempre più chiaramente distinta in tre *species* principali, nella quali il diritto giustiniano intravvide più tardi addirittura tre contratti (tre genera) diversi' (cfr. anche *ibid.*, 927, nt ad 87.1.3.). Riconosce una unitarietà in senso lato, ma affermando che il concreto regime era costruito 'on the basis of economic sense, and not through doctrine', B.W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton 1980, 57 nt. 4".

¹⁰⁴ En cuanto al tratamiento separado de las tres figuras, FIORI, *ibid.*, a título meramente indicativo, cita los siguientes autores: DEVILLA, V., *Locazione*, (diritto romano), en <<NDI>> VII, Torino, 1938, p. 999; MONIER, R. *Manuel Élémentaire de droit romain*, II, 1948, pp. 168 ss.; JÖRS, P., KUNKEL, W.; WENGER L. (neu bearb. H. HONSELL – Th. MAYER-MALY – W. SELB), *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo, 1987, p. 322; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, pp. 497.s.s.; THOMAS, J.A.C., *Custodia and Horrea*, en RIDA, no. 6, 1959, pp. 371 ss; I.D., 'Locatio and Operae', en BIDR, 64, 1961, p. 231; I.D., *The Worker and his Wage*, in *Uit het reacht. Rechtsgeleerde opsellen aengebodem aan mr. P.J. Verdam*, Deventer, 1971, p. 204; BISCARDI, A., *Il concetto romano di 'locatio' nelle testimonianze epigrafiche*, en St. Senesi, no.72, 1960; C.A. CANNATA, *Su alcuni problema relativi alla 'locatio rei' in il diritto romano classico*, en SDHI, no. 30, 1961, pp. 235 ss., ma cfr 238; MIQUEL, J., *Periculum Locatoris*, en ZSS, 81, 1964, p.178; ID. *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992, pp. 326 ss; VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho romano privado*, Valencia, 1976, p. 614 ss; FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pp. 271 ss; D'ORS, A. *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 563; GARCÍA GARRIDO, *Derecho romano privado*, Madrid, 1993, pp. 659 ss; HAUSMANINGER, H., SELB, W., *"Römisches Privatrecht"*, Wien- Köln-Weimar 1994, p. 321 ss; VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1985, p. 513; IGLESIAS, J. *Derecho romano...*, *op.cit.*, pp. 377 ss; TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Madrid, 1993, pp. 461 ss; IMPALLOMENI, G., *Locazione nel diritto romano*, en *Digesto (sez.civ.)*, XI, Torino 1994, 89 ss.

¹⁰⁵ Por ejemplo, ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano, op.cit.*, pp. 348 ss., "el cual, hablando de las obligaciones de las partes, no pudo dejar de distinguir la obligación del *locator rei* de consignar la cosa en buen estado y dejarla gozar por el tiempo estipulado en el contrato de aquella (obligación) del *locator operarum* y del *conductor operis* para llevar a cabo lo prometido. No encuentra posible tratar unariamente el caso de la muerte de una de las partes, que en la *locatio operarum* y *operis* hacen imposible el desarrollo del objeto, pero que en la (*locatio*) *rei* conlleva simplemente la transmisión a los herederos".

¹⁰⁶ "a nostro avviso é pura fantasia (o quasi) precisare quale sia potuta essere la struttura originaria dell'istituto e como si siano formate le singole derivazioni", GUARINO, A, *Diritto privato romano*, Jovene Editore, Napoli, 2001, p. 804, nt 79.

¹⁰⁷ FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 9. Para un análisis más exhaustivo véase en la misma obra, pp. 9 y 10, nt. 33 y 34.

4. EL PROBLEMA DE LA TERMINOLOGÍA EN EL ORIGEN DE LA *LOCATIO CONDUCTIO* COMO CONTRATO CONSENSUAL

En la obra de FIORI encontramos abierta la discusión sobre la unidad o la tripartición del contrato de arrendamiento, partiendo de la denominación misma del contrato y de su configuración como contrato consensual.

Para FIORI, en los formularios de Catón del Siglo II a.C. se encuentra la primera prueba cierta sobre la tutela del simple consenso en los contratos de arrendamiento¹⁰⁸. Sobre este antecedente concuerda el profesor F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, quien sobre los orígenes de la *locatio conductio* afirma:

También en las fuentes literarias podemos reconocer ciertas figuras que podrían ser consideradas precedentes de un arrendamiento rústico. Así en el Tratado De Agricultura de Marco Porcio Catón -144 y 145- siglo II a.C., se menciona la locación de olivares, a cambio de un precio, con el fin de que quien los tomaba en

¹⁰⁸ “En general, cuando se vuelve la mirada a la obra de Catón, es necesario recordar que, según la teoría hoy dominante, la obra de *comentarii domesticus* no pudo ser terminada, tal vez, por la muerte de su autor, ya que dado su carácter eminentemente práctico, pudo haber tenido posteriores reordenamientos de parte de sucesivos lectores. De esta manera se explicaría de alguna forma, las lagunas, las repeticiones, las contradicciones presentes en el texto (cfr. A. MAZZARINO, (1952), *Introduzione al 'di agri cultura' di Catone*, Roma, Ed. Atlante, 57 ss.); o también la teoría que la completa paternidad catoniana de *comentarii domesticus* se dió en diversos momentos y no finalizó con su publicación (Klötz, Hauler, Hörle)”. FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 24, nt. 35.

arriendo procediese a la recogida de la
aceituna.¹⁰⁹

A partir de dichos formularios, es posible establecer que esta figura contractual habría evolucionado a través de tres fases: la primera en que la relación locativa versaba sobre una "*verborum obligatio*", la fase intermedia, construida con el simple consentimiento, en la cual se utilizan instrumentos de garantía indirecta (*satisdatio*, *pignus*, sobre los *invecta et illata*), y una tercera fase correspondiente a la tutela del simple consenso, siendo el testimonio catoniano una muestra de la forma como se estructuraron en sus inicios, las obligaciones en el contrato consensual de arrendamiento, que hace que Gayo lo encuadre dentro de los cuatro contratos consensuales del *ius gentium*¹¹⁰.

En cada una de las mencionadas fases del desarrollo resultante de los formularios, las relaciones locativas siempre se identificaron mediante el uso de los vocablos *locare* y *conducere*, y aquí surge la primera inquietud, ¿Si esta terminología nació con el contrato de locación consensual o por el contrario es precedente?

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 287

¹¹⁰ Según FIORI, las *legeslocationes* (y *venditiones*) parecen ser el resultado de la estratificación de las diversas soluciones cautelares, incluso verosimilmente distinguibles sobre un perfil cronológico. Gracias al análisis de estas soluciones se logra comprender el tránsito entre la fase en la cual el *locare* y el *conducere* correspondían a un conjunto de intereses económicos manejados a través de formas jurídicas tradicionales, (por ejemplo; una *verborum obligatio*) y aquella en la cual la obligación de las partes se sustenta en el mero consentimiento. En la obra (*De agri cultura*) se han encontrado evidencias de la aplicación de la primera fase a la *emptio venditi*. Con relación a la *locatio conductio* se encuentra el testimonio del empleo de formas de garantía indirecta de las obligaciones sobre el simple consenso, realizada mediante *pignora* o *satisdatioes*, que según FIORI constituiría el punto medio entre las dos fases. Por otro lado, los formularios catonianos constituyen una muestra de cómo se estructuraron las obligaciones entre las partes en el contrato consensual de *locatio conductio*. *Ibid.*, p. 24.

La pregunta es importante porque desde el punto de vista terminológico se plantea el problema de la inversión de las denominaciones de las partes en el contrato de *locatio conductio operis*, ya que al contrario de lo que ocurre en las demás modalidades de locación, en ésta, es el *locator* quien paga *la merces* y el *conductor* quien realiza la actividad¹¹¹.

Pero, adicionalmente, la terminología ha asumido en la reconstrucción de la teoría de la unidad un papel de liderazgo, porque se sostiene en los partidarios de ella, que la terminología utilizada en todas las hipótesis de la locación tienen el mismo patrón, lo que, fundamenta la idea de la unidad de la figura de la *locatio conductio*.

Sin embargo, para el análisis de la terminología, se han planteado dos tesis: Para algunos, el *locator* sería el que da materialmente (*locat*) una cosa – un fundo, las *operae*, los materiales para la realización de un *opus* – y el *conductor* quien se obliga a restituirla (ARANGIO RUIZ, BRASIELLO, AMIRANTE)¹¹².

¹¹¹ FIORI hace notar que la doctrina más antigua explicaba esta anomalía sosteniendo que el *locator operis* es al mismo tiempo *locator rei* e *conductor operarum*; esta solución se recibe de los glosadores (cfr. AZONIS *Summa Codicis*, ad C.4.54.nt.2, ad Venetiis 1572, 454) hasta los humanistas (cfr. DONELLI *De iure civile*, XIII. 6.5, in *Opera*, cit., III, 818 ss.), y los tratadistas italianos del Seiscientos (cfr. P. PACIONI *De locatione et condutione*, I,1, 23-24 y *Coloniae Allobrogum* 1689,2), y de ellos a los comentaristas posteriores permeando la doctrina holandesa, alemana y francesa. La única excepción estuvo constituida por Cujas, quien creía que en todos los casos se debía mencionar como *locator* a quien toma la iniciativa para el contrato y *conductor* quien la acepta. (cfr. J. CUIACII, *Observationes et emendationes*, en *Opera*, III, Napoli 1758, 43 ss; *In libros Pauli ad edictum*, ad D.19.2.20.2, in *Opera*, cit., V, 522 D; ID., Paratitla in libros IX Codicis, ad C.4.65 in *Opera*, cit., II, 306. E, 307.C; ID., *In libros quaestionum Papiniani*, ad D.19.5.1, in *Opera*, cit., IV, 175, B. ID., *In libros IV Codicis*, ad C.4.65, in *Opera*, cit., X, 1044. B.).

¹¹² Cfr. BRASIELLO, U., *L'Unitarietà del concetto...*, *op.cit.*, pp. 531 ss., 547 ss; AMIRANTE, L., *Ricerche in tema di locazione...*, *op.cit.*, *passim*; ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, *op.cit.*, p. 346. Citados por FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p.13. En similar sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op.cit.*, p. 256, para quien,

Para otros, el *locator* sería el que “entrega” o “confía” (*locat*) una determinada actividad, (realizable al menos sobre una *res*) al *conductor*, a quien corresponde su cumplimiento (PINNA PARPAGLIA, VIGNERON)¹¹³. Ahora, si se llegara a confirmar el origen preconular de la terminología, considera FIORI que no podría otorgársele tanta importancia a dichas expresiones dentro de la reconstrucción del arrendamiento como contrato consensual, pues teniendo en cuenta que “los verbos *locare* y *conducere* se utilizaron para indicar relaciones económicas preexistentes al nacimiento del contrato consensual, no se podría de ningún modo sostener la existencia de una relación estructural necesaria entre los términos y el contrato lo cual desvirtuaría uno de los argumentos fundamentales de la actual teoría de la unidad”¹¹⁴.

Vale la pena examinar, entonces, la utilización de los vocablos *locare* y *conducere* que podrían pertenecer a contextos preconsumuales, considerando la doctrina romanística que la más antigua verificación del término *locare* en un contexto jurídicamente relevante, parece ser la descripción de que nos da cuenta Gayo en sus Instituciones 4.28:

si bien es cierto varía el objeto sobre el cual recae el contrato, haciendo referencia "a una cosa corporal para ver materializadas, en versión real, las dos acciones que llevan a cabo ambas partes contratantes: una persona denominada *locator* coloca temporalmente, es decir entrega por un tiempo, pone en poder de otra, denominada *conductor*, una cosa que éste se lleva consigo".

¹¹³ Cfr. PINNA PARPAGLIA, '*Vita ex ipsa re*'..., *op.cit.*, pp. 107 ss, 128ss, y VIGNERON, R., *La conception originaire*..., *op.cit.*, p. 513, cit. por FIORI, R., *La definizione della*..., *ibid.*

¹¹⁴ FIORI, R., *ibid.*

Lege autem introducta EST pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset NEC pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro EO iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id EST in sacrificium, inpenderet...

Acerca del texto, señala F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN:

El pasaje de Gayo se está refiriendo a algunos casos en los que procede la *legis actio per pignoris*, es decir la acción de ley por toma de prenda. Se trata de una de las antiguas acciones de ley, que tiene el carácter de acción ejecutiva. Se contempla entre los mismos supuestos en el que se expresa un alquiler apto para ser montado. Jumento es una denominación abstracta que comprendería distintas especies animales: así, caballos, mulas, asnos..., con el común denominador de ser válidos para utilizarse como medio de transporte.¹¹⁵

Para FIORI, esta descripción elaborada sobre una norma decenviral que otorgaba la *pignoris capio* en las confrontaciones contra quien

¹¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 287.

había adquirido una víctima sacral y no había pagado su precio, permite asimilarla para regular aquellos casos en los cuales alguien había arrendado un jumento del cual no se había pagado la *merces*, la otra parte, entendía tomar la suma recibida *indapen*, o sea en un sacrificio¹¹⁶.

Pero no se sabe cuáles fueron los límites dentro de los cuales se desarrolló, en la cita gayana, el texto decenviral. Podría darse que Gayo haya utilizado una forma lingüística más habitual para expresar los términos encontrados en su fuente¹¹⁷. Pero son sólo indicios que permiten pensar que Gayo mantuvo el lenguaje del texto decenviral ya que es relevante que muchas expresiones contenidas en el fragmento (*daps*, *pecunia*, *iumentum*, *pretium*, *merces*, *emere*) manifiesten una notable relevancia, y a veces un uso técnico al interior del vocabulario sacerdotal¹¹⁸.

También es significativo que Gayo haya propuesto la necesidad de aclarar los términos desuetos como *daps*, porque eso muestra evidentemente su preocupación por mantener la fidelidad al texto.

¹¹⁶ FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 14. La misma teoría se encuentra en ELGUERA, *Origen y evolución histórica del contrato de locación en Roma*, en LÓPEZ PEDREIRA. *Emptio Tollit locatum*, *cit.*, 23. Sin embargo, R.G. BÖHM, *Wie genau zitiert Gaius multiple Gestze?*, in *Acti Accademia Romanistica Costantiniana*, III, Perugia 1979, 93, considera que Gayo puede haber citado juntas normas que pertenecían a diferentes tablas, pero se considera este un problema de escaso relieve. FIORI, R., *ibid.*, 14, nt. 7.

¹¹⁷ En general, no hay duda que las citas de las XII tablas son siempre reelaboraciones sucesivas de la redacción original, realizadas también en varias etapas (cfr. DILIBERTO, O., *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, pp. 97 ss, a propósito di tab. 5, 3), hay elementos para sugerir un cierto conservadurismo en la tradición del texto. En particular, parece que las formas lingüísticas arcaicas se han conservado en las estructuras sintácticas. (cfr. Per tutti DEVOTO, G., *Storia della lingua di Roma*, Bologna, 1944, pp. 72 ss; STOLZ, F., DEBRUNNER, A., SCHIMD, W.P., *Geschichte der lateinische Sprache*, Berlín, 1966 – *Storia della lingua latina*, Bologna, 1993, pp. 59 ss, MEILLET, A., *Esquisse de'une histoire de la langue latine*, Paris, 1996, pp. 118 ss) . Probablemente también para el texto decenviral se pudo haber repetido lo que se ha señalado sobre las leges regias por TONDO, S., *Leges regie*, Firenze, 1973, *passim*, spec. 56 ss. y 64 ss.

¹¹⁸ FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, pp. 14 y 15 notas 10 a 15.

Por lo tanto, no es imposible que el término *locare* ya apareciera en el texto de las XII tablas¹¹⁹.

Para FIORI, en el pasaje objeto de estudio parecería que el verbo *locare* se utilizó para indicar un contexto económico no disímil con aquellos correspondientes a la locación consensual.

Gayo no encuentra diferencia entre el uso decenviral del término y aquel correspondiente a su tiempo, pero la distinción con el verbo *emere*, que se refiere a un animal a sacrificar (*hostia*), que implica necesariamente una adquisición a título definitivo, parecería manifestar que, se entendió por *locare*, una atribución a título no definitivo, que indicaría que no es el instrumento el objeto del sacrificio, sino la *pecunia* obtenida de la locación¹²⁰.

Pasando a otro aspecto, pero sin abandonar el análisis de las fuentes literarias donde se pueda encontrar otro vestigio de la existencia del contrato de arrendamiento, se tiene que la terminología del *locare* y del *conducere*, se recoge también y con mayor certeza, en las comedias de Plauto¹²¹.

¹¹⁹ En el mismo sentido se encuentra KAUFANN, *Die Altrömische Miete*, p. 234, en *ibid.*, p. 16.

¹²⁰ *ibid.*, p. 16.

¹²¹ Muchas dudas se han expresado sobre la posibilidad de atribuir valor a los testimonios de Plauto para la reconstrucción de la historia del Derecho romano, y en particular su facilidad para ser utilizados en el estudio de los contratos consensuales. En el Siglo XIX y a comienzos del XX se tendía a recurrir a tales fuentes como se puede observar en: "BEKKER, E.I., *De emptione et venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur*, Berolini, 1853, pp. 3 ss.; ID, *Die römischen Komiker als Rechtszeugen*, in ZSS, 13, 1892, pp. 53 ss., spec. pp. 99 ss.; DEMELIUS, G., *Plautinische Studien*, III. Consensual – und Realcontract, in ZRG, 2, 1863, pp. 177 ss., spec. pp. 189 ss.; COSTA, E., *Il diritto romano privato nelle comedie di Plauto*, Fratelli Bocca, Torino, 1890, spec. pp. 21 ss.; PERNARD, L., *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Lyon, 1900, passim, spec. p. 27; BERCEANU, M., *La vente consensuelle dans*

El uso de los dos verbos y del vocabulario utilizado en la "*Umgangssprache*" de los siglos III-II a.C. es ya bastante significativo para concluir que la terminología del *locare conducere* era utilizada para indicar relaciones económicas análogas a aquellas relaciones correspondientes a la locación consensual. Pero es difícil afirmar con certeza en que calidad jurídica se asumieron dichas relaciones.

Porque si bien es cierto que a partir de los inicios del siglo II a.C aparecen evidencias con relación a la tutela de la *emptio venditio* consensual, analizando el comentario de Plauto, es posible darse cuenta, también, de la ausencia de elementos suficientes para asegurar que lo mismo haya ocurrido con el contrato de *locatio conductio*.

Por un lado, la única declaración Plautina relativa a la tutela de las relaciones de *locare y conducere* se refiere al proceso de las acciones de la ley, el cual parecería excluir la tutela del simple consenso; y por otro lado, la terminología utilizada por el comentarista parece indicar que en esta época no se hacía una clara diferenciación entre

les comédies de Plaute, Paris, 1907, passim, spec. pp. 7 ss. e 129 ss." Se creía, sobre la base de la mera terminología que se describe en los escritos de Plauto, que ellos condujeran a la *locatio conductio* consensual. Pero la orientación más reciente de la doctrina induce a una mayor prudencia en el análisis de las fábulas de Plauto. Aunque también hay autores dispuestos a adherirse a la posición de aquellos estudiosos que excluyen por completo su uso "(cfr. GREEN W.M., *Greek and Roman Law in the Trinumus of Plautus*, in CPH, 24, 1929, pp. 192 ss. Cfr. SCHULZ, F., *Geschichte der römischen Rechtsuissenschaft*, Böhlau Nachfolger Weimar, H., 1961, p. 86/ SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p.137; LABRUNA, L. *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'emptio consensuales*, in Labeo, 14, 1968, pp. 24 ss)." En FIORI, R., *La definizione della...*, op.cit., p. 17, nt. 20.

vendere emere y *locare conducere*, lo cual sería irreconciliable con la existencia de un real y propio *iudicium locati et conducti*¹²².

Según FIORI, estos datos no nos ofrecen resultados ciertos, sin embargo la simple duda de que la terminología de *locare- conducere* fuera precedente al nacimiento de los contratos consensuales, induce a concluir que, es posible que el uso "consensual" de estos términos haya consistido en un desarrollo semántico coherente con el valor económico "preconsensual" de los mismos.

Adicionalmente, también es posible que la tutela a las relaciones nacidas del mero consenso se haya limitado a proteger en primer plano el interés económico (*emere vendere, locare conducere*), nacido inicialmente con otro vestido negocial (*mancipatio* o *stipulatio*) sin innovarse en la terminología, y en tal caso se debe concluir que al igual que se ha presentado en otros ámbitos, la "*Sondersprache*" de los juristas tiene relación con la "*Germeinzprache*"¹²³.

FIORI concluye también que si las expresiones *locare, conducere, locator, conductor*, fueron usadas en contextos que no conocían todavía los contratos consensuales, no puede ciertamente pretenderse una reconstrucción de la figura romana de la *locatio conductio* consensual partiendo de la terminología, porque entre esta

¹²² Y con independencia de que, con toda probabilidad, la autonomía del dramaturgo romano por sus modelos griegos se reduce a los detalles, ya que cualquier cambio sustancial de la trama habría llevado a la reescritura de una comedia nueva. (cfr. TALAMANCA, *L'arra de la compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953, 48). FIORI, R. *Definizione della ...*, *op.cit.*, p. 18, n. 21.

¹²³ *ibid.*, p. 21.

última y la estructura del contrato consensual no se podría identificar alguna relación necesaria¹²⁴.

Adicionalmente, FIORI señala las dificultades para resolver el verdadero origen de la figura, dada la complejidad del tema. Estas menciones en los textos literarios, aunque no deben ser ignoradas, ponen de manifiesto la necesaria cautela al atribuirle determinado significado a la terminología; en efecto, es posible que se hable de *locare* y *conducere* respecto de las relaciones económicas y no referidas a la locación consensual señalada en una época en la cual ésta era difusa. Esto confirma la hipótesis según la cual los términos se refieren a la relación económica y no al vestido jurídico (la consensualidad) asumido por ésta¹²⁵.

Frente a este tema, esto es, si son o no vocablos utilizados con anterioridad al nacimiento de los contratos consensuales, estamos en una situación de incertidumbre; por ello, se puede afirmar que no es posible elaborar una conclusión fundada en la etimología o sobre el significado de los vocablos, para justificar la teoría de la unidad de la figura de la *locatio conductio*.

¹²⁴ *ibid.*, pp. 21, 22. Para FIORI, además, las locaciones públicas desarrolladas en el mismo periodo de las locaciones privadas manejaron la misma terminología, pero no es del todo cierto que las mismas se desarrollaran bajo la forma del contrato consensual, lo cual se deduce al revisar las variaciones terminológicas entre *emerevendere* y *locare conducere* encontradas por Plauto, lo cual, como se ha dicho, contrasta con la necesidad impuesta por el procedimiento formulario, de distinguir entre las dos relaciones y los respectivos juicios; y por otra parte no hay datos ciertos sobre la utilización de las acciones *exlocato conductio* en el ámbito público.

¹²⁵ *ibid.*, p. 23.

De esta manera, el estudio sobre el origen del contrato de arrendamiento se encuentra con mayor certeza a través de las respuestas y declaraciones de los Prudentes, sin que se deban dejar de lado las fuentes históricas y literarias que contribuyen a interpretarlas.

Como nota adicional y cierre del tema, resultan oportunas las palabras del profesor F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN sobre el marco conceptual y las precisiones terminológicas de la *locatio conductio*:

Se debe advertir que, si bien es cierto que las tres modalidades de *locatio conductio*, señaladas por los glosadores y comentaristas medievales, fueron las principales en el pensamiento de la jurisprudencia romana, no puede de ello deducirse que agotaran la rica variedad de tipos negociales que conoció *la locatio conductio* clásica.¹²⁶

¹²⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 285.

CAPITULO II

LA CONFORMACION DE LA LOCATIO CONDUCTIO EN LAS FUENTES ROMANAS

1. RENUENCIA DE LOS JURISTAS ROMANOS A LA ABSTRACCIÓN

De la misma forma como la conformación del contrato de arrendamiento se produce a partir de las necesidades mercantiles y sociales de Roma, es común atribuir a los juristas romanos su renuencia a la abstracción y, por consiguiente, a concretar las diferentes situaciones de hecho en una definición.

El *Ius civiles* e desarrolla a partir de un método casuístico, dejando a un lado los análisis teóricos que, a través de las características comunes de distintas circunstancias, proponen tipificarla figura jurídica en una definición específica y única¹²⁷. A esto se podría añadir

¹²⁷ "Una investigación sobre la técnica de la Jurisprudencia romana que quiera ser realista, debe comenzar teniendo en cuenta las palabras de SCHULZ: *Im anfang war der "Fall"* (SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Munich-Leipzig, 1934, 27). Si en el principio era el caso, el primer contacto del investigador debe ser con el caso mismo, y no solamente en una consideración inicial, sino en una valoración continuada del sentido y alcance que su estudio y

el rechazo de los juristas romanos a precisar un concepto hasta circunscribirlo en una precisa noción ya que ello restaría capacidad de pergeñar la solución más justa en el momento de resolver una controversia determinada¹²⁸.

Desde la jurisprudencia arcaica, a los Pontífices les agradaba dar respuestas concretas a casos que se le presentaban basando la validez de sus opiniones en su propio prestigio o *auctoritas*¹²⁹. Su labor no consistía en hacer pronunciamientos sobre determinados temas jurídicos de una manera general o abstracta, sino que, por el contrario, la técnica jurisprudencial romana consistía en buscar soluciones concretas y previendo hasta los mínimos detalles que pudieran derivarse de la hipótesis inicial¹³⁰.

Por esta razón, cuando los juristas clásicos, como Gayo, se dan a la tarea de plasmar por escrito, y para efectos didácticos, la característica esencial de una figura jurídica, prefieren hacerlo a

constante captación tiene para la Jurisprudencia romana." REINOSO BARBERO, F. *Los Principios Generales...*, *op.cit.*, p. 27.

¹²⁸ No ha sido frecuente entre los juristas ofrecer definiciones de los conceptos o de las instituciones que eran objeto de su atención y tratamiento. A las cautelas y riesgos que pueden derivarse de las definiciones en derecho, se refieren -entre otros jurisconsultos- Javoleno y Escaevola. El primero en un célebre texto tomado del libro XI de sus Epístolas afirma: D.50, 17, 202 "En Derecho civil toda definición es peligrosa, pues, es difícil que no tenga que ser alterada". El segundo -al tratar de un aspecto de la accesión, como modo de adquisición de la propiedad-, señala con carácter general: D.44, 3,14pr. (scaev., quaest.pub.tract) "...no podemos dar una definición pues depende siempre de lo que es más justo en cada caso." FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, *op.cit.*, pp. 43 y ss.

¹²⁹ Cicerón, *de re publ.* 1.19.30. Ennio alaba a Sexto Elio por esta tendencia a la respuesta concreta cuando el caso se presentaba. Cfr. Schulz, *Storia*, p. 48. Véase Horat, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den alterem röm.Juristen bis Labeo*, Aalen, 1969. En GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, *op.cit.*, p. 102.

¹³⁰ "Esta característica del casuismo jurisprudencial predomina en todas las etapas históricas. Desde los primeros juristas republicanos a los últimos del periodo clásico: desde los fundadores del *ius civile*: Publio, Mucio Escévola, Bruto y Manilio, hasta los autores de las obras enciclopédicas: Papiniano, Paulo y Ulpiano: todos laboran sobre el caso práctico y en torno a supuestos concretos." GARCÍA GARRIDO, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana (Responsa)*, II. *Acciones y Casos*, Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2006, p. 21.

través de casos concretos o mediante ejemplos, facilitándose con ello la comprensión del concepto y evitando una generalización extrema o por el contrario, un encasillamiento exagerado, que puedan hacer difícil su posterior aplicación¹³¹.

El caso o supuesto concreto y la respuesta del jurista es la base de todas las obras jurisprudenciales, distinguiéndose dentro de estos casos algunos que se utilizan como referente obligado o “casos-guías” que permiten deducir de ellos reglas y principios que sirven para decidir sobre otras situaciones. Por esto, la finalidad de los escritos jurisprudenciales es esencialmente práctica, pues consiste en encontrar la acción más oportuna o sugerir al litigante la fórmula más adecuada para su propia circunstancia.

Al respecto, manifiesta GARCÍA GARRIDO: “De los casos o supuestos deben distinguirse los casos-guías o ‘modelos’, que ofrecen la base de comparación para la solución de otros análogos o contrarios. En la exposición de todos ellos se sigue un cierto orden o sistema interno, con el objetivo de decidir sobre las acciones y los medios procesales, y centrado en el edicto del pretor. En las decisiones jurisprudenciales, aparecen íntimamente ligados y fundidos los aspectos procesales o

¹³¹ Así lo podemos ver en Gayo 3.141, refiriéndose al contrato de compraventa: *“Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, ueluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, ualde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod uulgo putant per permutationem rerum emptionem et uenditionem contrahi, eamque speciem emptionis uenditionisque uetustissimam esse.”*

formales, y los sustanciales o materiales del Derecho, que los juristas modernos distinguen”¹³².

2. UNA APROXIMACION LA DEFINICIÓN DE LA *LOCATIO CONDUCTIO* EN LOS TEXTOS ROMANOS

Por todo lo anterior, los juristas romanos no elaboraron definición alguna del contrato relativo a la *locatio conductio* y, en cambio, las definiciones que se conocen son producto de la doctrina moderna, con base en el estudio de las fuentes, especialmente el Digesto y las Instituciones de Gayo¹³³. Ahora bien, existe una corriente doctrinal que considera que es posible que los juristas romanos se expresan de una manera diferente a como lo hacen los juristas actuales¹³⁴, razón por la cual no es merecida aquella crítica que tilda las realizaciones de aquellos como incompletas o defectuosas simplemente porque no

¹³² GARCÍA GARRIDO M. J., *Derecho Privado Romano...*, op.cit., p. 95. Estas creaciones, tanto de la jurisprudencia como del *ius edicendi* del pretor, atendiendo a la reseña de MOHINO MANRIQUE, atrajo la atención de los humanistas franceses del Siglo XVI, destacándose entre ellos al jurisconsulto francés Doneau (1527-1591), quien se dedicó a organizar la totalidad del Derecho privado en un sistema metódico y orgánico, transcendental labor que lo llevó a ser considerado el precursor de la moderna ciencia jurisprudencial. A este propósito dedico todo su esfuerzo, haciendo del Derecho romano el objeto exclusivo de estudio a lo largo de su vida, procurando abarcar el conjunto de la jurisprudencia romana y reconducirla a un sistema acabado, exponiendo en orden metódico todas sus partes. Consideraba Doneau, que el Derecho romano debía ser mantenido, no sólo por su perfección y grandiosidad, sino por haber plasmado el *arte de lo bueno y de lo justo*, en las propias instituciones y en los principios del *ius gentium*, de aplicación universal. Para profundizar en la vida de tan insigne jurista, véase, MOHINO MANRIQUE, A., *Donello Ugo (1527-1591) Doneau Hugues*, en BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, No. 19, 2002, pp. 401-407.

¹³³ Cfr. SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934= *Principi del diritto romano*, Firenze, 1946, p. 38, che richiama Gai. 3. 142., cit. por FIORI, R., *La definizione della...*, op.cit., p.184, nt. 2.

¹³⁴ Véase WALDSTEIN, W., *Entscheidungsgrundlagen der Klassischen römischen Juristen*, en ANRW II, 15, Berlín-New York, 1976, pp. 3 ss; KODREBSKY, cit., p. 177 y ss.; NÖRR, D., *Jurisperitos Sacerdos, Xenion*, Festschrift P.J. Zepos, Atenas-Friburgo/Bruselas-Colonia, 1973, pp. 555 s; WIEACKER, F., *Juristen und Jurisprudenz in Prinzipat*, en ZSS, 94, 1977, pp. 345 y s; BETTI, *Diritto romano e Dogmatica odierna*, en "Arch. Giur". 99-100, p. 136, cit. por REINOSO BARBERO, *Los Principios Generales...*, op. cit., p. 28, nt. 3.

supiesen hacer lo que modernamente se conoce como teoría jurídica¹³⁵.

Desde esta perspectiva, entonces, se estima que si se estudia con minuciosa paciencia el análisis que hacían los romanos de cada situación jurídica, se destacan desde reglas, principios y definiciones, hasta clasificaciones, distinciones y disputas doctrinales, todo ello con carácter general. Aun así, los mismos estudiosos frecuentemente centran todas sus alabanzas en el maravilloso empirismo y análisis de casos que hacen los jurisprudentes, dejando de lado las valiosas generalidades que, consecuentemente, resultan tan poco apreciadas por la academia¹³⁶.

Lo cierto es que si se comienza por el estudio del caso en particular, que es lo que realmente domina la obra jurisprudencial, para después ir poco a poco elevándose a las construcciones técnicas y científicas, sin despegarse de las particularidades ni desestimar el estudio del detalle, por muy elemental que parezca, se podrá entender el arte de

¹³⁵ Siguiendo a « *Jurisconsulti* », en *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, (Dirigido por DAREMBERG, C.V., et SAGLIO, E.), vol. III, Parte 1, Librairie Hachette et Cie., Paris, 1900, p. 716, los romanos no han conocido esta separación de la teoría y de la práctica que es frecuente en nuestros días. Sobre la actividad científica jurisprudencial, véase CASAVOLA, F., *Cultura e scienza giuridica del secondo secolo d.C.: il senso del passato*, en ANRW, 15, Berlín-New York, 1976, pp. 131 s; STEIN, P., *Regulae iuris: From juristic rules to legal maxims*, The University Press, Edinburgh, 1966, pp. 49 s y 109 s. Para REINOSO BARBERO, F., *Los Principios Generales...*, *op.cit.*, p. 10, "discutir si los juristas han sido teóricos o prácticos, es cuestión ociosa porque tal separación no tenía para ellos sentido. Así, teoría y práctica son distinciones inútiles para el juristas romano, porque estas entidades, en opinión general, tienen un mismo fin y se concentran en la persona del jurista".

¹³⁶ "Consecuencia de esta visión parcial es que todo el problema de la técnica y aptitud científica de los juristas se desorbita y deforma. Consideradas a la luz de una pretendida imperfección en su generalidad, las definiciones aparecen defectuosas e imprecisas; los principios y *regulae* imperfectos, y a veces inconsecuentes y de aplicación contradictoria; las clasificaciones y divisiones incompletas. Las *distinctiones* rudimentarias, a veces, y otras sutiles en demasía. Todos estos defectos y la carencia de principios generales se destacan en una visión parcial, contraponiéndolos con las nociones y distinciones jurídicas actuales, frente a las que las romanas se muestran imperfectas." REINOSO BARBERO, F., *ibid.*, pp. 27 y 28.

los *jurisprudentes*¹³⁷. Y aunque cabe admitir que realmente existió una limitación romana para la generalización y la abstracción, esta quizá fue puesta por los mismos juristas para no elaborar más que teorías necesarias y útiles, de manera inmediata, para la práctica o la resolución de casos concretos¹³⁸.

En definitiva, los juristas romanos realizaron su tarea inspirados en la realidad de las relaciones humanas que era el objeto de su estudio y atención, buscando siempre lo más útil y conveniente para el caso concreto que analizaban con rigurosa minuciosidad¹³⁹. En relación a esto resulta pertinente lo afirmado por PEROZZI:

¹³⁷ ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Horizonte actual del Derecho romano*, CSIC, Madrid, 1944, p. 12, la producción jurídica de Roma no va de arriba abajo, sino de abajo hacia arriba, de la realidad a su solución; pero no se intenta siempre dar a esta resultante un valor general que casi siempre se consigue, gracias a la utilización dentro de cada caso de un absoluto rigor lógico y de un sutilísimo y exacto sentido de la justicia. Y agrega el Profesor Fernando Reinoso: "Sólo con un estudio detenido de las singulares instituciones jurídicas, no desdeñando el estudio del detalle por muy simple que sea, indagando siempre su secular evolución desde las primeras elaboraciones hasta las últimas y más precisas, puede lograrse penetrar en la intrincada selva de la casuística y de las soluciones concretas. Comenzar al contrario, partiendo de ideas finales, e incluso posteriores, para llegar a concepciones primitivas, es un contrasentido". REINOSO BARBERO, F., *Los Principios Generales...*, *op.cit.*, p. 28.

¹³⁸ Esta forma de construcción de un sistema jurídico a través de casos concretos, es una novedosa propuesta del Profesor Federico Fernández de Buján, cuando establece las bases desde las que debe partirse en la elaboración del futuro Código Europeo de Obligaciones y Contratos. A su juicio, dentro de los cinco presupuestos para acometer dicha tarea, luego de aconsejar que la comisión esté integrada por juristas y no en delegados de órganos legislativos o de hombres de negocios; que sea redactado en un lenguaje lo más abierto posible; agrega como tercer presupuesto, evitar en lo posible "la enunciación de principios en exceso teóricos y de reglas generales. A este fin, su tenor literal debe ser eminentemente práctico y casuístico, resolutor de supuestos de hecho, sin enunciados dogmáticos". Concluye este punto el profesor Fernández de Buján enunciando como cuarto presupuesto, el de la flexibilidad, para hacerlo susceptible a nuevas interpretaciones según vayan apareciendo nuevas necesidades al momento de aplicar el estatuto y por último, superar la dualidad de sistemas jurídicos de *civil law* y *common law*. En FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos*, BFD, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, No. 15, 2000, pp. 109-130

¹³⁹ "Las construcciones de los jurisconsultos romanos, han sabido impactar la historia jurídica Europea al construir con su técnica jurisprudencial y casuística, un derecho que ha permanecido vigente a través de los siglos, convirtiéndose en el puente de unión entre diversos pueblos que se identifican al estar permeados por una misma cultura jurídica. Para conocer más sobre la trascendencia del Derecho romano, véase el ensayo de MOHINO MARIQUE, A; *Breves reflexiones acerca del ensayo de Peter Stein: Roman Law In European History*, en BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, No. 17, 2001, pp. 89-106.

Il non avere generalizzato, e, quando fase questo, il non aver concepito la formula come assoluta, l'averla disobbedita, violata, l'essersi attenuta al fatto, al concepto, cioè al vaio, al mutevole, fu questo che salvo la ciencia del periculo della tendesiosità, dell'assoluto e le permite di lasciare libero campo a tutte le correnti d'opinione e a tutti gli avvenimenti che hanno influenza sulla modificaciones del dirritto.¹⁴⁰

En otras palabras, una afirmación general puede contribuir al progreso del Derecho, pero el hábito de generalizar puede resultar contrario al mismo, porque los conceptos genéricos y abstractos fácilmente conducen a doctrinas absolutas que entran en polémica con el planteamiento de nuevas teorías. Así, la ciencia jurídica entraría en una dinámica cerrada y alejada de una realidad que, al desenvolverse rápida e imprevisiblemente por fuera de las discusiones de la disciplina, termina alejada de las teorías jurídicas.

Con esto en mente, es importante insistir que, si bien los juristas romanos no especificaron las instituciones jurídicas según los esquemas definatorios manejados por los juristas modernos y los códigos civiles contemporáneos, esto no quiere decir que eviten

¹⁴⁰ PEROZZI, *Di alcune censure ai giurisconsulti romani*, en *Scritti Giuridici*, III, Milán, 1948, pp. 582 y 583, cit. por REINOSO BARBERO, F., *Los Principios Generales...op.cit.*, p. 21.

siempre el definir o que en muchos casos no busquen hacerlo como una manera de concretar y simplificar un concepto¹⁴¹. En efecto, para ellos, la definición no es más que ofrecer una descripción breve y circunscrita a algún aspecto importante de la institución o figura jurídica, no deseando más que aquella *brevis et circunscrita quaedam explicatio*¹⁴². Por esta razón, en aquello que aparentemente corresponde a una simple distinción, para los juristas romanos puede constituir una verdadera definición¹⁴³.

3. LA CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA *LOCATIO REI* COMO FORMA DE DEFINIRLA

Dentro de este marco de discusiones acerca de las definiciones jurídicas de la Antigua Roma, es interesante señalar que, en nuestro propósito de distinguir el arrendamiento de otras figuras contractuales que le son cercanas, se pone en evidencia, directa o indirectamente, los elementos característicos de este tipo de contrato. Significa, en otras palabras, individualizar la tipicidad de la *locatio conductio* dentro del sistema contractual romano.

¹⁴¹ Según, REINOSO BARBERO, F. *Los Principios Generales...*, *op.cit.*, p. 37, nt. 43. WENGER, conceptúa así las *regulae* y *definitiones*: "wichtige Rechtssätze in Knapper, zur Einprägung geeigneter Fassung un die Systematischer Anordnung", en WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, A. Holzhausen, Viena, 1953, p. 494; muy importante es el estudio de CARCATERRA, A., *Le definizioni dei giuristi romani*, Jovene, Napoli, 1966, p. 99

¹⁴² CICERÓN, Top. 30. El mismo carácter de enunciación breve en Quintiliano: *Finitio...rei propositae propria et dilucida et breviter comprehensa verbis enunciatio*, Inst. Orat. VII, 3.2. NÖRR, D., *Divisio und Partitio*, J Schweitzer Verlag, Berlin, 1972, p. 51, n. 202, destaca la definición de *lex*, aparecida en D.1.3.1.: *lex est commune praeceptum virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio comunis rei publicae sponsio*. Cfr. REINOSO BARBERO, F., *Los Principio Generales...*, *op.cit.*, pp. 37-38, nt. 44.

¹⁴³ MARTÍN I, R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 9 s, cit. por FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, pp. 184 y 185.

Cierto es que, de las expresiones formuladas en la Institutas de Gayo, no se puede evidenciar una definición como la del artículo 1.543 del Código Civil español o el artículo 1973 del Código Civil colombiano¹⁴⁴. Sin embargo, es a partir de los mismos pasajes de Gayo que podemos encontrar una refutación a la teoría según la cual, debido al manejo que el autor da a la *locatio conductio*, se deduce que los juristas romanos no han dado una definición a este contrato. De esta forma, se pueden hallar diversos ejemplos sobre la forma como se llevó a cabo la labor de tipificación del contrato de arrendamiento frente a otras figuras jurídicas.

Más concretamente, veamos como en Gayo 3, 142¹⁴⁵ se deduce como uno de los elementos esenciales del arrendamiento es el que se pacte a un precio cierto, o que en Gayo 3, 144¹⁴⁶ se discute si la *merces* pactada en el contrato de arrendamiento debe ser o no en dinero. Igualmente, hallamos en G.3.145¹⁴⁷ la distinción entre el contrato de compraventa y el arrendamiento respecto de la prestación, pues

¹⁴⁴ El Art. 1.543 del C.C. español: "En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto". Mientras que el Art. 1973 del C.C. colombiano lo define como: "El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado".

¹⁴⁵ G. 3. 142. *Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non uidetur locatio et conductio contrahi.* (El arrendamiento se rige por las mismas reglas : si no se fija un precio cierto, no existe contrato.)

¹⁴⁶ G. 3.144. *Item si rem tibi utendam dederim et inuicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.* (Así mismo, se discute si hay arrendamiento cuando te presto una cosa para que la uses, y tu me prestas otra para que la use yo.)

¹⁴⁷ G. 3.145. *"Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit. Quod euenit in praediis municipium, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.* (Y es tanto el parentesco entre la compraventa y el arrendamiento, que a veces se suele preguntar qué contrato hay de los dos, por ejemplo, cuando se arrienda a perpetuidad. Esto se hace en los predios de los municipios que se arriendan a manera que mientras se pague la renta no se puede quitar el predio ni al mismo arrendatario ni a su heredero. Pero en este caso prevalece la opinión de que hay arrendamiento.)

mientras en la compraventa se entrega el *uti frui licere* de manera definitiva a través de la *traditio*, en el arrendamiento el *uti frui licere* es temporal y jamás se establecerá una relación directa del *conductor* sobre la cosa, sino una relación de índole personal entre el arrendador y el arrendatario.

En los pasajes de Gayo se puede, entonces, rastrear una técnica de definición de la jurisprudencia romana, la cual corresponde a los valores semánticos que los juristas utilizaban al momento de precisar los conceptos jurídicos puestos a su consideración. Por consiguiente, la obra del jurista nos es útil para una mejor comprensión sobre lo que para los romanos era la labor de tipificación de una figura jurídica.

Como lo evidencia el trabajo de ALBANESE¹⁴⁸, existen muchos pasajes en cuyos términos se puede hallar una definición y, por esto, el estudio de los textos no puede limitarse al análisis literal de las palabras, sino a entender que dichas expresiones contienen el valor material y el ideal jurídico de determinar los límites de "algo", de un concepto o figura jurídica. Esto permite concluir que las técnicas definitorias utilizadas por los romanos son totalmente diferentes a las nuestras y que es posible encontrar otras maneras de definir la "*locazione*", que para los juristas romanos tenían, incluso, un contenido dogmático.

¹⁴⁸ ALBANESE, B., *Definitio periculosa: Un singolare caso di duplex interpretatio*, en Studi Scaduto, 3, Padova, 1970, pp. 229-376 (= *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, pp. 703 a 778), cit. por FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 185.

Ahora bien, si realmente este procedimiento de definir fuera típico de los juristas romanos, a quienes, como veíamos al inicio de este capítulo, no les gustaba elaborar teorías generales y abstractas, se podría pensar que nos encontramos frente a una técnica definitoria muy antigua y que se remonta a la ciencia sacerdotal, la cual se encuentra mas allá del derecho augural y correspondería a la técnica propia de los pontífices. Éstos, a su vez, la adoptaron de esquemas lógicos griegos, los cuales eran usados por los juristas romanos para los fines de la *explicatio verborum* y la construcción sistemática con la finalidad de dirimir problemas prácticos de calificación dogmática¹⁴⁹.

Habría que decir también, en relación al propósito de definir el contrato de arrendamiento por medio de sus características esenciales, que no se evidencian rastros de esta labor en los textos de los juristas tardo-republicanos, pero con Labeón (D.181.80.3) empiezan a manifestarse indicios de ella, cuando este se ocupa de las discrepancias entre Sabinianos y Proculianos¹⁵⁰. La discusión entre estas dos escuelas tiene por finalidad el poder determinar los límites

¹⁴⁹ FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 187.

¹⁵⁰ En este punto y respecto de la famosa afirmación de Iav. 11 epist. D.50.17.202, por la cual *omnis definitio in iure civil periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit*, encontramos diferentes interpretaciones sobre dicha afirmación. Anota ALBANESE, en su obra *Definitio periculosa...*, *op.cit.*, p. 769, "que el fragmento se encontraba en la obra del jurista dentro de un debate dedicado a la distinción entre la *locatio* y la *emptio*". Siguiendo a Fiori, la interpretación de este pasaje por ALBANESE tal vez pueda dar cabida a la hipótesis ampliada propuesta por GUARINO A., *D.50.17.202: interpretatio simplex*, en *Labeo*, 14, 1968, pp. 65 ss, pero no parece ser compatible con la interpretación de BEHRENS, D., *Begriff und Definition in den Quellen*, en *ZSS*, vol. 74, 1957, p. 362, quien piensa sobre un origen postclásico del texto; y de REINOSO BARBERO, F., *Definitio periculosa, ¿Javoleno o Labeon?*, en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, no. 29, 1987, pp. 285 ss., según el cual Javoleno estaría repitiendo un pensamiento de Labeone. Este último fundamenta su interpretación en el hecho de que nunca en los fragmentos que han subsistido de Javoleno se ha encontrado "una definición en sentido técnico", o sea, un interpretación sustancial como las interpretaciones de la doctrina moderna, de lo que se deduce que "Javoleno no conoció el recurso técnico de esta figura jurídica, por lo que difícilmente podía pronunciarse sobre él", donde en vez, Labeone sería "sin duda conocedor del recurso jurídico de la definitio". Para complementar la discusión sobre el tema, véase en FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 188, nt. 19.

de *la locatio conductio* en el interior del sistema contractual romano respecto de los demás contratos típicos de entonces, especialmente la compraventa.

Esta tarea de diseñar lentamente, a través del *ius controversum*, el concepto de la "*locazione*", y que autores como FIORI denominan "definición perimetral", es un estudio muy importante porque a través de él se podrían revelar los criterios utilizados por los juristas romanos para definir este tipo contractual, pero igualmente porque permite reconstruir los rasgos esenciales que distinguen al contrato de arrendamiento.

Hasta aquí hemos abordado la manera como los juristas romanos definían la figura de la *locatio conductio*, que consistía en determinar sus características esenciales; más adelante exploraremos con más profundidad cuáles son esas características para así dar forma a la definición elaborada por los juristas de la época. Por el momento, para proseguir con el tema, a continuación se analizará con detalle aquellos textos que contribuyen a tipificar la *locatio conductio*.

4. LA *LOCATIO CONDUCTIO* Y SU TIPIFICACIÓN EN EL *IUS CIVILE*

Se hace necesario recordar que los contratos consensuales no eran conocidos en la época primitiva, durante la cual predominaba, por el contrario, la formalidad ceremonial u oral que se hace patente en negocios como el *nexum* y la *sponsio*. De igual manera, tampoco se celebraban en el tiempo de las acciones de la ley, cuya vigencia se remonta a los orígenes del proceso arcaico, anterior a las XII Tablas, y se utiliza hasta la mitad del siglo II a.C.¹⁵¹

Todavía se discutía si, en el Derecho clásico, los pactos y las convenciones, entendidos como meros acuerdos de voluntades, generaban o no obligaciones¹⁵². Para que un convenio o acto jurídico revistiera la categoría de contrato se hacía necesario que pudiera ser encuadrado dentro de un esquema de tipicidad negocial, es decir, que estuviera contemplado por la jurisprudencia y por las demás fuentes de Derecho como contrato, reconocimiento fundado en el uso que socialmente se estuviera haciendo de la respectiva figura.

Así es como, a principios del siglo III, se presenta el intento de Ulpiano por coordinar la nomenclatura de *conventio*, *pactum* o *pactio* y *contractum*, en el célebre texto que se conserva en D.2.14.1.7

¹⁵¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Fundamentos clásicos de la Democracia...*, op. cit., p. 276.

¹⁵² D.2.14.7.4 "... *Nuda pactio obligationem non parit*". Véase SUPRA, nt. 19

(Ulp., 4 ed.)¹⁵³. Pero su punto de partida tampoco fue *actus ni negotium*, sino *conventio*, que aquel considera "una palabra general" (*verbum generale*). Por otro lado, el alcance limitado de los términos escogidos en el texto, esto es, *contractus* y *conventio*, se explica porque Gayo y Ulpiano intentaban tan solo organizar el aspecto de la negociabilidad obligacional de estructura bilateral que, aunque no cubría todas las formas de negocios jurídicos, contribuían a su sistematización¹⁵⁴.

Para el caso de los contratos consensuales hemos visto que la labor del pretor, tanto del peregrino como del urbano, aunada al poder otorgado por la *lex Aebutia*, fue decisiva para la evolución del Derecho romano, pues con ella se conforma un sistema jurídico paralelo al *Ius civile*, el *Ius honorarium*, donde se reconocen nuevos Derechos subjetivos, mediante la concesión de nuevas acciones para investirlos de coercibilidad¹⁵⁵. Al respecto, nos dice GARCÍA GARRIDO:

¹⁵³ D.2.14.1.7. *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.* (Algunas convenciones de Derecho de gentes producen acciones; otras excepciones.)

¹⁵⁴ GUZMÁN BRITO, A., *Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato*, Parte IV, *Los orígenes históricos de la noción general del acto o negocio jurídico*, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 26, Valparaíso, 2004.

¹⁵⁵ Para TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 594, estas tres funciones del Derecho pretorio deben ser entendidas en los siguientes términos: *adiuvare*, en el sentido de integrar la normativa pretoria a la civil en aspectos que le faltan; *supplere*, cuando el pretor interviene para proteger situaciones no tuteladas por el *Ius civile*; *corrígere*, cuando el magistrado interviene para impedir la aplicación de una norma del Derecho civil considerada no justa para un supuesto concreto, como sucede con la inserción, en la fórmula, de una *exceptio*. En opinión de Ana Rosa Martín, "Las tres facultades que el jurista atribuye al pretor no le suponen aquella de modificar sustancialmente el *Ius civile*, ya que la *Iurisdictio* del magistrado contaba con el límite de no poder derogar el Derecho civil." MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Acciones Ficticias...*, *op.cit.*, pp. 12-13.

Las nuevas formas y tendencias, imperantes en la jurisdicción peregrina, fueron acogidas por la urbana y precipitaron la evolución hacia nuevas formas procesales. Los ciudadanos se veían atraídos por el nuevo procedimiento, más simple y menos arriesgado, y el mismo Pretor urbano tendía a imitar a su colega peregrino, mediante la práctica de los *arbitria honoraria*. El Pretor consideraba efectuados los ritos procesales y daba una mayor relevancia a la práctica de fijar por escrito los términos en que quedaba planteado el litigio.¹⁵⁶

En relación a su reconocimiento jurisprudencial, lo cierto es que Gayo enumera la *locatio conductio* dentro de la categoría de los contratos consensuales y su tipicidad se manifiesta en el sinalagma *merces-uti frui*¹⁵⁷, común a las tres modalidades de arrendamiento. Aún si se acogiese la noción Labeoniana¹⁵⁸ de *contractus*, según la cual solo

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Fundamentos clásicos de la Democracia...*, *op. cit.*, p. 284. Para profundizar en la labor del pretor, véase en MARTÍN MIGUIJÓN, A.R., *Actiones praetoriae sunt quas praetores gratia propter utilitatem publicam introduxerunt*, *Revista General del Derecho romano*, Iustel, España No. 4, 2005.

¹⁵⁷ FIORI trata el tema de la tipicidad negocial, en el sentido de señalar que los romanos consideraron el contrato como un instrumento para la creación de obligaciones; empero, analizaban en primer término la obligación, para luego buscar su tipificación dentro de los diversos modelos contractuales. La tipicidad de la *locatio conductio* se manifiesta en el sinalagma *merces-uti frui*, que se encuentra presente en las tres modalidades de arrendamiento. FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, pp. 10 ss.

¹⁵⁸ D.50.16.19: "...Contrato significa obligación de una y otra parte, lo que los griegos llaman *synallagma*, como la compra, venta, locación, conducción, sociedad." (*contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem*). Acogemos aquí la noción de Labeón de la palabra *contractus*, expresada como *ultro citroque obligatio* y según la cual en época clásica solo habrían sido considerados contratos aquellos negocios en los que ambas partes se encuentran obligadas, la una respecto de la otra; esto es, negocios bilaterales. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 104. Sobre este particular, Biscardi pone en duda la

constituirían contratos aquellas convenciones que se enderezan a constituir una relación sinalagmática entre las partes, la *locatio conductio* seguiría siendo considerada como tal, por cuanto desde el momento mismo de su celebración surgen obligaciones para el *locator* y el *conductor*.

En cuanto a su configuración doctrinal, se puede establecer esta labor con base en el contenido de los textos que tratan los supuestos fácticos de la *locatio conductio*. En la recopilación del Derecho pretorio que realiza Salvio Juliano en su obra compilatoria los Edicta Perpetua, encomendada por el Emperador Adriano en el Siglo II d.C., el arrendamiento figura como un contrato de buena fe, después de la fiducia y el depósito. Sin embargo, no aparece mencionado en la sistematización que realiza Sabino en su obra *Ius civile*, que es un compendio de todo el Derecho civil vigente en su tiempo, pese a que esta se basó, en gran parte, en la obra homónima del jurisconsulto republicano Quinto Mucio Scaevola, donde sí se encuentra relacionado el arrendamiento.

Se considera, por algunos autores, que esta omisión es debida a la semejanza y no muy clara diferenciación que existía en tiempos de Sabino entre el arrendamiento y la compraventa¹⁵⁹. Debido a estas evidencias, una amplia mayoría de los doctrinantes están de acuerdo

concepción según la cual en época clásica el término *contractus* estaría referido solamente a contratos bilaterales, poniendo de presente que en las Institutas de Gayo se mencionan como *contractus*, tres actos unilaterales: La *dotis dictio* (Gayo 3. 95a), el *iusurandum liberti* (Gayo 3. 96) y el *nomem transcripticium* (Gayo 3. 128-130). BISCARDI, A., *Temas de Derecho romano. Génesis y desarrollo del sistema contractual romano*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987, pp. 37-55.

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, *op.cit.*, p. 290.

en señalar que hacia la primera mitad del siglo I a.C. se habría ya configurado la *locatio conductio* como un contrato originado en el *ius gentium*, siendo éste el origen común del que participarían todos los demás contratos consensuales comenzando por la compraventa¹⁶⁰.

En cuanto a los vocablos del arrendamiento, estos se hacían derivar de dos verbos que a su vez expresaban dos acciones complementarias y recíprocas entre sí. Por un lado está el término *locatio*, que proviene del verbo *locare* y que significa colocar, mientras que, por otro, está la palabra *conductio*, del verbo *conducere* que, por su parte, proviene de la voz *secum ducere* y que indica llevar consigo.

De estas dos actividades emanan, además dos acciones para reclamar en caso de incumplimiento de las obligaciones cumplidas. Una de ellas es la *actio locati*, que hallamos mencionada en D.19.2.5: "*Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittan, ex locato et conducto agendum erit*". La segunda es la *actio conducti*, que podemos observar en D.19.2.15pr.: "*Ex conducto actio conductori datur*". Ambas acciones se hacían valer a través de un juicio de buena fe, donde el juez juzgaba no sólo respecto de lo estrictamente

¹⁶⁰ Con referencia al contrato de mandato, F. Fernández de Buján, explica su tardía aparición debido a que, "antes de conformarse el contrato de mandato, existieron en Roma diferentes instituciones jurídicas, provenientes unas del campo del Derecho de familia, otras del Derecho sucesorio y otras, en fin, del propio ámbito del Derecho de las obligaciones, que se constituyeron como precedentes que pudieron haber influido, a través de la idea de la representación, en la configuración posterior del mandato." Fernández de Buján, F. *Notas acerca del origen del contrato de mandato y su relación con la procuraduría en Derecho romano*, BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, No 8-9, 1995, págs. 417-440.

pactado por las partes, sino conforme a todas aquellas obligaciones que se deriven del contrato conforme al principio de la buena fe¹⁶¹.

5. EL ORIGEN COMÚN DE LA COMPRAVENTA CON LA *LOCATIO CONDUCTIO* Y EL EJERCICIO DIALECTICO PARA LA INTERPRETACIÓN LAS DOS FIGURAS JURÍDICAS

Retornando a la idea del origen común del arrendamiento y la compraventa, se tiene entonces que las características de ambos contratos son similares en cuanto que, además de ser contratos que se perfeccionan solo *consensu*, son contratos "sinalagmáticos perfectos", pues la reciprocidad en las prestaciones es necesaria desde el momento mismo de perfeccionarse el negocio jurídico. Asimismo, ambos tienen la característica de ser "onerosos", ya que, tanto la prestación de transferir el dominio del bien como la concesión el uso y disfrute de una cosa, tienen siempre como contraprestación un precio.

Por esta razón, no es de extrañar que la tarea de distinguir entre uno y otro contrato fuese el foco de debates y controversias entre los jurisconsultos que, aunque mirados la luz de la teoría jurídica moderna resultan sorprendentes, al observarlos en los textos

¹⁶¹ Al respecto, dice García Garrido: "Del arrendamiento nacen dos acciones *in ius* y de buena fe: - La acción de locación (*actio locati*) a favor del arrendador (*locator*) para exigir la restitución de la cosa y otras obligaciones del arrendamiento (*conductor*).- La acción de conducción (*actio conducti*) a favor del arrendatario para exigir las obligaciones del arrendador. GARCÍA GARRIDO, M.J., Derecho Privado Romano..., op. cit., pp. 315-316.

romanos nos representan el modo de actuar de los juristas romanos al perfilar y definir las distintas figuras jurídicas. Con el fin de comprender mejor esto último, analizaremos dichos textos a continuación. Luego se dará paso a las discusiones generadas alrededor de la caracterización de las figuras de la compraventa y el arrendamiento, fundadas en casos específicos de la vida comercial romana que conllevaron la intervención de los juristas romanos para precisar sus modalidades y alcances.

5.1. La semejanza entre los dos contratos en Gayo

La asimilación de los dos contratos se puede observar, primero, en un texto tomado del libro II de las Cosas cotidianas atribuido a Gayo y recogido en D.19.2.2pr:

*Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistit. Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit*¹⁶².

En el texto se resalta que el arrendamiento y la compraventa se rigen por las mismas reglas jurídicas, puesto que tienen un mismo origen en el *ius gentium*. Como contratos consensuales que son, se

¹⁶² D.19.2.2pr.- La locación y conducción es semejante a la compra y venta y se apoya en las mismas reglas de derecho. Porque así como la compra y venta se celebra, si se hubiere convenido sobre el precio, así también se entiende que se celebra locación y conducción, si se hubiere convenido sobre el alquiler.

perfeccionan cuando las partes han convenido el precio en la compraventa y la *merces* en el arrendamiento.

Dentro del mismo fragmento, no obstante, se expone la dificultad que podría presentarse para diferenciar entre las dos formas contractuales. De esta manera, en el hipotético caso en que se llegara a convenir con un joyero que hiciera con su propio oro unos anillos de determinada forma y peso, las partes estarían ante un contrato de compraventa; pero si el oro lo llegara a poner quien encomendara la tarea de fabricar los anillos, la figura contractual sería un arrendamiento:

D.19.2.2.1: Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio, ut ecce, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emtionem et venditionem esse. Quodsi

*ego aurum dedero mercede pro opera constituta,
dubium non est, quin locatio et conductio sit.*¹⁶³

En las Instituciones de Gayo 3.147, fuente del anterior, se encuentra el mismo debate sobre la similitud entre los dos contratos con un pasaje del Digesto más completo en detalles, puesto que adiciona una opinión de Casio que considera que existe compraventa respecto de la materia y arriendo respecto de la actividad o trabajo para realizar los anillos. El texto dice así:

*G.3.147.- Item quaeritur, si cum aurifice mihi
conuenerit, ut is ex auro suo certi ponderis
certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet
uerbi gratia denarios CC, utrum emptio et
uenditio an locatio et conductio contrahatur.
Cassius ait materiae quidem emptionem
uenditionemque contrahi, operarum autem
locationem et conductionem; sed plerisque
placuit emptionem et uenditionem contrahi,
atquasi meum aurum ei dedero mercede pro*

¹⁶³ D.19.2.2.1.- Mas de tal modo parece que tienen alguna semejanza la compra y venta, y la locación y conducción, que en algunos casos suele preguntarse si es compra y venta, o locación y conducción, como, por ejemplo, si yo hubiere convenido con un orifice que con oro suyo me hiciera anillos de cierto peso y de cierta forma, y que él recibiere, por ejemplo, trescientos, ¿será acaso compra y venta, o locación y conducción? Pero parece bien, que es un solo negocio, y que mas bien es compra y venta. Pero si yo le hubiere dado el oro habiéndose convenido retribución por su trabajo, no hay duda que será locación y conducción.

*opera constituta, conuenit locationem
conductionem contrahi*¹⁶⁴.

Otro texto, también de las Instituciones de Gayo, reitera que en algunas ocasiones la semejanza puede conllevar a confusión entre los dos contratos, tal como sucedería si se arriendara un fundo a perpetuidad, aunque la opinión que prevalece en este caso es que se trata de un arrendamiento. Así lo vemos en Gayo, 3. 145 :

*Adeo autem emptio et uenditio et locatio et
conduction familiaritatem aliquaminter se habere
uidentur, ut in quibusdan causis quaeri soleat,
utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio
et conductio, ueluti si qua res in perpetuum
locata sit. Quod euenit in praediis municipum,
quae ea lege locantur, ut, quamdiu uectigal
praestetur, neque ipsi conductori neque heredi
eius praedium auferatur; sed magis placuit
locationem conductionemque esse.*

¹⁶⁴ 3.147.- También se discute si hay compraventa o arrendamiento cuando convengo con un orifice que me haga con oro suyo unos anillos de cierto peso y cierta forma, y recibe por ello, por ejemplo, doscientos denarios. Casio dice que hay compraventa de la materia y arrendamiento del trabajo; según la opinión más general, hay una compraventa; pero si le doy una cantidad de oro, además del precio del trabajo, admite casio que hay arrendamiento.

5.2. La *locatio conductio* y la transferencia de la propiedad en Quinto Mucio

La discusión generada en este fragmento, se puede profundizar en la obra de R, FIORI sobre *La definizione della Locatio Conductio*, cuyos argumentos nos guían en esta reseña. También el autor nos advierte que aunque el fragmento de Quinto Mucio objeto de análisis trata verdaderamente sobre legados¹⁶⁵ y solo indirectamente sobre el arrendamiento, este aun así nos permite observar las posturas que sobre el caso presentan los dos juristas:

D.34.2.34pr. (Pomp.9 ad Q.Muc.): - Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifice faciundum dedisset, aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. Pomponius: hoc ex parte verum est, ex parte falsum; nam de eo, quod debetur, sine dubio, ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, quum illius factum adhuc non sit; id enim, quod suum esset,

¹⁶⁵ Según Roberto Fiori, "In realtà, l'unico frammento di Quinto Mucio in cui esplicitamente si accenna alla locazione è il noto passo del *de officiis* ciceroniano in cui si riporta un elenco dei *iudicia bonae fidei*. Cfr. Q. Muc. Fra 54 LENEL = Cic. *Off.* 3. 70.: *Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitris, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissimi idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur. In his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oportet.*" En FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, 50, nt. 153.

non quod in actione haberet, legavit. In aurifice falsum est, si aurum dederit, ita ut ex eo auro aliquid sibi faceret; nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tanem non mutavit, manet eius, qui dedit, et tantum videtur mercedem praestiturus pro opera aurifici; per quod eo perducimur, ut nihilominus uxori debeatur. Quodsi aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc quatenus dominium transit eius auri ad aurificem, quippe quasi permutationem fecisse videatur, et hoc aurum non transibit ad uxorem.

En este texto se plantea la discusión entre Quinto Mucio y Pomponio con relación al *paterfamilias* que lega¹⁶⁶ a su mujer todo su oro. La primera parte del fragmento corresponde a la posición de Quinto Mucio y la segunda a la de Pomponio. El problema consiste en determinar si está incluido, dentro del *omne aurum suum* que lega el *pater* a su mujer, el oro que, por una parte, este había dado a un orfebre para que hiciera una manufactura o que, por otra, se le debe en caso de que no haya sido devuelto por el artesano.

¹⁶⁶ Sobre el problema de la calificación jurídica del legado, si se hace como donación, cfr. BENKE, N., *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, en ZSS, vol. 104, 1987, pp. 161 ss; y METRO, A., *Locazione e acquisto della proprietà: la cd. Locatio-conductio 'irregularis'*, in *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, 7, 1995, p. 195 y nt. 19, i quali propendono entrambi per un legato *perdamnationem* (ma cfr.; per l'ipotesi di un legato per *vindicationem*, ad es., MAYER-MALY, T., *Locatio conductio...*, *op.cit.*, p. 38). En FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 51.

Para Quinto Mucio en ninguno de los dos casos el oro correspondería a la mujer, mientras que Pomponio, considerando que Quinto Mucio acierta en una parte pero se equivoca en otra, da al problema tres posibles respuestas. En la primera de ellas acepta lo dicho por Quinto Mucio al considerar que la mujer no tiene Derecho en lo que se le deba al testador (*quod debetur*). De hecho, por ejemplo, si una cierta cantidad de oro se le debe al marido *ex stipulatu*, nada debe esperar de este la *uxor*, porque el marido le ha legado aquello que era suyo (*id quod suum esset*) y no aquello que se le debía (*non quod in actione haberet*).

Como segunda respuesta, y esta vez en oposición a Quinto Mucio, Pomponio considera que el *aurum faciundum* dado por el testador al orfebre sí corresponde a la mujer, ya que el dominio del oro sigue en cabeza del *pater*, puesto que solo se despoja de su tenencia cuando esta pasa a ser detentada por el orfebre, a quien, por su parte, simplemente se le debe la *merces* por la *opera* realizada. La última posible solución propone que si el oro ha sido dado al orfebre no para que lo trabaje, sino para que el trabajo en orfebrería sea realizado *ex alio aurum* (en otro oro), en este caso la propiedad del oro pasa al orfebre, como en una especie de permuta, y el oro no pertenecería a la mujer.

a. La respuesta de Quinto Mucio

Aquí hemos de profundizar en la postura de Quinto Mucio, puesto que, pese a su claridad, especialmente comparada con la respuesta dada por Pomponio, interesa observar más de cerca la interpretación que se hace de dos partes concretas del texto. La primera es aquella que dice: "*id aurum, quod aurifice faciundum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset*". Por su parte, en la segunda se lee: "*l'aurum faciundum datum (id aurum, quod aurifice faciundum dedisset)*". Ambas citas suponen para el intérprete dos problemas a enfrentar, como se verá enseguida.

En primer lugar, se discute la relación existente entre el *pater* y el orfebre. Según AMIRANTE y METRO, el hecho de que Mucio hable de *dare*, y no de *aurum faciundum locare*, demostraría que el jurista republicano no vería en la relación un único contrato de *locazione*¹⁶⁷. Aparte de esto, existe una discrepancia entre ambos, puesto que AMIRANTE opina que Mucio habría pensado en dos negocios, uno de *locazione* (de la *operae*) y uno de mutuo (del oro)¹⁶⁸, mientras que METRO es del parecer que en la solución de Mucio se reconocería un reenvío hacia una permuta¹⁶⁹.

¹⁶⁷ AMIRANTE, L., *Ricerche...*, *op.cit.*, p. 66; METRO, A., *Locazione e acquisto...*, *op.cit.*, pp. 198 ss.

¹⁶⁸ AMIRANTE, L., *Ricerche...*, *op.cit.*, pp. 72 ss, nt. 17; cfr. In senso simili già LONGO, C., *Appunti sul deposito irregolare*, en BIDR, 18, 1906, pp. 137 ss., che Tuttavia pensava ad un concorso di *mutuum* e *locatio operis*. En FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 52.

¹⁶⁹ METRO, A., *Locazione e acquisto...*, *op.cit.*, pp. 198 ss., al respecto, considera FIORI "per la verità, non si pronuncia espressamente circa la qualificazione giuridica del rapporto in Q. Mucio, ma credo di interpretar correttamente il suo pensiero: delle tre qualificazioni del rapporto da egli ritenute possibili, ossia compravendita, locazione e permuta (ibid., 199), la prima non é

Con respecto a la interpretación en la que coinciden ambos autores, compartimos la opinión de quienes consideran que no puede tomarse como determinante que se use la palabra *dare* en lugar de *locatione* para calificar, o no, el contrato como un arrendamiento. Cabe tener en cuenta que tanto Pomponio como Gayo utilizan igualmente el verbo *dare* para expresar la entrega de oro o plata a un orfebre con el fin de que realice una determinada manufactura, y que luego califican, de manera explícita, este negocio jurídico como arrendamiento¹⁷⁰.

Se puede afirmar que, en general, el Digesto no contiene un solo ejemplo en que se diga *aurum/argentum locare* y en donde, cada vez que se proporcionan los materiales a un artífice para obtener un producto, se use el verbo *dare* en lugar de *locare*¹⁷¹. Por consiguiente, aunque el jurista haya utilizado el verbo *dare* en lugar de *locare*, esto no implica que el objeto del negocio contemple la transferencia del dominio, sino que esta expresión se utilizó para significar la simple entrega del oro al orfebre.

Por otro lado, el segundo problema que surge para el intérprete es el de identificar aquellas características que son específicas del *aurum faciendum datum*, y con las que se diferenciaría del *aurum debetum*.

applicabile alla fattispecie (perchè nel nostro caso il committente non si limita a pagare un *pretium*, ma dà dell'oro all'orefice) e la locazione è dall'a esplicitamente esclusa. Pensava ad una permuta". En igual sentido, DE SANTIS, E., *Interpretazione del fr 31 D.19.2.*, en SDHI, 12 1946, pp. 160 ss.

¹⁷⁰ Pomp. 9 ad Q. Muc. D.34.2.34pr.:... *si aurum dederit ita ut...*; e Gai 3. 147: ...*si meum aurum ei dedero...*; 2 *rer. cott.* D.19.2. 2.1: ... *si ego aurum dedero...*

¹⁷¹ En general, sobre el uso del verbo *dare* en lugar de *locare* cfr., también a KAUFMANN, H., *Die altromische Miete...*, *op.cit.*, pp. 239, ss.

Empezando por lo propuesto por BENKE¹⁷², podría entenderse que ambas expresiones se refieren a contratos de locación, cuya diferencia radica en los diversos tipos de materiales utilizados.

En este orden de ideas, la primera se refiere a objetos de oro dados por el *pater* al orfebre para cubrir el precio de los materiales que utilizará en la elaboración de la manufactura contratada, sin que el artesano esté obligado a utilizar los objetos recibidos en su labor, sino que pueda utilizar otro oro de igual valor. La segunda, en cambio, corresponde al oro en grano dado por el *pater* para que el orfebre lo utilice directamente en la elaboración de la manufactura; la expresión "*si ab aurifice eire pensum non eseeet*", indica que el oro podía pesarse nuevamente, en caso de que el objeto final tuviera un peso menor al del oro recibido.

Estamos de acuerdo con FIORI¹⁷³ en que esta interpretación no es acertada, ya que se le atribuiría a Quinto Mucio una preocupación, que no está demostrado que tuviera, con respecto a la distinción entre dos formas de funcionalidad. Una de ellas sería económica, en el sentido de atribuir al orfebre la facultad de intercambiar objetos de oro por otro oro, en tanto que la otra sería en relación a la conformación física del oro, es decir, el oro en grano, para la manufactura. Y es que parece evidente que cuando el jurista

¹⁷² BENKE, N., *Zum Eigentumserwerb...*, *op.cit.*, p. 171, cit. por FIORI, R., *La definizione della locatio...*, *op.cit.*, p. 53.

¹⁷³ FIORI, R., *La definizione della locatio...*, *op.cit.*, p. 54, comenta: "Mi sembra inesatta l'interpretazione del pensiero del Benke fornita da M. TALAMANCA, in "BIDR" 91 (1988) 914, nella parte in cui ritiene che l'a. non prenda "nemmeno in considerazione per il *pontifex* l'ulteriore alternativa che le parte avessero pattuito che l'oggetto fosse prodotto esclusivamente con l'oro messo a disposizione del *locator operis*".

republicano se refirió al *aurum faciundum datum* consideró el *aurum datum*, y no otro oro, como el objeto del *facere*.

Aun así, es interesante advertir que Quinto Mucio no parece excluir tampoco la posibilidad de intercambio del oro entregado. Cuando se refiere al *aurum faciundum dare*, es probable que haya empleado esta expresión porque quizá era la utilizada en los casos en que se daba el oro para la realización de los anillos, los cuales debían ser elaborados con el mismo oro. Sin embargo, el pensamiento del jurista no excluía en absoluto la posibilidad de que el orfebre pudiera utilizar otro oro.

Teniendo en cuenta lo dicho aquí, desde nuestra opinión consideramos que el *aurum faciundum datum* no pertenezca a la mujer, debido a que este pasó, en efecto, a ser parte del patrimonio del orfebre, por lo tanto, podía ser restituido en el *tantundem*. De este modo el orfebre puede usar el mismo oro u otro sin que esto constituya un problema, al menos desde la perspectiva de Quinto Mucio.

Siguiendo la argumentación de FIORI sobre la segunda cuestión que inquietaría al intérprete, hay una crítica adicional a lo anotado por BENKE, esta vez en relación a lo que él distingue como una segunda categoría de oro diferente, correspondiente al *aurum debetur (aut*

quod ei debetur)¹⁷⁴. Encontramos, así, que dicha categorización no puede ser aceptada porque si *aurum faciundum* se refiere al dado para ser transformado, el *aurum debetur* no puede ser el oro en grano, ya que las dos figuras terminarían siendo lo mismo.

Como propuestas alternativas a la de BENKE, es posible referirnos a otros autores que, incluso, consideran que la cuestión corresponde a un vínculo contractual diferente al que venimos analizando entre *pater* y orfebre. Para TALAMANCA, el *aurum debetur* correspondería al oro debido en virtud de otra relación obligacional distinta a la *locatio operis (aurum facendum datum)*¹⁷⁵. Por su parte, METRO considera que el *aurum quo ei debetur* corresponde al oro debido al testador, no por el orfebre, sino por cualquier otra persona¹⁷⁶.

Sin embargo estas interpretaciones tampoco pueden ser de recibo, ya que generarían una contradicción con relación a la otra parte del párrafo, "*si ab aurifice eire pensum non esset*", porque esta frase está haciendo referencia al mismo *aurum* al cual se refieren las dos proposiciones analizadas. Cabe observar, por cierto, que respecto al *aurum faciundum datum*, el valor de la última palabra se relaciona con el oro dado para la realización de la manufactura, el cual es

¹⁷⁴ En este punto, FIORI, R., *La definizione della locatio...*, *op.cit.*, p. 55, nt. 169, resalta la hipótesis de interpolación para lo cual sugiere: "cfr. E. LEVY- E. RABEL [cur.], *Index interpolationum*, ii, Weimar 1931, 293, cui addeper tutti MAYER-MALY, T., *Locatio Conductio...*, *op.cit.*, pp. 38 ss. Anche l'AMIRANTE, *Richerche*, cit., 66 e nt. 2: come ha esattamente rilevato il METRO, *locazione conductio irregularis*, cit, 196, l'espunzione comporterebbe l'eliminazione di tutta la parte del frammento contenente la nota di Pomponio, che riprende il discorso proprio dal 'quod debetur' ".

¹⁷⁵ TALAMANCA, M., *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, en BIDR, 91, 1988, p. 914, cit. por FIORI, R., *La definizione della locatio...*, *op.cit.*, p. 55.

¹⁷⁶ METRO, A., *Locazione e acquisto...*, *op.cit.*, pp. 197, cit. por FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 55.

pesado al momento de la dación y vuelto a pesar (*repensum*) cuando la labor ha terminado para verificar que haya correspondencia entre la cantidad de oro dado y aquella de oro utilizado.

Por lo tanto, el *aurum debitum* corresponde a la misma relación entre el *pater* y el orfebre, contrariamente a lo propuesto por METRO¹⁷⁷. En el caso imaginado por Mucio, el débito se deriva de una dación precedente (la que provocó la primera *pensio*), lo que implica que el jurista no vio en el *aurum debitum* ningún motivo para que el testador pudiera tener Derecho a un *dare oportere* relacionada con un oro diferente al involucrado en la relación existente entre el *pater* y el orfebre, como sostiene TALAMANCA¹⁷⁸. Acá se podría pensar mejor que se trata del oro entregado para la elaboración de un objeto, ya terminado y posiblemente restituido, que debe ser retransferido del orfebre al *pater* en virtud de una relación de compra.

Después de este análisis, creemos que la conclusión a la cual llega FIORI es la apropiada. Por una lado, resuelve que el *aurum faciendum datum* corresponde al oro entregado por el *pater* al orfebre, en virtud de una relación de locación y a fin de que se realice determinada manufactura, aunque no necesariamente con el mismo

¹⁷⁷ METRO, A., *ibid.*, pp. 196, cit. por FIORI, R., *ibid.*, *op.cit.*, p. 56.

¹⁷⁸ Para FIORI, *ibid.* p. 56, nt. 175: "Né è possibile asserire, con il METRO, *locatio conductio irregularis*, cit., 196 s., che in tal caso l'ultima frase non avrebbe senso -e dunque dovrebbe essere considerata come una glossa, forse influenzata dalla problematica discussa nella seconda parte del testo-, in quanto non vi è esatta corrispondenza fra la possibilità di una restituzione da parte dell'orefice di un equivalente in oro i tutti i casi che invece potrebbero essere ricomprese nell'espressione '*aurum faciendum*' (dalla consegna di oggetti d'oro per una riparazione a quella di oro da fondere per la lavorazione di monili). Come ha dimostrato il BENKE, *Locatio conductio irregularis*, cit., 172 nt. 44, nell'espressione *aurum faciendum* non possono esse ricomprese 'bloBe Reparaturenarbeiten'".

oro. Igualmente, concluye que en dicha operación el oro pasa a dominio del orfebre a través de una *pensio* y que, además, por no haberse elaborado todavía el objeto contratado, no se ha efectuado aún la correspondiente restitución (*repensio*).

En cambio, según esta interpretación que compartimos, el *aurum quod ei debetur* hace referencia al oro dado por el *pater* al orfebre en virtud de una relación de locación, en la cual el *facere* del artesano ya fue realizado y la manufactura entregada, siendo esta la circunstancia que diferencia al *aurum debitum* del *aurum faciundum*. Esto no quiere decir, sin embargo, que la relación obligacional haya terminado, ya que faltaría por cumplir con la restitución del oro sobrante, el cual será determinado por la *repensio*.

En ambos casos hubo una transferencia del oro que no fue restituido al patrimonio del *pater*, sino que se mantiene en el del orfebre, por lo que cabría suponer que, de acuerdo a este razonamiento, para Quinto Mucio es posible que al interior de una locación se realice una transferencia de dominio¹⁷⁹. Esto no significa que, para el jurista republicano, en todo tipo de locación, como el arriendo de un fundo para cultivar o de una *insula* para habitar, se deba transferir la propiedad de la *res* del *locator* al *conductor*, sino que la transferencia de la propiedad no es un impedimento para que se pueda considerar una situación dentro del contexto de la *locatio conductio*.

¹⁷⁹ FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 56.

b. El comentario de Pomponio

Recordemos como el comentario de Pomponio se divide, para su estudio, en tres hipótesis diferentes: la primera se refiere al *aurum quod debetur*, mientras que la segunda y la tercera al *aurum faciundum datum*. Asimismo, en su discurso se subdivide una de las hipótesis planteadas por Quinto Mucio en dos situaciones diferentes, aquella del oro dado a fin de que sea elaborada una manufactura, "*si aurum dederit, ita ut ex eo auro aliquid sibi faceret*", y aquella del oro dado a fin de que el producto del trabajo del orfebre sea elaborado con oro diferente del entregado, "*ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio*".

Comenzando por las dos respuestas más claras de Pomponio, en la primera parte del texto, afirma que Q. Mucio tiene la razón, ya que el oro debido al marido, por ejemplo, en virtud de estipulación, no entra dentro del *suum* y, por lo tanto, no le corresponde a su esposa. Similarmente, con relación al caso en que el oro sea dado para que con él se elabore una manufactura, Pomponio se expresa con igual rotundidad, aunque en sentido contrario, pues en este punto discrepa con Mucio y considera que el oro es debido a la mujer, porque su dominio no pasó al orfebre sino que sigue siendo del comitente, el cual tendrá únicamente que pagar una *merces pro opera*¹⁸⁰.

¹⁸⁰ "Per il DI MARZO, *Pomponio 'ad Quintum Mucium'*, cit., 75, seguido de F.E. VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in "St. Senesi" 26 (1909) 63 s., e da F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in "BIDR" 49-50 (1947), 104, i periodi

En cambio, la dificultad principal radica en el ejemplo de la *stipulatio*, pues Pomponio no parece contradecir a Quinto Mucio, pero tampoco comparte su posición de forma evidente. Aquí, el jurista republicano mantuvo el *aurum debitum* en el interior de una relación de locación: el *aurum quid ei debetur* correspondía al oro dado para la elaboración de un objeto ya acabado, y eventualmente ya entregado, debiendo ser retransferido por el orfebre al *pater*; a saber, a juicio de Mucio, los materiales pasan a la propiedad del *conductor*, perteneciéndole al *locator* únicamente un Derecho de crédito sobre ellos. Pomponio, por el contrario, siente la necesidad de hacer referencia a una relación diferente al arrendamiento, y habla de la *stipulatio*.

El disenso entre los dos juristas ha sido muy estudiado, teniendo varias interpretaciones como resultado. Por una parte, según BENKE, la diversidad de soluciones deriva de una diferente representación de las características físicas del oro: Quinto Mucio habría pensado en el oro individualizado en la cantidad, mientras Pomponio habría tenido en mente un objeto de oro individualizado o una cantidad de oro separada y reconocible¹⁸¹.

Por otra, para METRO, la divergencia estaría determinada por una diferente calificación jurídica del negocio. De acuerdo con Quinto Mucio el *aurum faciendum datum* no correspondería a una locación,

dominium tamen non mutavit ed et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici, sarebbero spurii; ma mi sembra che, invece, essi si inseriscano bene nella logica del passo". En FIORI, R., La definizione della..., op.cit., p. 59, nt. 182.

¹⁸¹ BENKE, N., *Zum Eigentumserwerb...*, op.cit., pp. 170 ss, cit. por FIORI, R., *La definizione della locatio...*, op.cit., p. 55.

en tanto que este sería, nada menos, que el contrato pensado por Pomponio. Como consecuencia, Quinto Mucio puede admitir la transferencia del dominio de los materiales, mientras que Pomponio la niega¹⁸².

Ahora bien, desde la perspectiva de FIORI, ninguna de las soluciones planteadas puede ser acogida. La primera, porque introduce en el pasaje un elemento que, ciertamente, está completamente ausente del texto, y que es aquel relacionado con la naturaleza diversa del oro. La segunda es, a su vez, rechazada porque, de acuerdo a este autor, para Quinto Mucio la relación jurídica entre el orfebre y el *pater* si correspondía a una *locatio conductio*. Según FIORI:

Non mi sembra accettabile neanche la proposta de C. LONGO¹⁸³, secondo il quale la difformità di vedute tra i due giuristi sarebbe determinata da un 'diverso modo di concepire la qualità giuridica dell'oro', fungibile per Mucio e infungibile per Pomponio, di cui il 'disparere nel determinare la struttura del rapporto' Sarebbe solo una 'conseguenza'. Al contrario –sempre per questo– la prospettiva della diversa struttura del negozio,

¹⁸² METRO, A., *Locazione e acquisto...*, *op.cit.*, p. 198. "AMIRANTE, L., *Ricerche...*, *op.cit.*, p. 65 s., non discute il commento di Pomponio, ma è evidente che anche per lui il contrasto tra i due giuristi dovrebbe essere imputato alla differente qualificazione giuridica dal rapporto: per Mucio, l'oro non viene trasferito a titolo di locazione, e dunque la proprietà non si trasferisce". En FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 59, nt. 184.

¹⁸³ LONGO, C., *Appunti sul deposito irregolare*, *op.cit.*, pp. 145 s., ma cfr. anche, 153 ss., l'a. è seguito dal VASALLI, F., *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, *op.cit.*, p. 64, cit. por FIORI, R. *La definizione della...*, *op.cit.*, pp. 59 ss.

sarebbe propria della visione giustiniana, intesa a darle maggior peso alle intenzioni delle parti.'(op.cit., 155); non mi sembra, però, che una simile differenza divedute tra Mucio e Pomponio emerga in qualche modo dal passo. Non posso discutiré per ragione de spazio, ma alla luce delle discussioni dell'età del principato mi sembrano insostenibili, le ricostruzioni di chi, come il BONIFACIO¹⁸⁴, ritieni el passo di Pomponio interpolato al punto di ribaltarne il parere: anche il giurista adrianeoavrebbe ammesso il passaggio di proprietà¹⁸⁵.

Realmente entre Pomponio y Quinto Mucio se presenta una gran divergencia con relación al mismo contrato, es decir, a la *locatio conductio*¹⁸⁶. Puede decirse que esto es reflejo del hecho que la jurisprudencia tardo-republicana admitía la existencia de una transferencia de propiedad en una relación de locación, lo cual fue negado enfáticamente por una parte considerable de los juristas del principado, dentro de los cuales encontramos a Pomponio.

¹⁸⁴ BONIFACIO, F., *Ricerche sul deposito irregolari*, op.cit., pp. 103 ss.

¹⁸⁵ FIORI, R., *La definizione della...*, op.cit., pp. 59 ss., nt. 185.

¹⁸⁶“Cfr. In questo senso, brevemente, anche TALAMANCA, M., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' nel sistema dei contratti romani*, cit., 77: 'Pomp. 9 ad Q. Muc. D.34.2.34pr., mostra come, in epoca più risalente, il trasferimento della proprietà dell'oro all'artefice fosse probabilmente la configurazione più usata, mentre all'epoca di Gaio doveva esser praticamente obsoleta'. ” En FIORI, R., *La definizione...*, op.cit., p. 60, nt.186

Por lo tanto este pasaje es fruto de una oposición entre jurisprudentes: para Quinto Mucio el *aurum faciundum datum* no forma parte del *suum* porque está fuera del patrimonio del *pater*, y esta es la razón por la cual no le corresponde este oro a la mujer. Por el contrario, para Pomponio el oro dado al orfebre no entra en su propiedad, sino que corresponde al *pater*, y entra en el concepto del *suum*, por lo tanto se le debe a la esposa del *pater* fallecido.

En síntesis, lo que se quiere señalar, sin desconocer otras interpretaciones, con relación al problema de la *stipulatio* contenida en el texto¹⁸⁷, es que Q. Mucio sería de la opinión que la propiedad del oro pasaba al orfebre que el *pater*, como consecuencia, tenía tan solo un Derecho de crédito. Esto, como se ha visto, no era posible para Pomponio, quien no admitía la transferencia de la propiedad del oro y la existencia de un débito en la relación de *locatio conductio*.

Teniendo, entonces, presente las convicciones de Pomponio en el tema de locación, la conservación de la solución por parte del jurista adrianeo pudo ser objeto de una reinterpretación del *quod debetur* de Mucio, entendiéndolo no tanto como el oro debido por el orfebre al *pater*, en virtud de una relación de locación, sino como el oro debido en virtud de otra relación contractual, como una estipulación, figura totalmente ausente en el discurso de Mucio.

¹⁸⁷ D.34.2.34 pr. Pom. ad Q.Muc.: ...*Pomponius: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. Nam de eo, quod debetur, sine dubio: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem...*"

Aquí Pomponio adhiere a la solución muciana, sosteniendo que el *aurum aurifici datum* no pertenece a la mujer. Para llegar a esta conclusión entendió por *aurum debetur*, no el oro dado para su transformación, sino el oro dado al orfebre para pagar los materiales que efectivamente fueron utilizados para la realización de la manufactura¹⁸⁸, "*quippe quasi permutationem fecisse videatur*", según el texto. Así, para darle valor a la respuesta de Mucio, el jurista, interpretó que en ese evento no se trataba de una locación sino de un negocio atípico¹⁸⁹, similar a la permuta pero no idéntica¹⁹⁰, porque no se realiza entre las partes un mero intercambio de cosas, sino la entrega de una *res* sobre la cual recae un *dare* y un *facere*.

En conclusión, podemos decir que la *quaestio* presentada por Quinto Mucio se refiere a un legado de *omne aurum suum* efectuado por el *pater* a su mujer. Y el problema radicaba en establecer si entra en el concepto de *suum* el oro entregado por el *pater* a un orfebre para hacer de él una manufactura y que no había sido restituido todavía, y el oro que había sobrado de una labor ya realizada, y entregada, pero que no había sido restituido todavía.

¹⁸⁸ La fattispecie ricorre, senza alcuna qualificazione dogmatica, anche in Mel. fr.10, LENEL=Ulp. 29 ad ed. D.15.3.7.2.: *illud verum non est, quod Mela scribit, si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare*. In FIORI, *la definizione*, cit., 161, nt. 190.

¹⁸⁹ También en TALAMANCA, M., *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, op.cit., p.915.

¹⁹⁰ "Alcuni autori hanno ritenuti di poter ravvisare nel riferimento alla *permutatio*, una qualificazione del negozio diversa alla *locatio conductio* (ed anzi taluni hanno esteso questa soluzione anche al responso di Mucio.)" cfr. SELL, W. *Beiträge sur Lehre vom Mieth- und Pachtvertrag. Ueber die s.g. 'locatio irregularis'*, in "Arch. f. civ. Prax". 19, 1836, pp. 328 s. (seguito parzialmente da WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandectenrechts*, II, Frankfurt an Main, 1900, p. 706, nt. 12 = *Diritto delle Pandecte*, II, Torino, 1925, p. 554 nt. 12 [401]); LONGO, C., *Appunti sul deposito irregolare*, cit., 146; DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D.19.2.*, op.cit., pp. 106 s., METRO, *Locazione e acquisto...*, op.cit., pp. 198 ss. En Fiori, R., *La definizione della...*, op.cit., p. 61, nt. 193.

Para Quinto Mucio, el oro no le correspondería a la mujer en ninguna de las anteriores hipótesis, porque no entra en el *suum*, o sea en el patrimonio del *pater*, sino que pasó a la propiedad del orfebre. El jurista no hace distinción en el interior de la categoría del *aurum faciundum datum*, teniendo en cuenta que para él no era importante que la manufactura fuera tratada *ex eo* o *ex alio auro*, porque el oro pasaba de todas formas a la propiedad del orfebre, sin importar cual hubiera sido el oro efectivamente utilizado. Por lo tanto, Quinto Mucio reconoce la posibilidad de que en una *locatio conductio* se transmita la propiedad.

En cambio, para Pomponio es inadmisibles que en un contrato de *locatio conductio* haya una transferencia de propiedad, y no pudiendo entender un débito del orfebre con relación al *pater*, sobre la base del contrato de la *locatio conducti*, pensó en un negocio diferente al arrendamiento y utilizó a título de ejemplo, la *stipulatio*.

5.3. Arrendamiento "aestimatio" y compraventa en Gayo, 3, 146.

Item quaeritur si gladiatores es lege tibi tradideri, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, queritatur, utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit

eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam uideri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub conditione facta cuiusque uenditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub conditione res ueniri aut locari possint.

Comenzamos directamente con este fragmento, teniendo en cuenta que su estudio se hará en base a la obra publicada de FERNANDO GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, tesis doctoral que comparte el mismo título que esta sección y en la que se reseña en detalle los debates que han surgido en torno a este texto en particular.

En efecto, desde la época de BECHMANN y MOMMSEN¹⁹¹, el citado pasaje ha sido objeto de constantes estudios sin que la discusión planteada a la ciencia romanística haya sido resuelta de manera definitiva hasta el día de hoy. Es interesante observar que el tema ha sido abordado a partir de diversos puntos de vista: desde a quién se le atribuye y debe soportar el riesgo, hasta cuál es la interpretación que debe darse a los negocios jurídicos que surgen del caso, pasando

¹⁹¹ “Cfr. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht, II, Earlangen*, 1884 (reimpr. Aalen, 1965), pp. 255 ss, 399 ss y 406 ss, que ha sido preterido por la doctrina de forma generalizada, pero en el que ya se encuentran varios criterios que pueden considerarse fundamentales en la polémica posterior sobre Gayo 3, 146. De MOMSEN, v, *Senatus consultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis factum a.p.c. 176/en Observationes epigraphicae*, n. XLI-XLIII: Eph. Epig. (Heft 3, 1890), pp. 388-428; ahora en *Gesammelte Schriften, VIII (Epigraphische und numismatische Schriften)*, p. 526, nt. 5”. En GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, F., *Arrendamiento “Aestimatio” y Compraventa en Gayo, III - 146*, ABACO Ediciones, Madrid, 1984, p. 19, nt. 1.

por la retroactividad de la condición que afecta el nacimiento de las obligaciones en cada uno de los contratos.

Volviendo al fragmento en cuestión, el problema que se plantea acá es el de una *traditio* cuya causa se desconoce en el momento de efectuarse. En principio, una de las partes, presumiblemente un *lanista*, hace entrega a la otra, presumiblemente un ciudadano particular que quiere organizar unos juegos gladiatorios, de un número indeterminado de gladiadores.

A esta entrega de los luchadores se añade un convenio por virtud del cual la *traditio* se realiza en cumplimiento de un contrato cuya naturaleza, sin embargo, se hace depender de las contingencias del combate a que se destinan los gladiadores entregados y que, por tanto, se ignora hasta el momento en que terminen los juegos, pues sólo entonces podrá saberse si cada uno de los gladiadores ha resultado muerto, lesionado o ileso.

La *traditio* se efectúa, por tanto, en cumplimiento de un contrato que no se sabe cuál es; es más, se podría decir que en cumplimiento de un contrato que aún no existe, puesto que, al decir del propio Gayo, sólo después del juego gladiatorio "*-ex accidentibus apparet...facta cuiusque venditione aut locatione*". Por consiguiente, se ignoran las obligaciones tanto del *tradens* (*¿venditor?*, *¿locator?*) como del *accipiens* (*¿emptor?*, *¿conductor?*), así como se desconoce el

concepto en que este último tiene en su poder a los gladiadores recibidos.

Ahora bien, si la relación se hubiera calificado desde el primer momento como arrendamiento, el *accipiens* sería solamente un detentador. En cambio, si se la calificase como compraventa, el *accipiens* sería propietario bonitario de los gladiadores, puesto que sería un comprador a quien, por simple *traditio*, se le ha transmitido una *res mancipi*, al menos si los gladiadores entregados son esclavos; y como propietario estaría, por tanto, asistido de la acción publiciana. Sería posible, además, determinar las obligaciones recíprocas del *tradens (lanista)* y del *accipiens* (organizador de los juegos)¹⁹².

La calificación que, según Gayo, aplicó la jurisprudencia al convenio realizado, al momento de definir el pleito que se ponía a su consideración, generó otra serie de controversias y precisiones doctrinales muy interesantes que se pueden profundizar en la obra de GÓMEZ-CARBAJO, antes relacionada. Conforme esta interpretación de los jueces romanos, como consecuencia de las contingencias del juego gladiatorio, se entenderá que los gladiadores que resulten ilesos son objeto de un contrato de arrendamiento y los otros, esto es, los que resulten muertos o gravemente lesionados, son objeto de un contrato de compraventa.

¹⁹² GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, F., *Arrendamiento "Aestimatio"...*, op.cit., p. 21.

De esta manera, si los gladiadores terminan muertos o gravemente lesionados, se entenderá que la entrega se hizo a título de tradición, mientras que si los gladiadores salen ilesos de la contienda, se entenderá que la entrega fue una mera tenencia, en cumplimiento de las obligaciones propias de un contrato de arrendamiento. Esto se entiende desde el punto de vista de la finalidad que mueve a cada una de las partes a llevar a cabo el negocio.

En este sentido, la finalidad primordial es que los gladiadores salgan ilesos y que al organizador le resulten unos juegos exitosos. Si los devuelve, el precio del alquiler es muy económico, pues solo debe pagar 20 denarios por cada gladiador. Pero en caso de muerte o discapacidad definitiva de alguno o algunos de los gladiadores, tendría que pagar 1.000 denarios, es decir, una suma notoriamente más costosa que los 20 del alquiler, porque está cancelándole al dueño el precio del gladiador.

De las teorías expuestas sobre la tipicidad de los negocios jurídicos involucrados en el fragmento de Gayo, sobresale la opinión de AMIRANTE, quien, preocupado por interpretar adecuadamente los criterios de la jurisprudencia romana para la distinción entre la *locatio-conductio* y la *emptio-venditio* respecto del texto de Gayo 3, 146, señala que el criterio para discernir uno de otro es precisamente la posibilidad o imposibilidad de devolver la cosa entregada.

Para él, es *empta-vendita* la cosa que debe entregarse de modo definitivo; mientras que es *locata-conducta*, aquella que deba entregarse por un tiempo determinado y que por lo tanto, el que la haya recibido, la debe devolver. Por eso, desde esta perspectiva, entiende que en Gayo 3, 146 “la possibilità di restituirla (los gladiadores) è il solo criterio discrettivo adottato da Gaio per distinguere se si è contratta una locazione, oppure una vendita”¹⁹³.

5.4. Compraventa con pacto de reserva de arrendamiento

A este respecto, se trata de un pacto añadido al contrato de compraventa, como una forma de creación jurisprudencial romana, para garantizar al vendedor el recibir íntegramente el precio. Este acuerdo consistía en añadir, al momento de la celebración del contrato de compraventa, una cláusula por la que se le concedía la cosa en arrendamiento al comprador, hasta el pago íntegro del precio señalado¹⁹⁴.

Debido a que este pacto combina las características de los contratos de compraventa, por un lado, y de arrendamiento, por otro, es posible encuadrar los fragmentos en que se desarrolla y describe dentro de aquellos textos donde se intenta delimitar las diferencias y semejanzas entre las dos figuras jurídicas. En efecto, dadas las

¹⁹³ AMIRANTE, L., *Ricerche...*, *op.cit.*, p.56. Cfr. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, F., *Arrendamiento "Aestimatio"...*, *op.cit.*, p.113.

¹⁹⁴Un estudio más detallado de este pacto puede verse en CANDIL Y CALVO, F., *Pactum reservati dominii*, Madrid, 1915. p. 53 y ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations*, Oxford, 1966, pp. 267-277", cit. por MOHINO MANRIQUE, A., *Pactos en el contrato...*, *op.cit.*, pp. 80 ss.

características similares que comparten entre sí, lo que se busca con dicha conjunción es finalmente proteger a las dos partes contratantes, a través de las acciones procesales adecuadas a la situación de hecho en que se vean involucradas¹⁹⁵.

De ahí que lo que se pretende, mediante una combinación de acciones propia de cada uno de los contratos, es conceder al comprador la mera *possessio naturalis* de la cosa, propia de la *locatio conductio rei*. Y con esto último, lo que se procura, es impedir que opere la *traditio* al momento de ser entregado el objeto de la venta por el vendedor.

Ahora, en lo que concierne a la configuración general del contrato de compraventa con pacto añadido, esta surge de una serie de textos de Paulo concatenados entre sí y recogidos en D.19.2.20.2. y D.19.2.22pr. Cabe anotar que la secuencia entre ambos pasajes viene desvirtuada por la introducción, en medio de ellos, de un texto de Javoleno, situado en D.19.2.21, lo cual se debe a la intervención de los compiladores justinianos¹⁹⁶. De cualquier forma, los

¹⁹⁵ Pero advierte Ana MOHINO: "Sin embargo, en la figura contractual objeto de nuestro estudio, compraventa y arrendamiento no constituyen, en ningún caso, dos relaciones contractuales diferentes. Se trata de una armoniosa conjunción de estas dos figuras jurídicas, en la que la venta se configura como la relación jurídica dominante debido a que las partes persiguen, esencialmente, la transmisión de la cosa comprada. El arrendamiento cumple así una función subordinada, si bien importante, en cuanto que se adapta a fin de coadyuvar a la total consecución de la intención y finalidad perseguida por las partes contratantes". En MOHINO MANRIQUE, A., *Pactos en el contrato...*, *op.cit.*, p. 81.

¹⁹⁶ "El texto de Javoleno, perteneciente a la masa edictal, habría sido introducido, a mi juicio, por los compiladores en la masa sabiniana a la que pertenece el texto de Paulo, provocando una incorrecta y oscura interpretación de esta cadena de textos. Vid., en este sentido DAUBE, D., *Tenancy of Purchaser and Lex commissoria* (Si...tunc in D.19.2.22pr.), en RIDA 5, 1958, y THOMAS, J.A.C., *Tenancy by Purchaser*, en IURA 10, 1959, p. 108". *ibid.*, p. 81, nt. 200.

fragmentos mantienen una unidad, tal y como se evidencia a continuación:

D.19.2.20.2. (Paulo, 34, ed) Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti quum emtor fundum conducit, donec pretium ei solvat¹⁹⁷.

D.19.2.22pr. (Paulo, 34, ed) Item si pretio non soluto inemta res facta sit, tunc ex locato erit actio¹⁹⁸.

D.19.2.21. (Iav., 11, epis.) -Quum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emtor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? Respondit: bona fides exigit, ut, quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esse¹⁹⁹.

¹⁹⁷ D.19.2.20.2.- A veces no se obliga el arrendador, y se obliga el arrendatario, como cuando el comprador toma en arrendamiento el fundo hasta que le pague el precio.

¹⁹⁸ D.19.2.22pr.-Asimismo, si no habiéndose pagado el precio hubiera quedado sin comprar la cosa, habrá entonces la acción de locación.

¹⁹⁹ D.19.2.21.- Al vender yo un fundo se convino, que hasta que se pagase todo el precio, el comprador tendría en arrendamiento el fundo por cierta pensión; pagado el precio ¿deberá darse por recibida la pensión? Respondió, que la buena fe exige, que se haga lo que se convino; pero éste no paga al vendedor más que en proporción del tiempo que no se hubiese pagado el precio.

En los tres pasajes descritos, el supuesto que se plantea es el mismo. Se trata de la venta de un fundo al que se le ha añadido un pacto y en virtud del cual, hasta que el precio no se haya pagado en su totalidad, el predio le será entregado al comprador sólo a título de arriendo.

El pacto de arrendamiento se celebra según se dispone en el primer texto *donec pretium ei solvat* y debe finalizar en el momento en que el precio sea totalmente satisfecho al vendedor. Por el contrario, si el precio no fuere abonado en tiempo oportuno, el vendedor tendrá la facultad de rescindir el contrato de venta, si en el caso propuesto, las partes hubiesen, así mismo, acordado un pacto de *lex commissoria*.

A propósito de los dos primeros pasajes, Paulo plantea un supuesto de venta con entrega inmediata de la cosa, pero pactándose el pago aplazado del precio. Una lectura cuidadosa de ambos textos, sin embargo, permite encontrar dos variantes distintas dentro del supuesto de hecho enunciado. En un primer supuesto, se trataría de una compraventa con concesión de arrendamiento mientras que el precio no fuera íntegramente satisfecho. En el segundo caso, se trataría de una compraventa con concesión de arrendamiento, a la que se añadiría un pacto de *lex commissoria* que concede al vendedor un Derecho de resolución unilateral²⁰⁰.

²⁰⁰ MOHINO MARIQUE, A., *A propósito de D.19.2.20.2. en relación con D.19.2.222pr.*, en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, No. 45, 1998, pp. 413, 428.

Paulo habría pretendido entonces, en D.19.2.22pr., otorgar el máximo de garantías al vendedor y para ello, una vez acordada la entrega de la cosa a título de arrendamiento, podría asegurarse aún la obligación del comprador, si el vendedor añadiera un pacto de *lex commissoria*, que le concediera en caso de incumplimiento del comprador, la facultad de resolver unilateralmente el contrato.

En el supuesto recogido en D.19.2.20.2., la compraventa podrá ser resuelta en caso de incumplimiento por el comprador, por acuerdo entre las partes o mutuo disenso. Si bien es cierto que para que opere la figura del mutuo disenso o el consentimiento contrario de los contratantes es necesario que ninguna de las partes haya cumplido con su obligación, este caso permite también la aplicación de dicha figura²⁰¹.

Asimismo, en el caso de D.19.2.20.2., será necesario el consentimiento de ambas partes para dejar sin efecto el contrato y por consiguiente, deberán reintegrarse las cosas a su estado anterior, como si jamás se hubiere llegado a contratar, aunque si consideramos que si en el tiempo en que el comprador disfrutó del bien recibido en arrendamiento, se pagó alguna parte del precio, podría ser atribuido por las partes como pago de la *merces* por el *uti frui licere* percibido del bien, ya que es imposible que el comprador

²⁰¹ En este sentido, Federico Fernández de Buján considera necesario que la relación obligatoria esté *re ad huc*, esto es, íntegra, para que las partes intervinientes puedan deshacer lo hecho, acordando dejarlo sin efecto; por ello “comprador y vendedor, en una compraventa diferida en el tiempo, pueden, válidamente, dejar sin efecto las obligaciones surgidas de la misma, en virtud del principio *prout quidque contractum est, ita et solvi debet*”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, *op.cit.*, p. 103.

reintegre el uso y goce de la cosa, pudiéndose compensar en alguna parte del precio pagado por éste en ejecución de la compraventa²⁰².

Por el contrario, en el supuesto contemplado en D.19.2.22pr., el vendedor tiene la posibilidad de elegir, entre el cumplimiento del contrato, esto es, del pago total del precio y de las rentas convenidas o la resolución del mismo sin necesidad de acuerdo con el comprador.

6. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA *LOCATIO REI*

Tal y como se ha visto en este capítulo, y a modo de tema final para el mismo, conviene determinar cuáles son las características que tipifican al contrato de arrendamiento y que, a su vez, contribuyen a definirlo y catalogarlo dentro de la tipología contractual romana.

En suma, la *locatio conductio*, en cualquiera de sus formas o manifestaciones, puede caracterizarse de la siguiente manera: un contrato consensual, bilateral perfecto, oneroso, de tracto sucesivo y de buena fe. A continuación, se describirá con más detalle cada uno de esos aspectos.

²⁰² Por el contrario, para Ana Mohimo Manrique las partes al dejar sin efecto el contrato deberán reintegrarse, no sólo sus recíprocas prestaciones, sino también cualquiera otra ventaja o provecho que pudieran haber podido obtener en el tiempo de eficacia del contrato. MOHINO MANRIQUE, A., *Pactos en el contrato...*, *op.cit.*, p. 84.

6.1. El *consensus*

El primer fragmento con el que se inicia el título II del Libro XIX del Digesto, que se dedica a la *locatio conductio*, es un segmento tomado del libro XXXIV de comentarios de Paulo al Edicto, D.19. 2.1., que dice:

"Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium Gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio".

Este comentario recoge lo ya dicho en Gayo 3, 135:

"Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis"

Teniendo en cuenta lo que se menciona por ambos, estos negocios se configuran y reconocen como contratos consensuales, debido a que la expansión del intercambio comercial entre ciudadanos romanos y extranjeros requería de una manera menos solemne para obligarse, como ya se ha dicho en capítulos anteriores.

Por esta razón, surgen a la vida jurídica a través del mero acuerdo de voluntades, sin necesidad de formalidad oral o escrita, o de una *datio rei* para su perfeccionamiento, pudiéndose contraer entre ausentes,

por carta o mediante mensajero, según las Instituciones de Gayo 3, 136:

Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.

Y las obligaciones que surgen para las partes, son aquellas que emanan de la equidad, según la naturaleza misma del contrato, sin necesidad de pacto o convenio expreso, según se lee en Gayo 3, 137: *"Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet..."*

En el contrato de arrendamiento, al igual que en los demás contratos consensuales, se entiende como tácitamente convenido todo lo que en razón de la costumbre pertenece al negocio, tal y como se expresa en Inst.3.24.5: *"Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare"*.

Así ocurre, por ejemplo en los arrendamientos rústicos, donde era costumbre que el acreedor conviniera con el arrendatario que los instrumentos y demás objetos introducidos por el arrendatario para atender su cultivo, tales como el ganado, los esclavos y los aperos de labranza (*invecta et illata*), garantizaran el pago de la renta de alquiler, convirtiéndose esta institución en un precedente para la posterior configuración de la *hypotheca*²⁰³.

Esta figura fue protegida en un principio a través del interdicto Salviano que facultaba al arrendador para retener la posesión de las cosas introducidas al predio. Así se dispone en el texto de Gayo 4. 147: *Interdictum quoque, quod appellatur Saluianum, apiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

Finalmente se reconocieron hipótesis de *pignus tacitum* o *legale*, es decir, de hipotecas tácitamente convenidas sin necesidad de que medie pacto expreso entre las partes. Así, el arrendador de predios urbanos goza también de una hipoteca en este caso tácita, sobre los

²⁰³ "CATÓN, *De Agricultura*, c. 146: *donecum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo inlata erunt pigneri sunt: ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportaverit, domini esto*, c. 147, c. 149, c. 150". En IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, *op.cit.*, p. 372, referenciando a: SARGENTI II 'de agri cultura' di Catone e le origine della ipoteca romana, SDHI, 22, 1956, pp. 158 ss.; D'ORS, A., *Miscellanea*, en AHDE, 14, 1942, p. 638; VON LÜBTOW, U., *Symbolae R. Taubenschlag*, III, Naukowe, 1958, pp. 227 ss., MIQUEL, J., *El rango hipotecario en el Derecho romano clásico*, en AHDE, 29, 1959, P. 233.

*invecta et illata*²⁰⁴ y sobre los frutos, en el arrendamiento de fundos rústicos²⁰⁵.

6.2. La bilateralidad

El contrato es de carácter bilateral, por cuanto surgen obligaciones para las dos partes contratantes, tanto para el *locator* como para el *conductor*. Esta bilateralidad determina que se contemplen acciones especiales, dotadas de un nombre propio²⁰⁶, para proteger los intereses de cada una de las partes²⁰⁷. En efecto, el arrendador cuenta con la *actio locati* y el arrendatario con la *actio conducti*²⁰⁸.

Esta bilateralidad también se aprecia en Justiniano, al establecer las obligaciones que deben emanar naturalmente, tan pronto se preste el consentimiento por las partes, a diferencia de los contratos formales donde las obligaciones surgen según lo prometido por cada uno de los contratantes. Se dice así, en Inst. 3.22. 2.: “*Item in his*

²⁰⁴ D.20.2.4 (Nerat, 1 membr.) *Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignore esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.*

²⁰⁵ D.20.2.7. (Pomp, 13 ex. var. lect.) *In praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur, pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.*

²⁰⁶ D.2.14.7.1: (Ulp. 4, ed.) *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio, venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus.*

²⁰⁷ VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Pentagraf Editores, Valencia, 1980, p. 82. Por su parte Adela LÓPEZ manifiesta: “La importancia de la función económica que desempeñaban en la vida social algunas convenciones, pareció a los romanos *causa civilis* suficiente para que de ellas surgiesen acciones”. LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio tollit locatum...*, *op.cit.*, p. 47.

²⁰⁸ *Instituciones* 3.24: *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistunt. Nan ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.* Nótese la similitud de la primera parte de este texto con D.19.2.2. En materia contractual, cuando la relación es bilateral se concede una acción particular a cada de las partes según la causa del demandante, como en el arrendamiento o en la compraventa (*actio ex emptio, ex venditio*). Cuando la relación es tan simétrica que es imposible distinguir causas diferentes se concede una acción con el mismo nombre a todas las partes, v.gr, *actio pro socio*. Finalmente, si la bilateralidad de la relación es eventual (contratos sinalagmáticos imperfectos), se otorga una acción con nombre propio y una acción contraria. (*actio fiduciae, actio fiduciae* contraria). D'ORS, A., *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 456.

contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat".

De otra parte, vale precisar que el arrendamiento es un contrato sinalagmático perfecto, por cuanto de él surgen obligaciones a cargo del *locator* y del *conductor* desde el momento mismo del perfeccionamiento del contrato. Así pues, desde el preciso instante de celebración del negocio el *locator* se obliga a *praestare uti frui* y el *conductor* por su parte se obliga a *praestare mercedem*, como lo veremos más adelante, al profundizar en las obligaciones que surgen del contrato de alquiler²⁰⁹.

6.3. La onerosidad

En tercer lugar, se está ante un contrato oneroso, ya que uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de arrendamiento es el pago de una merces. Así se considera por Gayo en su libro II y recogido en:

D.19.2.2.pr. Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, lisdemque iuris regulis

²⁰⁹ El reconocimiento de la bilateralidad contribuye a la configuración de los contratos consensuales, ya que en época anterior al surgimiento de los contratos consensuales, se hacía necesaria la celebración de estipulaciones interdependientes en la que cada una servía como causa de la otra. De esta manera, las relaciones jurídicas en la que se pretendía el intercambio del uso y disfrute de una cosa a cambio de un precio, se habrían asegurado antes del surgimiento de la *locatio conductio* mediante las acciones derivadas de una obligación verbal o de instrumentos de garantía indirecta (*satisdatio* o *pignus* sobre los *invectae illata*). FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 11.

*consistit. Nam ut moemtio et venditio ita
contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio
et conductio contrahi intelligitur, si de mercede
convenerit.*

Como consecuencia adicional, pero no por ello menos importante, siguiendo en este aspecto al profesor F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN²¹⁰, el que sea el arrendamiento un contrato oneroso, implica que el equilibrio entre las prestaciones recíprocas y relativo al respectivo objeto de las obligaciones, puede ser alterado por la voluntad expresa de las partes intervinientes, siempre y cuando la modificación sea al momento del cumplimiento del contrato. Si la modificación acontece en el momento de la perfección del contrato, afectando el Derecho a la percepción de la renta, el arrendamiento se declara nulo, puesto que no hay posibilidad de que un arrendador ceda en arriendo una cosa por una renta simbólica, tal y como se expresa en:

*D.19.2.46. Si quis conduxerit numo uno,
conductio nulla est, quia et hoc donationis instar
inducit.*

Pero si es posible que al momento de la ejecución del contrato, el arrendador condone la obligación de pago de la renta pactada en el contrato, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza del contrato. Así

²¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., pp. 295-296

se deduce de un texto tomado del libro XXXVIII de los comentarios al edicto de Ulpiano, recogido en:

D.19.2.5. *Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit.*

Al analizar en un capítulo posterior los elementos esenciales del contrato, al tratar lo referente a la *merces*, se hará referencia, nuevamente, a la importancia de la merced como un elemento esencial en el contrato de arrendamiento.

6.4. Obligaciones de tracto sucesivo

A este respecto, como contrato de tracto sucesivo, este es opuesto a los contratos de ejecución instantánea por cuanto las relaciones jurídicas que surgen del arrendamiento extienden su eficacia en el tiempo, siempre y cuando se mantengan las condiciones pactadas a su inicio.

Así es como los arriendos de fundos rústicos, se pactaban por un quinquenio, *lustrum*, y según un pasaje tomado del libro LXXI de comentarios al Edicto de Ulpiano, el contrato se prorroga por igual plazo, entendiéndose que por su consentimiento tácito²¹¹, si el dueño

²¹¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano, op. cit.*, p. 297.

permite que el colono permanezca en el fundo, a su vencimiento. Se lee así en D 19.2.14:

Qui ad certumtempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare; et huiusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensus conualescunt. Et ideo si interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur; et est hoc verum²¹².

6.5. De buena fe

El origen de la noción de la buena fe sigue siendo, hasta el presente, un misterio, aunque es una noción que se considera típicamente jurídica, debido a que no se encuentra en los textos literarios. Lo que parece cierto es que esta es heredada de un concepto más amplio y antiguo, pero menos preciso, como es el de la *fides*.

²¹² D.19.2.14.- El que toma en arrendamiento para un plazo determinado sigue siendo colono también después de terminar éste, pues se entiende que si el propietario consiente al colono estar en el fundo lo da en arriendo de nuevo. Tales contratos no necesitan palabras ni escritura alguna, porque se prorrogan por el simple consentimiento. Por tanto, si el propietario hubiera enloquecido o muerto, dice Marcelo que no puede lograrse que el arriendo se renueve; y es cierto.

Esta *fides*, que los autores antiguos²¹³ utilizaron con variados significados, parece designar dos situaciones diferentes: por un lado, hace referencia al respeto de la palabra empeñada (*constantia et veritas*), mientras que por otro, se refiere a la protección dentro de una confrontación en favor del más débil. Sin embargo, es necesario resaltar la extrema complejidad de la noción de *fides*, que según el estado actual del conocimiento científico, no podría reducirse a un concepto unitario.

Teniendo en cuenta cómo las instituciones y las ideas de la época primitiva estaban permeadas de un elemento religioso, para algunos autores, el origen de la palabra *fides* proviene del que estableciera Numa Pompilio a la diosa *Fides*. En concreto, a esta última se le dedicó un templo sobre el Campidoglio (Cic. De off., 3, 104), exaltándola como una virtud que era prenda de lealtad y de respeto a algunos principios que eran garantía frente a terceros, tal como se expresa en Val. Max. 6,6 "é il venerabile fidei numen che dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat"²¹⁴.

Otros doctrinantes, como LOMBARDI, se niegan a reconocer un vínculo demasiado dominante entre la *fides* y el antiguo culto de la diosa Fides y por lo tanto no ofrecen mucho espacio para explicar el

²¹³ "Particularmente Plauto en, *Tri* 271: '...boni sibe haec expetunt, rem, fidem, honorem, gloriam et gratiam: hoc probis praemiumst'. *Mi* 453: 'Sc. Lege agito: te nusquam mittam, nisi das firmatam fidem te huc, si omisero, intro ituram. Ph. ui me cogis, quisquis es. do fidem, si omittis, isto me intro ituram quo iubes. Sc. ecce omitto!' *Ep.* 124: 'bene promittit, spero seruabit fidem' ". En SENN, P.D., *Buona fede nel Diritto Romano*, en Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, II, UTET, Torino, 1988, p. 130.

²¹⁴ GROSSO, G., *Buona fede (Diritto romano)*, en Enciclopedia del Diritto, V, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 661, origen que es compartido por ÁLVAREZ SUÁREZ, U. en *Curso de Derecho romano*, Tomo I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 153.

concepto desde un punto de vista religioso²¹⁵. En este sentido para GROSSO, las relaciones entre ciudadanos romanos y extranjeros (peregrinos), que se desenvolvían en el ámbito de del *ius gentium* e independientemente de los tratados internacionales, encontraban su mayor apoyo o sustento en las instituciones fundadas en la *fides*.

Esta se convertiría, así, en el nuevo complejo jurídico que regularía las relaciones comerciales que acompañaron la expansión territorial ya mencionada en ocasiones anteriores. Posteriormente, el pretor, y más específicamente el pretor peregrino, creado en el 242, para *ius dicere inter cives Romanos et peregrinos*, impregnó de coercitividad las nacientes relaciones comerciales, asumiendo como criterio normativo la *fides bona*²¹⁶.

Aparte de estas consideraciones, y explorándola como concepto jurídico, la *fides* trae varias aplicaciones. Una de ellas es la *fides del bonus vir*²¹⁷, introduciendo el empleo de la noción objetiva sobre la actuación del hombre de bien²¹⁸. El significado de ello, desde el punto de vista del juez, es el comportamiento general que se espera de un hombre normal en un caso particular. Por lo tanto, supone sobre todo una concepción ético-social, con implicaciones al momento de analizar el comportamiento de las partes.

²¹⁵ LOMBARDI, L., *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano, 1962, p. 130 ss., en SEEN, P.D. *Buona fede nel diritto romano, op.cit.*, p. 130.

²¹⁶ GROSSO, G., *Buona fede...*, *op.cit.*, p. 662.

²¹⁷ SEEN, P.D., *Buona fede nel diritto romano, op.cit.*, p. 131.

²¹⁸ *Cic., De off. 3. 80: "bonus uir qui prodest et nocet nemini"*.

Con esto en mente, que el arrendamiento sea un contrato de buena fé tiene como consecuencia dos aspectos a tener en cuenta. En un primer término, que las partes (*locator* y *conductor*) deben desplegar una "conducta honesta, sincera, leal que repudia el engaño y el fraude"²¹⁹, tanto en la etapa pre-contractual como en la ejecución del contrato. En segundo lugar, la noción de buena fe objetiva se manifiesta sobre todo en las acciones de buena fe o *bonae fidei iudicia*²²⁰.

Por lo que respecta a este último punto, en una época anterior al reconocimiento jurídico de los contratos de buena fe, el pretor peregrino protegía aquellas convenciones del Derecho de gentes, basadas en el *fidem praestare* recíproco de las partes, a través del *oportere ex bona fide* insertado en la *intentio* de la fórmula. Por este motivo, para el momento en el que la *bona fides* se desarrolla como un concepto netamente jurídico, esta ya había madurado previamente en el ámbito procesal, puesto que daba lugar a un juicio de buena fe²²¹ donde se permitía al juez valorar la responsabilidad de cada una de las partes, sin estar obligado a atender los precisos términos de la fórmula, como sucede en los juicios de Derecho estricto.

²¹⁹ CASTRESANA HERRERO, A., *Fides, Bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1991, p.99.

²²⁰ SENN, P.D., *Buona fede nel diritto romano, op.cit.*, p. 131.

²²¹ Ya en Gayo 4, 62 se menciona que los juicios de buena fe son, el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios ajenos, el de mandato, el de depósito, el de fiducia, el de sociedad, el de tutela, el de reclamación de dote. Cicerón (*De Ofic.* 3.17.70) menciona como juicios de buena fe los de compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato, fiducia y tutela. Las Instituciones (Institutas 4.6.28) de Justiniano agregan a la enumeración de las acciones de buena fe hecha por Gayo la *actio commodati*, *pigneraticia*, *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *praescriptis. verbis*, la acción dotal *ex stipulatu* y la *petitio hereditatis*. Véase al respecto, GROSSO, G., *Buona fede...*, *op.cit.*, p. 662663.

La *bona fides* le imprime, entonces, al contrato de arrendamiento una serie características que lo diferencian de los contratos de Derecho estricto. En efecto, las controversias surgidas en desarrollo de un contrato de buena fe (como el arrendamiento) se ventilan en los llamados juicios de buena fe (*judicium bonae fidei*) en los que el juez tiene un amplio margen para valorar las circunstancias particulares del caso, sin dejar de tener en cuenta todas aquellas conductas que deben regir las relaciones entre personas honestas y leales²²².

En este sentido, es bastante ilustrativa la solución contemplada para el supuesto en D.19.2.9pr²²³, según el cual se da en arrendamiento un inmueble comprado de buena fe pero que, a la postre, resulta reivindicado por el verdadero dueño. En este caso y continuando con el supuesto, el arrendador podrá ser absuelto si ofrece dar al arrendatario otro bien con similares características.

De otra parte, es interesante advertir como en el texto de Javoleno, tomado del libro XI en D.19.2.21²²⁴, se menciona la *bona fides* en el sentido de significar el fiel cumplimiento de los compromisos.²²⁵ Pues

²²² SENN, P.D., *Buona fede nel diritto romano, op.cit.*, p.131.

²²³ D.19.2.9pr.: ULPIANUS Libro XXXII. *Ad Edictum.*- "*Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur, frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patiat, et locatur paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem*".

²²⁴ D.19.2.21: "IAVOLENUS libro XI. *Epistolarum.*- *Quum venderem fundum, convenit, ut, donec, pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet; an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? Respondit, bona fides exigit, ut, quod convenit, fiat; sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset*".

²²⁵ Así lo expresa el Diccionario de jurisprudencia romana, que define la *bona fides* como: "Buena fe, lealtad, rectitud u honradez de los sujetos de derecho o partes que intervienen en un juicio o contrato. Este amplio concepto moral que sirve de fundamento a las relaciones jurídicas, se aplica a diversas instituciones. En derecho de obligaciones supone el fiel

bien, la *bona fides* engloba el concepto original de la *fides* entendida como "lealtad a la palabra dada", pero en un contexto de reciprocidad de las prestaciones que se originan para las partes al perfeccionarse el contrato. Así lo manifiesta Cicerón, en los siguientes textos:

De re publ. 4.7.21: Fides enim nomen ipsum mihi videtur haber, cum fit quod dicitur.

De off. 1.7.23: audeamus imitari stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat quod dictum est, appellantam fidem.

Aquí se observa que la conducta de los contratantes que no se ajusta a las exigencias de la *bona fides* es considerada *fraus* (fraude). Tal como afirma VALIÑO:

En un principio, es decir, antes de que la jurisprudencia elaborase el concepto de culpa aquiliana, las acciones de buena fe imponían una lealtad recíproca a los contratantes, cuya violación se consideraba *fraus*, pero, como este término se reputaba como sinónimo de dolo malo, quedó desplazado por la responsabilidad

cumplimiento de lo convenido", GARCÍA GARRIDO, M.J., *Diccionario de Jurisprudencia Romana* (3ª Edición), Dykinson, S.L., Madrid, 1993, p. 50.

por culpa, con la que se sanciona cualquier conducta indebida por parte del deudor y no solo la intención de causar un perjuicio²²⁶.

Así pues, se considera contrario a la buena fe no solo el dolo, sino la culpa y, en este sentido, la parte perjudicada cuenta con la acción derivada del contrato. Igual ocurre con la coacción (*vis metusve*) ejercida por una parte contra la otra. De otra parte, la *bona fides* supuso una responsabilidad objetiva por custodia cuando se debían entregar cosas muebles (*custodia conductoris*)²²⁷.

En el pasaje que se reseña a continuación, se evidencia una contraposición entre la buena fe y el fraude, en el supuesto en el que el *conductor* fuere impedido de disfrutar la cosa arrendada, a raíz del engaño de que es objeto cuando el *locator* arrienda una cosa ajena como propia.

D.19.2.35. Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta, et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario, nec ne id opus demolitus est. Quid enim interest, utrum locatur insulae propter vetustatem cogatur eam reficere,

²²⁶ VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Pentagraf Impresores, Valencia, 1980, p. 385.

²²⁷ SCIALOJA, V., *Procedimiento Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europa América EJE, Buenos Aires, 1954, pp. 483 ss.

an locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit? Intelligendum est autem, nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit, et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat²²⁸.

²²⁸ D.19.2.35.- También esta distinción conviene con aquella que se introdujo por Servio, y por caso todos fue aprobada, que si reedificando la casa dada en arrendamiento toda por un precio, el dueño hubiera hecho que no pudiera disfrutar de ella el arrendatario, se vea si esta obra se demolió por necesidad, o sin ella. Porque ¿qué importa que el arrendador de la casa se vea obligado a reedificar por causa de su vejez, o que el arrendador del fundo se vea obligado a soportar la injuria de aquel a quien no pudiera impedírsela? Pero se ha de entender, que nosotros usamos de esta distinción respecto de aquel que hubiere dado en arrendamiento un predio suyo para que se disfrute, y hubiere contratado de buena fe el negocio, no respecto de aquel que por fraude hubiere dado en arrendamiento un predio ajeno, y no pudiera impedir al dueño, que éste prohíba que el colono lo disfrute.

CAPITULO III

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA *LOCATIO CONDUCTIO* Y SU INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CONTEMPORÁNEA

1. EL CONSENTIMIENTO

Para precisar lo que ya se ha venido diciendo de este elemento esencial del contrato de arrendamiento en los capítulos anteriores, se debe recordar que desde la época clásica, Gayo señaló una clasificación para las fuentes de las obligaciones, diciendo que las obligaciones nacen del contrato o del delito (Gayo 3.88). Agregó, además, que en cuanto a los contratos, éstos se clasificaban en *re, verbis, litteris y consensu* (Gayo 3.89), y que las obligaciones *consensu* nacían “en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades y en los mandatos” (Gayo 3.135).

De forma similar a Gayo, Justiniano expresa en I.3.22pr que el contrato de arrendamiento es un contrato consensual. De la misma

manera, el Libro 19 Título 2.1 del Digesto, comienza con el siguiente texto de Paulo: “La locación y conducción, como es natural y de todas las gentes, no se celebra por palabras, sino por el consentimiento, como la compra y venta”.

Al hacer énfasis en la consensualidad del contrato de arrendamiento, conviene volver la vista hacia los capítulos anteriores, donde se plantearon las discusiones doctrinales sobre el origen del contrato y en donde el debate era, esencialmente, entre dos tesis opuestas. La primera argumentaba que, en la época arcaica, el contrato de arrendamiento se había configurado inicialmente como un contrato consensual, mientras que para la segunda, por el contrario, aquel empezó como un contrato verbal o acaso un contrato real, y solamente después se configuró e individualizó como un contrato consensual.

Aparte de las dos anteriores, existe otra explicación de gran acogida doctrinal, donde se propone que tanto el arrendamiento como la compraventa fueron, ambos, negocios surgidos de las relaciones económicas entre ciudadanos y peregrinos y debido a estas circunstancias, en algún momento de la República, los acuerdos encaminados al intercambio del uso de una cosa a cambio de un precio fueron protegidos por el magistrado²²⁹, por lo que los contratos del *Ius gentium* fueron luego asimilados por el *Ius civile*²³⁰.

²²⁹ “La importancia de la función económica que desempeñaban en la vida social algunas

Como lo manifiesta F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “cuando el arrendamiento se encuentra conformado en su régimen jurídico, tal y como se recoge en las fuentes jurisprudenciales, la consensualidad no sólo es nota esencial sino incluso se constituye como la más determinante. Esta preeminencia se aprecia en la regulación que se contiene de nuestro contrato en el Digesto. La nota de la consensualidad es el rasgo principal y por ello es destacado sobre todos los demás”.²³¹

Así tenemos un texto atribuido a Gayo, que se recoge al comienzo del título II del libro XIX del Digesto dedicado íntegramente a la *locatio conductio*, esto es en:

*D.19.2.2pr. Locatio et conductio proxima est
emptioni et venditioni, iisdemque iuris regulis
consistit. Nam ut emptio et venditio ita
contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio*

convenciones, pareció a los romanos *causa civilis* suficiente para que de ellas surgiesen acciones.” LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio tollit locatum...op.cit.*, p. 47.

²³⁰ Existen teorías por las cuales, una primera tutela de los contratos consensuales habría sido la de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Así se puede ver en KASER, M., *Das altrömische ius, Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1949, pp. 289 ss.; VON LÜBTOWN, U., *Cato “leges venditioni et locationi dictae”*, en *Eos* 48, 1956, pp. 417 ss.; BROGGINI, G., *Iudex arbiterve. Prolegomana zum Officium des römischen Privatrichters*, en *Forschungen zum römischen Recht*, 10, Köln-Graz, 1957, pp. 189 ss, 227 ss. Esta hipótesis se junta con la teoría según la cual el proceso formulario se habría desarrollado al interno de las *legis actiones* (cfr., al respecto, TALAMANCA, M., *Processo civile (Diritto Romano)*, en ED. XXXVI, Milano, 1987, p. 26 e nt. 176, pero la doctrina mayoritaria sostiene hoy que la tutela de los juicios de buena fe, está en estrecha conexión con el nacimiento de las fórmulas. Cfr. TALAMANCA, la *tipicità dei contratti romani*, *op.cit.*, p. 44 e nt. 34; ID., *Società (dir. rom.)*, en ED. KLII, Milano, 1990, p. 818; ID., *Vendita in generale (dir. rom.)*, en ED. XLVI, 1993, p. 305. Naturalmente, otro problema es si la *locatio conductio* nació bajo la jurisdicción del Pretor urbano o del Pretor Peregrino; cfr. TALAMANCA, M., *Istituzioni...*, *op.cit.*, p. 580 e 594. En FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 20, nt. 25.

²³⁰ *D.2.14.7.1. Ulp, 4, ad ed. Quae pariunt acciones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, et ceteri similes contractus.*

²³¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Sistema Contractual Romano...*, *op. cit.*, p. 294

et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit.

Como una consecuencia de la consensualidad, surge la *locatio conductio* como un contrato no formal, del que surgen obligaciones para las partes, según se recoge de un pasaje tomado del libro XXXIV de los comentarios al edicto de Paulo que se recoge en:

D.19.2.1. Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.

De otra parte, vale precisar que el arrendamiento es un contrato sinalagmático perfecto por cuanto de él surgen obligaciones a cargo del *locator* y del *conductor* desde el momento mismo del perfeccionamiento del contrato. Así pues, desde el preciso instante de celebración del negocio el *locator* se obliga a *praestare uti frui* y el *conductor* por su parte se obliga a *praestare mercedem*²³².

Es evidente, entonces, que el consentimiento es un elemento fundamental del contrato, ya que sin este el contrato no reuniría los requisitos para su existencia. De hecho, tanto en el Derecho español como en el Derecho colombiano, es esencialmente consensual, tal como se evidencia en los códigos civiles de ambos, en los artículos

²³² Sobre este particular en los capítulos siguientes se tratará lo relativo a las obligaciones de las partes.

1543 y 1973 respectivamente. Valga decir que de todas maneras, esto no es impedimento alguno para que el contrato se pacte por escrito en ambas normatividades²³³ y para que sea inscrito en el registro de la propiedad²³⁴. Con ello, ciertamente, se producirían efectos frente a terceros, pero nunca se afectaría su naturaleza de Derecho personal derivado de una relación contractual.

Abordando en este tópico el tema de la autonomía de la voluntad de las partes para convenir las condiciones del contrato, tanto la Ley 29 de 1994 española como la Ley 820 de 2003 colombiana, son normas de orden público, esto es, de imperativo cumplimiento, que no podrán ser derogadas por las estipulaciones de las partes.

Por añadidura, la normatividad vigente en ambos países se ha establecido en beneficio del arrendatario, al que se considera la parte más débil de la relación, y es por esta razón que se limita la autonomía de la voluntad privada de las partes en favor de aquel. Sin embargo, aunque los Derechos establecidos en el articulado no

²³³En Colombia, la Ley 820 de 2003, establece en su Art.3o. "Forma del contrato. El contrato de arrendamiento para vivienda urbana puede ser verbal o escrito. En uno u otro caso, las partes deben ponerse de acuerdo al menos acerca de los siguientes puntos:a) Nombre e identificación de los contratantes;b) Identificación del inmueble objeto del contrato;c) Identificación de la parte del inmueble que se arrienda, cuando sea del caso, así como de las zonas y los servicios compartidos con los demás ocupantes del inmueble;d) Precio y forma de pago;e) Relación de los servicios, cosas o usos conexos y adicionales;f) Término de duración del contrato; y g) designación de la parte contratante a cuyo cargo esté el pago de los servicios públicos del inmueble objeto del contrato." En España, establece la Ley 29 de 1.994, en su artículo 37: "Formalización del arrendamiento. Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento. En este caso, se hará constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieren libremente acordado."

²³⁴Art. 2020.- Estarán obligados a respetar el arriendo: "...2. Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios;..." en el caso del Código Civil colombiano; y el Art. 1549: "Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad", como norma expresa del Código Civil español.

pueden ser desconocidos, nada impide que en las estipulaciones de las partes se establezca una situación más favorable a las condiciones previstas en la ley²³⁵.

Por último, tal y como ocurre con los demás contratos consensuales, el arrendamiento puede disolverse por la simple voluntad de las partes (*contrarius consensus*), según Ulpiano en su libro 4 de comentarios al Edicto, recogido en:

D.2.14.7.6pr. Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emtione ceterisque bonae fidei iudiciis, re nondum secuta, posse abiri ab emtione. Si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libro sexto ad Edictum scribit.

Dicha disolución puede darse, asimismo, por el cumplimiento de la condición, tal como dice Paulo en el Libro 34 de sus comentarios al Edicto, consignados en:

²³⁵En Colombia, la Ley 820 establece: Art. 1o. Objeto.-“La presente ley tiene como objeto fijar los criterios que deben servir de base para regular los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados a vivienda, en desarrollo de los derechos de los colombianos a una vivienda digna y a la propiedad con función social”. A su vez, en España, el tema se regula en su Ley 29, en dos normas que disponen: Art. 4. Régimen aplicable: “1. Los arrendamientos regulados en la presente ley se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los Títulos I, IV y V de la misma y o a lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo...”; Art. 6. Naturaleza de las normas: “Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice”.

*D.19.2.20pr. Sicut emptio, ita et locatio sub
conditione fieri potest.*

Y de igual forma, se puede disolver por causa del vencimiento del término, en cuyo análisis nos detendremos más adelante.

2. EL UTI FRUI LICERE

Si entendemos la prestación como un elemento esencial de la obligación, hallamos que el contrato de arrendamiento, como contrato bilateral que es, tiene dos condiciones con respecto a esto. En la primera de ellas, surge como deber del *locator* la de procurar el uso y disfrute de la cosa. A cambio de ello, y lo que sería la segunda condición, el arrendador debe obtener un beneficio, de forma tal que el *conductor*, queda obligado a pagar la *merces* como contraprestación al uso y disfrute concedido sobre la cosa.

De esta manera, se puede distinguir la *locatio conductio* de otros contratos, como el de la compraventa. Así, por ejemplo, mientras que en ésta última la prestación a cargo del arrendador es entregar la cosa libre de vicios, en el arrendamiento es la del *uti frui licere*²³⁶.

²³⁶Las fuentes hablan del *uti frui licere* como objeto de la prestación en el contrato de arrendamiento, así, a título de ejemplo, los siguientes textos: D.19.2.9pr. *Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit ut ei praestetur, frui quod conduxit licere;* D.19.2.15.1 *competit autem ex his causis fere, ut puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat, vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur;* D.19.2.24.4pr.: *Colonus si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur; nec enim Semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patiatur fundo frui;* en

Según el significado propio de las palabras que integran la definición de la *locatio conductio*, el *locator* coloca un bien a disposición del *conductor*, para que este tenga el uso y disfrute del bien, razón por la cual el arrendador recibe como beneficio el pago de una merces.

Así pues, si prescindimos de este objeto estamos configurando un contrato diferente, como el de mandato o el de compraventa, en el cual la prestación es entregar de manera definitiva la cosa, libre de vicios. En contraste, la prestación en el arrendamiento es el *uti frui licere*, aunque se debe tener en cuenta que este goce y disfrute deben ser igualmente garantizados por el arrendador de cualquier perturbación. En este sentido FUBINI²³⁷ dice que si en el contrato se ha determinado el producto, y el precio se fija en orden al mismo, habrá venta; pero si en cambio, se concede el goce del fundo por precio que no ha de ponerse en relación al producto, habrá arrendamiento.

2.1. El *uti frui licere*, su relación con los atributos de los Derechos reales y otros aspectos que reflejan la naturaleza de la *locatio conductio*

Desde sus orígenes hasta su posterior evolución, así como la nitidez de los textos que reiteran su clasificación como contrato, dejan muy

D.19.2.33pr.: *Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quominus id praestes.*

²³⁷ FUBINI, *El contrato de arrendamiento de cosas*, trad. Espa., Madrid 1930, citado por PUIG PEÑA, F., *Arrendamiento*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1950, p. 838, nt. 4.

en claro que el arrendamiento, a través de las distintas etapas del Derecho romano, siempre fue considerado como un contrato que genera Derechos personales entre las partes, con exclusión de los terceros que no intervinieren en el contrato en calidad de garantes de las obligaciones de aquellas.

Sin embargo, al establecerse en las legislaciones modernas la posibilidad de inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, vale la pena analizar, llegados a este punto, si colocar la cosa a disposición del arrendatario implica una cesión del Derecho de uso y disfrute sobre la cosa. Lo anterior, entendido como la cesión del *ius utendi et fruendi*, que son los atributos propios del Derecho real de usufructo, lo cual implicaría la concesión al arrendatario de un verdadero Derecho real. Asimismo, más adelante se analizará en detalle los rasgos del usufructo y su semejanza, o diferencia, con el contrato de arrendamiento. Para ello, inicialmente, se reseñará un debate, orientado principalmente por la doctrina, sobre la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento y si este puede o no caracterizarse como un verdadero Derecho real.

2.1.1. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Según el profesor F. PUIG PEÑA²³⁸, que hace una reseña sucinta pero bastante completa acerca el tema, en la actualidad se ha reanimado de nuevo la cuestión sobre si surge o no un auténtico Derecho real del arrendamiento de inmuebles. En torno a esta discusión, se han presentado diversas teorías y argumentos de gran riqueza, y pese a que son varios los tratadistas que han realizado sus aportes, es posible decir que son tres los criterios esgrimidos en el debate académico, que serán discutidos a continuación.

El primero de estos, representa el punto de vista romano y es defendido en la actualidad por la mayoría de los tratadistas italianos como FUBINI, VENZI, PACIFI, RUGGIERO, algunos franceses como PLANIOL, BAUDRY, COLIN y CAPITANT y algunos alemanes como ENNECERUS. De acuerdo a este enfoque, el arrendamiento solo produce un Derecho de carácter personal, puesto que faltan en el mismo los elementos típicos que configuran los Derechos reales²³⁹.

Un segundo punto de vista, representado por FADDA y BENSA, MAIORCA²⁴⁰, TROPIONGA, SAREDO, GABBA, FRANZI²⁴¹ y en España

²³⁸ PUIG PEÑA, F., *Arrendamiento*, *op. cit.*, p. 838.

²³⁹ A este propósito, RUGGIERO dice que el arrendatario no se halla con la cosa en una relación jurídica inmediata y directa -como el titular del *ius in re-*, sino en una relación mediata e indirecta. No es tampoco síntoma de la realidad de la relación -dice- la eficacia reconocida al arrendatario frente al comprador, pues razones de utilidad pública y de equidad justifican esta norma. Cit. por PUIG PEÑA, F., *Arrendamiento*, *op. cit.*, p. 838, nt. 5.

²⁴⁰ FADDA e BENSA, Note al Windscheid, vol. I, nota C) al Libro II, pag. 594; MAIORCA, *Trascrizione (Commentario di D'AMELIO e FINZI, Tutela dei diritti*, Barbera, Firenze, 1943, Pág. 76)". En TABET, A., *Locazione (In Generale) (Diritto Civile)*, Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1957, p. 999, nt. 8.

por DE BUEN, MORELI, MUCIUS SCAEVOLA, MANRESA y BARRACHINA, sostiene, por el contrario, que de este contrato surge un verdadero Derecho real a favor del arrendatario. La tesis se inició ante la postura del Código Francés, en su Art. 1473 que, derogando la *lex emptorem* del Derecho romano, consolidaba la posición del arrendatario frente al adquirente de la cosa²⁴².

Finalmente, la tercera posición que se presenta con respecto a esta cuestión, de gran acogida en España, es la defendida por SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, DE DIEGO, DÍAZ MORENO, LÓPEZ DE HARO, puede considerarse como un matiz intermedio entre los dos primeros. En opinión de este grupo de tratadistas, se debe distinguir entre el arrendamiento no inscrito y el inscrito, estimando – con el sentir de la Comisión redactora de la Ley hipotecaria de 1861 – que el primero sólo producía un Derecho de carácter personal, y, en cambio, el segundo, un propio Derecho real. Esta tesis intermedia ha sido acogida en España por las sentencias del Tribunal supremo del 1º de

²⁴¹ TROP LONG, *La locazione ama il sole della civiltà*, Louage, pág 55 e segg.; SAREDO, *Natura del diritto conferito al conduttore* (Legge, IX, 1867, pág. 38); GABBA, *Trattato della retroattività delle leggi*, 2ª. Ediz., Torino, vol. III, pag. 17: por último ha sido retomada con vigor por FRANZI, *sulla natura del diritto del locatari*, al considerar que el contrato de arrendamiento le transfiere tal potestad al arrendatario, mientras el arrendador está obligado a tener siempre disponible la cosa, lo que crea en el arrendatario una nueva especie de derecho real. En TABET, A., *Locazione...*, *op.cit.*, p. 999, nt. 4; nt. 6 y nt.7.

²⁴² MANRESA considera que resulta absurdo que se transmita el uso o disfrute sin precio para constituir un derecho real de usufructo, uso o habitación, y no lo constituya si se transmite de otra forma, con otro nombre o mediante el pago de una renta. En cualquier forma que sea, el propietario, al ceder el uso o disfrute, se desprende de él, lo pierde para si y lo entrega a otro. Si después quiere vender, no podrá transmitir lo que ya dio, ni el comprador adquirir lo que ya se ha transmitido. Si pues uno y otro tienen que respetar el arrendamiento, ¿dónde está el tercero que no deba considerarse obligado a este mismo respecto? Los razonamientos de MUCCIUS son todavía más atinados, y MOREL se hace eco de la cuestión con frases de igual intensidad. El eminente maestro CASTÁN dice que, en el terreno del Derecho constituyente, puede pensarse que el arrendamiento debería ser un derecho real, como lo es el usufructo, ya que son circunstanciales y puramente históricas las diferencias existentes entre uno y otro derecho y, por otra parte, ello tendría ventajas innegables al dar más solidez al derecho del arrendatario y permitir su hipoteca. Ver PUIG PEÑA, F., *Arrendamiento*, *op. cit.*, p. 838, nt. 6.

junio de 1909, del 9 de junio de 1913, 24 de junio de 1927 y 18 de abril de 1942²⁴³.

Sin embargo, pese a esta refrendación por la jurisprudencia española, los autores insisten aún en negar al arrendamiento inscrito el carácter de Derecho real, puesto que consideran que no es posible que la inscripción registral pueda por si misma cambiar la naturaleza jurídica de una institución, transformando en Derecho real lo que es un propio Derecho personal. En efecto, el arrendamiento es un típico Derecho personal, debido a que no se dan en él los atributos de los Derechos reales, como son el *ius abutendi*, *el ius fruendi* y *el ius utendi*.

Poniendo por caso las legislaciones de Colombia y España, el tema está regulado en el Código civil de cada país por el artículo 2020 y el artículo 1.549, respectivamente. Aquí, y según lo establecido en el párrafo anterior, quedaría claro que se pretende desnaturalizar al contrato de arrendamiento, afirmando que se transforma en Derecho real, con la inscripción del arrendamiento en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Colombia o en el Registro de la Propiedad de España. Sin embargo, en realidad, no es menos cierto que en ambos casos, esa inscripción sólo tiene eficacia para hacer constar frente a terceros la existencia del contrato. Por consiguiente, lo que se produce son ciertos efectos reales por la protección efectiva del arrendatario frente al nuevo adquirente, buscando darle estabilidad a la posición jurídica del arrendatario.

²⁴³ *ibid.*, p. 838.

2.1.2. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL USUFRUCTO Y EL *UTI FRUI LICERE* DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Es conveniente ahora retomar la cuestión donde se examina si la transferencia al arrendatario de los Derechos de uso y disfrute de la cosa, como principal obligación que surge del contrato de arrendamiento, implica la cesión del *ius utendi et fruendi*, siendo ambos los atributos propios del Derecho real de usufructo.

En cuanto a su contenido, estos son derechos que se asimilan, pues se trata de tener el uso y disfrute sobre una cosa ajena. Pero lo cierto es que su diferente naturaleza es lo que precisamente permite distinguir el uso y disfrute de la cosa entregada a título de arrendamiento, del uso y disfrute del contrato real de usufructo²⁴⁴.

A saber, son varios los rasgos esenciales que caracterizan el Derecho real de usufructo y que lo distinguen del Derecho personal que nace del contrato de arrendamiento. Así, en primer lugar, el Derecho real de usufructo es por lo general vitalicio y constituye una relación real sobre la cosa, exigible *erga omnes*. Por el contrario, el arrendamiento

²⁴⁴ Para precisar la naturaleza del concepto es oportuna la reflexión de Costa sobre el alcance del *uti frui licere* de la *locatio conductio* en contraste con el *ius fruendi y utendi* del usufructo: "¿Qué se entiende por disfrute de la cosa? Se considera como tal la suma de todas las utilidades que de la cosa se puedan derivar, de acuerdo con el uso normal de la misma, y puede consistir ya en el uso directo o personal que de ella haga el *conductor* o su familia, o en la cesión para su uso por otra persona, salvo convención en contrario, o bien en la esperanza de obtener de ella unos productos sin alterar su entidad económica. Comprende entonces potencialmente la misma esfera de utilidades que se comprenden en el derecho real de usufructo. De ahí que si se constituyese a favor del *conductor* un derecho de usufructo sobre el mismo bien arrendado, podría decirse que éste tendría sobre el bien los mismos poderes que tenía antes en virtud del contrato, si bien con la única diferencia de no tener que pagar la *merces*". COSTA, E., *La locazione...*, op.cit, p. 28.

es por lo general temporal y conforma una relación personal, exigible sólo del arrendador y sometida a un plazo convenido.

Adicionalmente, otro atributo que se distingue es que el usufructuario, al ser el efectivo titular del *ius utendi* y del *ius fruendi*, está legitimado para ceder estos derechos a través de un contrato de arrendamiento sobre la cosa que tiene en usufructo. De esta forma, queda el arrendamiento condicionado por el Derecho real de usufructo que tiene el arrendador en relación con la cosa, pues el arrendamiento subsistirá mientras permanezca la titularidad del Derecho real en el arrendador²⁴⁵.

Como última distinción, se identifica que en el uso de las acciones el *conductor*, por un lado, tiene la *actio conducti*, mientras que el usufructuario, por el otro, tiene la *vindicatio*²⁴⁶.

2.1.3. EL UTI FRUI LICERE SOBRE COSAS INCORPORALES O DERECHOS

Llegados a este punto, la siguiente cuestión que puede presentarse es si el *uti frui licere*, además de recaer sobre bienes muebles o inmuebles, puede también convenirse sobre cosas incorporales o derechos, más específicamente, sobre un Derecho real de servidumbre. Un análisis a dichas consideraciones puede hallarse en

²⁴⁵ D.19.2.9.1. (Ulp. 32, ad ed.). *Hic subiungi potest, quod Marcellus libro sexto. Digestorum scripsit, si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis, quam insula exusta teneretur locator conductori.*

²⁴⁶ Gayo 4.5. *Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari fieriue oportere intendimus, condictiones.*

una de las clasificaciones Gayanas, en donde se dividen las cosas en corporales e incorporales. Así pues, por lo que se refiere a las cosas incorporales, se discute si sobre ellas se podía ejercer el arrendamiento.

Ahora bien, adoptando la posición de Ulpiano, quien dice en D.19.2.44 que "*Locare servitutem nemo potest*", algunos autores modernos aceptan la posibilidad que sobre bienes incorporales haya arrendamiento²⁴⁷, salvo en las servidumbres. Incluso, se encuentra que en los códigos de lengua o inspiración alemana existe esta reglamentación que abre la posibilidad de arrendar. Clasificando estos conjuntos de normas, se hallan, en la primera categoría, el Código germánico y el Código austríaco, mientras que en la segunda, se encuentran los Códigos de Suiza, Portugal, Japón y China. En estos ordenamientos, sea de una u otra categoría, se denominan y regulan de manera completamente autónoma la locación de cosas (Miethe, o Sachmiethe, bail à loyer), distinguiéndola, de esta manera, de la locación de derechos (Retchs miethe)²⁴⁸.

²⁴⁷ Así Andrés Bello señalaba "... pueden locarse todas las cosas que están en el comercio humano, aun las incorporales, como el usufructo y la habitación; pero no las servidumbres reales...", BELLO, Andrés, *Derecho romano*, La Casa de Bello, Caracas, 1981, pp. 153 y 154. De esta interpretación de las fuentes romanas hecha por Andrés Bello, surge el Art. 1974 del Código Civil colombiano que dice textualmente: "Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso". Sin que haya una norma análoga, la norma que más se acerca en el Código civil español es el Art. 1545 que dice: "Los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato". También en sentido favorable a los arrendamientos de derechos, afirma Federico PUIG PEÑA: "Lo que se dice de las cosas *sensu stricto* se dice de los derechos; siempre, claro está, que estos no sean personalísimos, como sucede con el uso y la habitación (art. 525); y sea posible separar el uso o goce de los mismos de su asiento material; por eso las servidumbres no pueden arrendarse con independencia de los predios a que pertenecen". PUIG PENA, F., *Arrendamiento*, *op.cit.*, pp. 840 y 841.

²⁴⁸ TABET, A., *Locazione...*, *op.cit.*, p. 997.

Con todo esto, no es de olvidar que para otro conjunto de autores la perspectiva de arrendamiento de derechos es absolutamente inadmisibile. Ciertamente, esta es una opinión que parece ser la más conveniente, pues aceptando la distinción que existen entre los bienes y los derechos, es dable admitir que el *uti frui licere* no puede recaer sobre un Derecho, porque éste no se puede usar y disfrutar de la misma manera como se usan y gozan las cosas corporales. Y es que se puede controvertir este punto de vista señalando que las fuentes permiten arrendar al usufructuario, pero, en realidad, este no arrienda su Derecho, sino el bien sobre el cual recae el Derecho. Por consiguiente, asimilar el arrendamiento de derechos con el arrendamiento de cosas, resulta inadmisibile²⁴⁹.

2.1.4. LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD SOBRE LAS COSAS OBJETO DEL *UTI FRUI LICERE*

Continuando con la exploración de las diferentes tesis, hay que añadir el debate en torno al cual se examina si por medio del contrato de arrendamiento de cosas se transfiere o no la propiedad de los bienes sobre los cuales se realiza al arrendamiento. Es una cuestión que se

²⁴⁹ Así, para F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "No es posible el arrendamiento de cosas incorporales o derechos. En este sentido, no cabe un arrendamiento sobre alguno de los *iura in re aliena*, así como una servidumbre o un usufructo, no tampoco sobre un derecho de crédito. Por lo que se refiere a los primeros, así se afirma en D.19.2.44 (Ulp. 7 ed.) "nadie puede dar en arrendamiento una servidumbre". FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Sistema Contractual Romano...*, *op.cit.*, p. 298. En similar sentido, GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 157, al señalar, "No pueden, pues, arrendarse los *iura* o cosas incorporales en la terminología de Gayo... Tampoco se puede arrendar el usufructo como *ius*, aunque el usufructuario pueda arrendar la cosa sobre la cual recae aquél, para extraerle 'frutos civiles'. Un arrendamiento de obligaciones resulta también inconcebible".

señala en un texto de Labeón, en el libro V de sus obras póstumas compendiadas por Javoleno:

*D.18.1.80.3 Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.*²⁵⁰

En este texto, Labeón usa como signo de distinción entre la venta y el arrendamiento la transmisión de la propiedad, de modo que el jurista piensa que no es posible, en ningún caso, la transferencia del dominio en la *locatio conductio*. Del pasaje de Labeón se pueden deducir las siguientes reglas:

- Que la función económico-social del contrato de arrendamiento, no permite que en ningún evento se transmita la propiedad.
- Que se debe devolver el mismo bien que se entrega inicialmente, porque si se devuelve otro bien diferente se transmitiría la propiedad del entregado inicialmente.
- Que no se pueden arrendar bienes consumibles, pues como este tipo de bienes se destruyen o se transforman con su uso,

²⁵⁰ D.18.1.80.3. No puede considerarse que alguien vendió aquella cosa respecto de cuyo dominio se trata que no pase al comprador; sino que esto es o una locación, u otro género de contrato.

por lo que, para que puedan ser usados, debe transmitirse la propiedad de dichos bienes.

En el mismo sentido se encuentra otro fragmento, pero esta vez de Ulpiano, que plantea una excepción interesante a dicha regla:

"D.19.2.39. (Ulp. 2, ed) No solet locatio dominium mutare".

El arrendamiento, por principio, no transmite la propiedad de las cosas al arrendatario, pero el texto, al mencionar que el arrendamiento "no suele cambiar el dominio", parece plantear una excepción a dicha regla, por lo tanto cabría la siguiente pregunta ¿En qué casos, el contrato de arrendamiento constituye título idóneo para transmitir la propiedad?

Con base en análisis al texto de Ulpiano, se han planteado algunas respuestas a dicha pregunta. Una primera de ellas, según una teoría expuesta por COSTA²⁵¹, sugiere que en un principio el contrato de arrendamiento debió servir como forma de transmisión de la propiedad de los bienes dados en arrendamiento con un pacto de fiducia, con el cual el arrendatario se obligaba a devolverle el bien al arrendador una vez transcurrido el término dado para el uso.

²⁵¹ SELL, W., *Beiträge zur Lehre vom Mieth- und Pachtvertrag*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, XIX. Bd., H. 2, 1836, pp. 333-4, cit. por COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, 11.

En otra propuesta, de una interpretación conjunta de D.19.2.3²⁵² y 19.2.39²⁵³, PLACENTÍN concluye que el texto se refiere al *instrumentum*²⁵⁴ de un fundo *locado*, en el caso que se hubiere convenido, que el dominio pasaba al *conductor*²⁵⁵. Además de las interpretaciones anteriores, se puede señalar que otra explicación válida de este texto, es que Ulpiano se refiere a que el único evento en el que se trasmite la propiedad es en la *locatio conductio operis*²⁵⁶, ya que en el arrendamiento de cosas, en ningún evento se transmitiría la propiedad.

2.1.5. EL UTI FRUI LICERE SOBRE COSAS CONSUMIBLES

Aceptándose la regla que establece que en la *locatio conductio rei* no se transmite la propiedad, se desencadena de inmediato otra premisa, de acuerdo a la cual no se pueden arrendar los bienes consumibles²⁵⁷.

²⁵² D.19.2.3: (Pomp. 9, Sab) *Quum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agri, ut instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agri, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, quum quid aestimatum in dotem daretur.*

²⁵³ D.19.2.39: (Ulp. 2, ed.) *No solet locatio dominium mutare.* (Cuando se de en arrendamiento un fundo, y el colono reciba estimado el apero, dice Próculo, que se contrata esto, que el colono tenga como comprado el apero, como sucedería, cuando estimada se diese en dote alguna cosa.)

²⁵⁴ En algunos arrendamientos de fundos, el arrendador se obliga a prestar, junto con el terreno, los bienes muebles que constituyen los instrumentos de labranza o de cultivo, que varían según la destinación del fundo, como sería el caso del cultivo de la oliva o de la uva y con miras a la siembra, recolección y conservación del aceite o del vino.

²⁵⁵ PLACENTÍN, *De action personal.* 32 c 3, in Tract. Universi iuris III, 2, cit. por COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, pp.11 y 12.

²⁵⁶ Respecto del texto del Digesto D.34.2.34 Pr., donde se plantea la discusión entre Quinto Mucio y Pomponio con relación al paterfamilias que lega a su mujer todo su oro, veáse SUPRA, Cap. II, sobre la configuración por la jurisprudencia romana de la *locatio conductio*.

²⁵⁷ ARANGIO RUIZ, V. *Instituciones de Derecho romano*, *op.cit.*, p. 387; GARCÍA GARRIDO, MJ., *Derecho Privado Romano...*, *op. cit.*, p. 316; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op.cit.*, p. 298; GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano.*, *op.cit.*, p. 156; IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, *op.cit.*, p. 369; PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 568; VALENCIA, H. R., *Derecho Privado Romano*, Editorial Temis,

En principio, este tipo de bienes no se pueden arrendar dada la obligación que tiene el *conductor de reddere*, o sea, de devolver la misma cosa a la terminación del contrato, lo cual resulta imposible si se arrienda un bien consumible que, claramente, se destruye con su uso. Por lo tanto, para que un bien consumible pueda usarse y/o disfrutarse, debe transmitirse la propiedad de dicho bien porque con su uso, durante el cual queda asegurado su consumo y extinción física, desaparece del patrimonio en que se encuentra, y esto conllevaría a que el arrendamiento se convirtiera en un contrato traslativo de dominio, lo cual desnaturalizaría el contrato.

Como sustento a este argumento que niega la posibilidad de arrendar bienes consumibles, se puede partir de lo dicho por las fuentes en cuanto a similitud que se presenta entre el comodato y el arrendamiento, en cuanto a que para ninguno de ellos se puede transmitir la propiedad. Tal regla en el comodato, se encuentra en un texto de Ulpiano, que señala:

*D.13.6.3.6. (Ulp. 28, ed.) Non potest commodari
id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam
vel ostentationem quis accipiat.*

Según este fragmento, en el comodato no podrá entregarse bienes consumibles sino para pompa u ostentación. De esta manera, y por analogía, sólo sería posible el arriendo de bienes consumibles cuando

Bogotá, 1986, p. 356; entre muchos autores que señalan que no se pueden arrendar bienes consumibles.

se den para pompa y ostentación, es decir, cuando por medio del pacto se contraríe la naturaleza del bien al prohibirse que sea consumido y que al finalizar el contrato se deba devolver el mismo bien. Valga como ejemplo el caso en el que se arriende para pompa y ostentación una botella de vino, situación en la cual la obligación de restitución será sobre la cosa misma, es decir la botella de vino. De esta manera, la botella se habrá arrendado como un bien no consumible, contrariando su propia naturaleza.

De acuerdo a lo anterior, el arrendamiento de cosas en ningún evento transmite la propiedad de la cosa objeto de arriendo, por lo que su función práctico-económica es el uso y disfrute de los bienes, sin que el dominio del bien se altere por el hecho del arriendo. Aceptando esta posición, parece imposible el arriendo de bienes consumibles por ser apropiado de su naturaleza el que se agoten o se extingan con su uso natural. Y sin ir más lejos, esta prohibición se reitera en los artículos 1545²⁵⁸ del Código Civil español y el 1974²⁵⁹ del Código Civil colombiano²⁶⁰.

2.1.6. EL SUBARRIENDO O CESIÓN DEL *UTI FRUI LICERE*

²⁵⁸ Art. 1545 C.C.E.: "Los bienes fungibles que se consumen por el uso no pueden ser materia de este contrato."

²⁵⁹ Art. 1974 C.C.C.: "COSAS OBJETO DE ARRENDAMIENTO.- Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales que son susceptible de arrendarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar; y los derechos estrictamente personales, como los de uso y habitación."

²⁶⁰ Al respecto, manifiesta el profesor Federico Puig Peña, que las cosas consumibles quedan excluidas del contrato de arrendamiento, al tenor del artículo 1545 C.C.E. No obstante esta disposición legal, los autores entienden que dichos bienes podrán ser objeto del contrato de arrendamiento cuando se entreguen *ad pompam vel ostentationem*. También pone de presente que la jurisprudencia ha admitido unánimemente el arrendamiento de minas, no obstante "consumir" el arrendatario la mina mediante la obtención de los productos. Así lo ha reconocido la Sentencia de 3 de Noviembre de 1911. PUIG PENA, F., *Arrendamiento, op.cit.*, p. 841.

Vale la pena finalizar estas disquisiciones jurídicas sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento analizando lo atinente al subarriendo. Tomando como punto de partida el contrato de arrendamiento, donde el arrendador cede el *uti frui licere* que tiene sobre la *res locata* al arrendatario, surge como pregunta si dicho arrendatario puede eventualmente ceder de nuevo ese *uti frui licere* a un tercero, a cambio también de una *merces*.

Para responder el interrogante anterior, los varios ordenamientos jurídicos han reaccionado de diversas maneras. Así, unos parten de la prohibición total del subarriendo como norma imperativa, mientras otros establecen la prohibición en forma de norma dispositiva²⁶¹; se encuentra, igualmente, aquellos que han optado por una prohibición parcial de esta figura²⁶², al tiempo que otros sistemas normativos le han dado plena facultad a arrendatario de subarrendar el bien, salvo estipulación en contrario²⁶³.

En este punto hay que distinguir entre el subarriendo y la cesión del contrato de arriendo. Subarrendar consiste en otorgar en

²⁶¹ Así, el Código Civil Colombiano señala en el Art. 2004.- "El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo, ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido, pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo". La última parte de la norma es obvia, nadie puede dar más de lo que tiene, el arrendatario sólo puede ceder el *uti frui* en los mismos términos que le fue cedido a él, pues es eso con lo que cuenta. También adhiere a esta tendencia la Ley 56 de 1985, que expresa en el Art. 6.- Subarriendo o cesión "el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que medie autorización expresa del arrendador."

²⁶² De esta manera, el Código de Comercio colombiano, en el Art. 523 señala "El arrendatario no podrá, sin la autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darle, en forma que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato. El arrendatario podrá subarrendar hasta la mitad los inmuebles, con la misma limitación."

²⁶³ Es el caso del Código Civil español, que dispone en el Art. 1550.- "cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador."

arrendamiento la cosa arrendada, de tal manera que hay dos arrendamientos superpuestos, donde el subarrendador se encuentra doblemente obligado al asumir una doble calidad, de arrendatario en el contrato inicial y de arrendador en el segundo, respecto del subarrendatario. Por el contrario, ceder el arriendo es transferir a un tercero el *uti frui licere* o Derecho de goce que deriva del contrato de arrendamiento. El cesionario ocupa el lugar del cedente y se crea una relación directa entre el cesionario y el arrendador original.

Según se puede establecer en las fuentes, en el Derecho romano se concedió al arrendatario la facultad de subarrendar el bien, salvo pacto en contrario. Esta corriente se observa en las fuentes en D.19.2.60pr y D.19.2.7 donde se señala expresamente la facultad de subarrendar, de la siguiente manera:

*D.19.2.60pr. Quum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex kalendis illis cuius que anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit.*²⁶⁴

D.19.2.7. (Paul, 32, ed) *Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius a domino prohibitus fuerit*

²⁶⁴ D.19.2.60pr.- Cuando una casa se dio en arrendamiento por muchos años, debe el arrendador entregarla, no solo para que pueda el arrendatario habitarla desde aquellas calendas de cada año, sino también para que pueda subarrendarla por su tiempo á un inquilino, si quisiera.

*habitare, agentem te ex conducto sexaginta
consequi debere placet, quia ipse Titio tenearis
in sexaginta*²⁶⁵.

No obstante que en principio, es posible subarrendar, fue práctica frecuente la inclusión de un pacto expreso por el que se prohibía al arrendatario volver a arrendar. De igual manera, la eficacia del subarriendo depende del arriendo. Una vez terminado éste se extingue automáticamente aquel, pudiendo el subarrendatario exigir responsabilidades a su arrendador por incumplimiento de contrato, tal y como se recoge en una constitución imperial de Alejandro Severo, del año 224 d.C., que se contiene en C.4.65.6.²⁶⁶

3. LA MERCES

La *merces*, como elemento esencial del contrato, está mencionada en Gayo 3.142:

*Locatio autem et conductio similibus regulis
constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non
uidetur locatio et conductio contrahi.*

²⁶⁵ D.19.2.7.- Si yo te hubiera dado en arrendamiento una casa ajena en cincuenta, y tú la hubieres dado arrendada a Ticio en sesenta, y por el dueño se le hubiere prohibido a Ticio habitarla, parece bien que ejercitando tú la acción de conducción, debas conseguir los sesenta. porque tú mismo estás obligado a Ticio por los sesenta.

²⁶⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 312.

Es decir que, desde la época Clásica, era esencial el señalamiento de una renta cierta para que surgiera el contrato de arrendamiento a la vida jurídica, tal y como se mencionó al tratar sobre la característica de onerosidad en la *locatio conductio*. Si no se ha fijado una renta cierta no se considera que se haya contraído arrendamiento. También sirve como punto para distinguirlo de otros contratos gratuitos como, por ejemplo, la donación o el comodato.

Es importante advertir que la *merces*²⁶⁷ es un elemento tan en esencial en el arrendamiento como en la compraventa, según se expresa en el fragmento, ya mencionado, de Gayo 3,142, y que igualmente se puede apreciar en los pasajes D.19.2.2pr, atribuido a Gayo y tomado del libro II de la obra postclásica titulada *Res cottidianae*, y D.18.1.2.1., del libro I de comentarios de Ulpiano a Sabino:

*D.19.2.2pr. Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistit. Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit*²⁶⁸.

²⁶⁷ Debe decirse que se usa el término *merces*, *mercede* que según KAUFMANN, *Die altromische Miete, Köln – Graz, 1964*, cit. por MASI, A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, pp. 910 ss., es un término que deriva de *merx* y filológicamente no tiene correspondencia con una prestación pecuniaria.

²⁶⁸ En similar sentido el Código civil colombiano, al disponer en el "Art. 1976.- El precio podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta", evidenciando, las normas comunes entre ambas figuras jurídicas."

D.18.1.2.1. Sine pretio nulla venditio est, non autem pretti numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emtionem.

Otro texto que refleja el criterio de Justiniano sobre el precio como elemento esencial, está recogido en sus *Institutas*, en el Título XXIV, dedicado al arrendamiento y donde, además, se pone de relieve la semejanza con el contrato de compraventa, reseñado en el título anterior:

3.24pr. Locatio et conductio próxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistunt. Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic et locatio et conductio ita contrahitur intelligitur, si merces constituta sit.

Adicionalmente, se nos indica que la falta de pacto del precio del alquiler podría transformar el contrato en otro diferente, como se deduce del libro 32 de comentarios de Ulpiano al Edicto:

D.10.3.23: (Ulp. 32, ad ed.) Si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum, utrum ex conducto sit actio, an vero communi dividundo. Eadem quaestio est, et si socius, qui convenerat, ut

alternis annis frueretur, pecus immisit, et effecit, ut futuri annis fructus, quos socium percipere oportuit, corrumpentur. Et puto magis communi dividundo iudicium, quam ex conducto locum habere; quae enim locatio est, quum merces non intercesserit? Aut certe actionem incerti civilem reddendam²⁶⁹.

La *merces* en el arrendamiento de cosas vendría a ser equivalente a la contraprestación por el *uti frui licere* que se otorga, por el *locator* al *conductor*, sobre la *res locata*. Por esto, es un elemento esencial que evidencia el carácter oneroso del contrato de arrendamiento y la bilateralidad de las prestaciones.

Adicionalmente, este elemento de la *locatio-conducto rei*, visto como la obligación de pagar la *merces* que recae sobre el *conductor*, fundamentalmente representa el pago por el goce temporal sobre una cosa²⁷⁰, no la contraprestación por la cosa misma, sino por el *uti frui*.²⁷¹ Se puede afirmar entonces, que *merces* y *uti frui* están uno en función del otro²⁷².

²⁶⁹ D.10.3.23.- Si entre tú y tu socio se hubiere convenido, que percibiríais los frutos en años alternos, y el socio no consintiera que tu percibas los frutos de tu año, se ha de ver, si habrá la acción de arrendamiento, o bien la de división de cosa común. La misma duda hay, también si un socio, que había convenido, que disfrutaría en años alternos, introdujo ganado, e hizo que se estropeasen los frutos del año venidero, que debió percibir su socio. Y opino, que mas bien tiene lugar la acción de división de cosa común, que la de arrendamiento; porque ¿qué arrendamiento hay, no habiendo mediado precio? O bien se ha de dar en verdad la acción civil de cosa incierta.

²⁷⁰ MASI, A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, pp.910 ss.

²⁷¹ Al respecto, nos dice Fernández de Buján: "La normal onerosidad de la *locatio conductio* se basa en que cada uno de los contratantes cumple su obligación pensando en el cumplimiento de

3.1. Características de la *merces* en el contrato de la *locatio conductio*

Respecto a las características del precio del arrendamiento, se tienen las siguientes:

a. La *merces* debe ser **verdadera**; de lo contrario, habrá donación.

Así lo establecen los siguientes pasajes:

D.19.2.20.1: (Paul., 34, ed) Sed donationis causa contrahi non potest.

D.19.2.46: (Ulp. 69, ed.) Si quis conduxerit numo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.

D.41.2.10.2: (Ulp., 69, ed.) Si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem numo uno conduxit, nulla dubitatio est, quine i precarium solum teneat, quai conductio nulla est, quae est in uno numo; sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est.

la otra parte. Así en la *locatio conductio rei*, si el *locator* cede la cosa al *conductor* es porque éste abona por ello una renta". FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op. cit.*, p. 296.

²⁷² AMIRANTE, *Ricerche...*, *op.cit.* pp. 103 ss. Con respecto a la proporcionalidad de la *merces* y uso, son explicativos en la *locatio rei* D.19.2.19.6; D.19.2.21; D.19.2.15.1.; D.19.2.28.2.; D.19.2.30.1.; D.19.2.33.

b. La *merces* debe ser **cierta**²⁷³. Del mismo modo en que el precio de la venta debe ser cierto, *la merces* debe serlo también. Esta característica, enunciada también en D.18.1.2.1. y en I.3.23.1., reseñados en un párrafo anterior, está claramente expuesta en este fragmento de Gayo:

G.3.142. Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non uidetur locatio et conductio contrahi.

No obstante la nitidez del pasaje mencionado, esta característica puede verse mejor ilustrada con los pasajes que se relacionan enseguida, en donde aparece que el precio debe ser cierto, aunque se configure una lesión enorme por venderse por menos de su justo precio. Así lo establecen los fragmentos que se encuentran en el libro 34 de PAULO de sus comentarios al edicto, en D.19.2.22.3, y en el libro de Epitome del Derecho de HERMOGENIANO, contenido en:

D.19.2.22.3. Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris venderé, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.

²⁷³ La característica de certeza, se menciona expresamente en Código Civil español al expresar en su "Art. 1543: En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto."

*D.19.2.23 -et ideo, praetextu minoris pensionis
locatione facta, si nullus dolus adversarii probari
possit, rescindi locatio non potest.*

Consideramos que es conveniente hacer la interpretación de ambos pasajes en conjunto, puesto que el párrafo 3 del fragmento 22, es decir D.19.2.22.3, hace una analogía con la venta en un discurso que es continuado, a su vez, por el pasaje D.19.2.23, para resaltar que si el precio del arrendamiento es cierto, el hecho de ser inferior al valor de la cosa no da razón para rescindir la locación, a menos que se pruebe el dolo. Adicionalmente, el primer fragmento será muy importante para analizar la siguiente característica, referente a la determinación de la *merces*, la cual, como se verá, resalta la autonomía de las partes para señalarla.

En este mismo orden de ideas, vale la pena reseñar el siguiente pasaje, tomado del libro XXXI de POMPONIO, de sus comentarios a Quinto Mucio:

*D.19.2.52. Si decem tibi locem fundum, tu autem
existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed
et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te
conducere, utique non pluris erit conductio, quam
quanti ego putavi.*

c. De la mano con la certeza viene el aspecto de la **determinación**²⁷⁴. En la época clásica la determinación del precio en la venta se dejaba a la libre fijación de las partes contratantes de acuerdo con un criterio estrictamente de autonomía de la voluntad de las partes.

Todavía en el año 244 d. C., la no fijación de un justo precio a la venta no constituía causa suficiente para solicitar la rescisión de la misma ni para exigir un complemento del precio en búsqueda de una proporcionalidad con el valor real del bien enajenado. Así se observa con este texto:

*C.8.40.18.: Imp. PHILIPPUS A. et PHILIPPUS
C.SMYRNAE.- Si, ut proponis, fundum ob
debitum obligatum non iusto pretio vendidisti,
residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem
servare potuisses, refundí tibi a fideiussore non
iure poscis.*

La libertad y las consecuencias jurídicas evidenciadas en la venta, ocurrían de manera similar en el caso del arrendamiento, según se deduce del texto, ya visto, contenido en D.19.2.22.3., de comentarios

²⁷⁴ La referencia a la determinación la hace expresamente el Código Civil colombiano, en el Art. 1976, reenviando el tema a los artículos 1864 y 1865 referentes al contrato de venta: Art. 1864.- "El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen. Si se trata de cosas fungibles..."; Art. 1865.- "Podrá así mismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se conviniere los contratantes: en caso de no convenirse, no habrá venta. No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes".

al Edicto de Paulo. En este pasaje, con claridad meridiana se expone que, tanto en la compraventa como en el arrendamiento, está naturalmente permitido comprar por menos lo que valga más y vender por más lo que valga menos, así se estén engañando las partes mutuamente.

Adicionalmente, entre otros fragmentos significantes de la libertad contractual en el arrendamiento, destacamos los siguientes:

D.19.2.7 (Paul. 32, ed) Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexagintaconsequi debere placet, quia ipse Titio tenearis in sexagint.

D.19.2.8 (Trif. 9, disp.) nos videamus, ne non sexaginta praestanda, nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui conductione, tantundemque consequatur medius, quantum praestare debeat ei, qui a se conduxit, quoniam emolumentum conductionis ad comparationem uberioris mercedis computatum maiorem efficit condemnationem.

D.19.2.30 (Alf. 3, Dig.) Qui insulam triginta conduxerat, singula coenacula ita locavit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur; dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret,

demolierat eam; quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem aestimari; sin autem non fuisset necesse demoliri, sed, quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ue migrarent, tanti condemnari oportere.

Los tres textos evidencian la libertad que tiene el arrendatario de una casa para establecer el precio de los subarriendos que llegase a realizar del inmueble recibido en tenencia. Dicha autonomía para señalar la renta está reconocida en los fragmentos, pues en todos se determina que, si el inquilino debe indemnizar, a su vez, a sus arrendatarios por no poder garantizar el uso y disfruto del inmueble, dicho valor le debe ser reconocido por su arrendador mediante el ejercicio de la acción de conducción.

Pero si la determinación del valor de la *merces* seguía las reglas de la autonomía de la voluntad, la cuestión sobre la indeterminación de la renta de alquiler fue un asunto debatido en la jurisprudencia clásica, donde los juristas sabinianos, en oposición a los proculeyanos, consideraban que la indeterminación hacía nulo el contrato.

Prevaleció la postura de los sabinianos, teniendo en cuenta que el Derecho clásico no admitió la determinación confiada al *arbitrium* de un tercero²⁷⁵.

En cuanto al carácter determinado o determinable del arriendo se lee en Gayo 3. 143:

*Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, uelut quanti Titius aestimauerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. qua de causa si fulloni polienda curandaue, sarcinatori sarcienda uestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter non conuenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*²⁷⁶.

Respecto de los problemas relacionados con la determinación del precio o del salario cuando esta es confiada a un tercero, GROSSO afirma que “las fuentes recuerdan divergencias de opiniones entre los jurisconsultos en cuanto a la determinación del precio en la compraventa y de la remuneración en el arrendamiento de

²⁷⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., pp. 300-301.

²⁷⁶ G. 3,143.- Por lo cual, se discute si hay arrendamiento cuando se deja el precio al arbitrio de un tercero, por ejemplo, lo que Ticio estime. Se discute también si hay arrendamiento cuando entrego un vestido al tintorero para que lo limpie y arregle, o a un sastre para que lo remiende, sin fijar el precio, sino quedando solamente en que le daré lo que convengamos después.

transporte”²⁷⁷. Asimismo, en alusión a lo tormentoso del tema, el mismo autor italiano añade:

La controversia contemplaba el problema del precio en la compraventa y de la *merces* en la locación y partía del carácter con el que estos contratos surgieron y se configuraron en cuanto a registro de que el precio y la remuneración fueran *certi*, esto es, determinados precisamente. Más allá de lo anterior no se puede generalizar. Posiblemente la controversia debió tener un alcance más amplio y remitirse también a otros casos de elementos esenciales que debían ser determinados rigurosamente desde un comienzo.²⁷⁸

Analizando más a profundidad la determinación por un tercero en la locación de fundo, se ha dicho que no era admisible, en época clásica, dejar la determinación del canon a un tercero, prevaleciendo la postura sabinenanea²⁷⁹. Sin embargo, en D.19.2.25pr., de Gayo al Edicto provincial, en su sentido genuino, la determinación cedida de esta manera se afirma y, por tanto, se le otorga validez si las partes señalan a un tercero para que fije el precio, con lo que se revela la alteración de los compiladores:

²⁷⁷ GROSSO, G., *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación.*, (Trad. española Fernando Hinestrosa) Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 14 ss.

²⁷⁸ *ibid.*, pp. 14 ss.

²⁷⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op. cit.*, p. 300

D.19.2.25pr (Gai 10, ed. Prov.) Si merces promisa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur; sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat, et conductionem ad effectum pervenire; sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definere, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta.

El aparte final ha sido subraya por nuestra parte para resaltar que, a pesar de que en la primera parte del texto es válido el arrendamiento en el que se acuerda fijar la renta en un momento posterior, dejándola al arbitrio de un tercero, si este no puede o no quiere determinarla, el contrato es nulo.

El punto de la validez, o invalidez, de la compraventa y del arrendamiento en los que la determinación del precio o del canon estaba confiada a un tercero fue resuelto legislativamente por Justiniano en C.4.38.15²⁸⁰. Dicha respuesta fue reiterada en

²⁸⁰ C. 4.38.15: *Imp. Iusnianus A. Iuliano pp. : Super rebus venummandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esse, quanti Titius aestimarevit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. Quand decidentes censemus, cum huiusmodi convetio super venditione procedat 'quanti ille aestimaverit', sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nomitatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum*

I.3.23.1²⁸¹, de conformidad con lo cual, los compiladores interpolaron D.19.2.25pr., pues Gayo, de la escuela Sabiniana, adhería a la opinión de Casio y negaba la validez del arrendamiento cuya determinación del canon fuese encargada a un tercero.

Según GROSSO²⁸², ya hace tiempo se observó la correspondencia literal del último trozo de D.19.2.25pr, que va desde "*sin autem...*" hasta "*mercede statuta*", con la parte del numeral 2 de C.4.38.15 que comprende de "*sin autem ille...*" a "*... pretio statuto*". Ahora bien, la interpolación estaría en que:

los justinianeos, introduciendo la palabra *generaliter* limitaron la solución de Gayo al caso en que la determinación del precio hubiera sido confiada *generaliter alieno arbitrio*, contraponiéndole el caso en el cual la determinación hubiera sido establecida en *quanti Titias aestimaverit*, esta contraposición no fue conocida por Gayo, quien en sus instituciones refirió la divergencia entre LABEÓN y CASIO de una parte, y

nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definiré, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certan an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus. Quod et in huiusmodi locatione locum expellimus. Quod et in huiusmodi locatione locum habere consensus.D.K. Aug. Lampadio et Orestes cons.

²⁸¹ I.3.23.1.: *Pretium autem constituo oportet, nam nulla emtio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet. Alioquin si inter aliquos ita convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emta, inter veteres satis abunde hoc dubitabatur, sive constant venditio, sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quoties sic composita sit venditio: "quanti ille aestimaverit," sub hac conditione staret contractus, ut, si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur, et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emtore quidem ex emto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod ius, quum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere."*

²⁸² GROSSO, G., *Las obligaciones...*, op.cit., pp. 148 ss.

OFILIO y PRÓCULO de la otra, precisamente en el caso del *quanti Titus aestimaverit*²⁸³.

d. Otro aspecto que ha suscitado discusiones en la romanística²⁸⁴, es saber si la *merces* en época clásica consistía en *numerata pecunia* (dinero contable) o si, en caso de no ser así, tal exigencia fuese más bien posclásica.

Resulta difícil afirmar que en la época clásica predominara la regla de las *merces* en dinero²⁸⁵. De todas formas, dicha exigencia no alcanzó a cobijar a la colonia parciaria²⁸⁶, es decir, los casos en que la locación era un fundo para el cultivo, ya que en estas circunstancias la *merces* se pactaba *in natura*, esto es, animales o frutos²⁸⁷. De ahí que pueda concluirse que en la época clásica lo usual era que la

²⁸³ GROSSO afirma que Justiniano resolvió la controversia establecida: la compraventa y el arrendamiento son válidos, en cuanto condicionales, esto es, condicionados a que el tercero proceda a la determinación. En este sentido, en D.19.2.2 pr "Así como la compra, así también la locación puede hacerse bajo condición". *ibid.*

²⁸⁴ Sobre la clasicidad de la regla según la cual la *merces* debe consistir en una suma de dinero: LONGO, C., *Sulla natura della «merces» nella «locatio – conductio»*, en Mélanges Girad 2, 1912 pp. 10 ss.; THOMAS, *The nature of «merces»*, en AI, 1958, cit. por GUARINO, A. *Diritto privato romano, op.cit.*, p. 804 n. 87.2.2. También LONGO, G., *Questioni Esetiche*, en Studi Albertario 1, 1953, pp. 688 ss., sostiene que la regla es de origen posclásico, y el mismo autor en *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella "Locatio Conductio Rei"*, en Studi in onore di Vincenzo ARANGIO RUIZ, nel XLV anno del suo insegnamento, Vol. 2, Jovene Editore, Napoli, 1953, p. 379 ss., afirma que el *conductor* debe corresponder con la *mercede in numerata pecunia* por regla justiniana.

²⁸⁵ Para Emilio Costa "L'opinione oggidi prevalente è nel senso che pei classici la *merces* potesse essere stabilita così in danaro come in una quantità certa di frutti; e che siffatta dottrina abbia ceduto soltanto nel diritto giustiniano ad un'altra prima dominante nella scuola bizantina di Berito; la quale all'esistenza della locazione avrebbe reputado necessaria la determinazione della *merces* in danaro (FERRINI, *Rendic. Dell'istituto lombardo*, serie II, XXVI, 1893, p. 187 segg.; *Arch. f. civil. Prax* LXXXI, p. 1 e segg.)". COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, p. 29.

²⁸⁶ Sobre la *merces* pactada en especie nos advierte el profesor Manuel García Garrido: "En la renta consistente en frutos, deben distinguirse dos hipótesis: a) la que consiste en una parte o cuota determinada de los frutos o *pars quota* (colonia partiaria); b) la que consiste en una cantidad de frutos determinada e invariable o *pars quanta*, que debe prestarse cualquiera que sea la cosecha recogida. Véase FERRINI, *Colonia Parziaria*, en *Opere*, III, pp. 1 ss.". En. GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 542.

²⁸⁷ Es en ese sentido que Andres Bello plasma en el C.C. colombiano el artículo 1975: "El precio puede consistir ya en dinero; ya en frutos naturales de la cosa arrendada; y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha."

merces se pagara en dinero y que la excepción la constituía la colonia parziaria²⁸⁸.

Es a partir de los argumentos de FERRINI, y más recientemente de aquellos de Gianetto LONGO²⁸⁹, cuando se considera que la regla de la *merces in numerata pecunia* es de origen justiniano y que en época clásica la única excepción sería el colonato²⁹⁰. Los argumentos de FERRINI son esencialmente de dos órdenes: por una parte, deduce de los Escolios a las *Basiliques* pruebas que señalan que la regla de la *merces in numerata pecunia* no tiene su razón de ser en época clásica, cuando un pago *in natura*, contrariamente a lo que ocurre en la venta, no implica confusión alguna entre arrendador y arrendatario.

El primero de estos argumentos es refutable para Carlo LONGO²⁹¹, en tanto que la segunda observación es vista como exacta por ALZON²⁹², aunque aclarando que la razón de ser de la regla "*merces in numerata pecunia*" está, no en evitar una confusión entre las calidades de arrendador y arrendatario, sino más bien en "*respecter autant que possible règle en usage dans la vente*".

²⁸⁸ Sobre este punto, ver FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, *op.cit.*, p. 301.

²⁸⁹ FERRINI, C. *La Colonia Parziaria*, en *Opere*, III, Studi vari di diritto romano e moderno a cura di E. ALBERTARIO, Milano, 1929, pp. 4 ss, cit. por LONGO, G., *Questioni esegetiche*, *op.cit.*, pp. 687 ss. Ver MASI, A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, p. 911, nt. 29.

²⁹⁰ FERRINI, C. *La Colonia Parziaria*, *op.cit.*, pp.1 ss.; ID., *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, pp. 699 ss.; LONGO, C., *sulla natura della 'merces' nella 'locatio conductio'*, en *Mélanges Girard*, II, Paris, 1912, pp. 105 ss.

²⁹¹ LONGO, C., *Sulla natura della...*, *op.cit.*, cit. por ALZON, C., *Réflexions sur l'histoire...*, *op.cit.*, pp. 560 ss.

²⁹² ALZON, C. *Réflexions sur l'histoire...*, *op.cit.*, pp. 560 ss.

Giannetto LONGO²⁹³, reexaminando la tesis de FERRINI, afirma, respecto de I.3.24.2 de Justiniano²⁹⁴ y a la luz de una lectura de D.19.5.17.3²⁹⁵, que estarían interpoladas las palabras «*neque locati vel conducti*» en la frase «*neque locati vel conducti neque commodati competit actio*». De este modo, los compiladores tuvieron cuidado de resaltar que, para su Derecho, no subsiste locación en una especie en la cual falta el requisito que exige dinero como contraprestación al goce de la cosa de otro.

Del mismo modo, tal política legislativa condujo a la alteración del fragmento que citamos a continuación:

D.16.3.1.9. (Ulp.30 ed.) Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto, si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse. Quidsi operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit; sed quia pecunia non datur,

²⁹³ LONGO, G, *Questioni esegetiche, op.cit.*, pp. 688 ss.

²⁹⁴ I. 3, 24, 2. Praeterea, sicut vulgo querebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Veluti si, quum unum bovem quis haberet, et vicinus eius unum, placuierit inter eos, ut perdenos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit, neque locati vel conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est. (El subrayado está fuera de texto).

²⁹⁵ D.19.5.17.3.- Si, quum unum bovem haberem, et vicinus unum, placuerit inter nos, ut perdenos dies ego ei, et ille mihi bovem commodarem, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, *commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum praescriptis verbis agendum est.*

*praescriptis verbis datur actio; si vero nihil aliud,
quam cibaria praestabat, nec de operis quidquam
convenit, deposit actio est*²⁹⁶.

Según AMIRANTE, aparte de las sospechas de interpolación por la mención de la *actio praescriptis verbis*, el pasaje ha sido ciertamente parafraseado teniendo en cuenta el cambio entre la tercera persona y la primera²⁹⁷. FERRINI escribe que:

Se trata de un pasaje que habría inducido en error a los bizantinos; el jurista habría dicho solamente que si no se da una *merces* en dinero, como en los dos ejemplos del pasaje, parece conveniente recurrir a otro remedio jurídico; con esto el jurista no dice que la *merces* deba esencialmente consistir en dinero, tan sólo dice

²⁹⁶ D.16.3.1.9.- si alguno para custodiarlo hubiere metido acaso en una tahona a un esclavo, si verdaderamente medió retribución por la custodia, opino que hay la acción de conducción contra el tahonero, pero si yo recibía retribución por este esclavo, a quien él admitía en la tahona, puedo ejercitar la acción de locación. Mas si el trabajo de este esclavo se compensaba con la custodia, media cierta especie de locación y de conducción; pero como no se entrega dinero, se da la acción de lo expresado verbalmente; y si no se daba otra cosa que los alimentos y no se convino nada respecto al trabajo, hay la acción de depósito.

²⁹⁷ AMIRANTE, L., *Ricerche...*, *op.cit.*, pp. 109 ss. Este autor italiano cita, respecto de la sospecha interpolacionista, a VOGLI, P., *La dottrina romana del contratto*, p. 268, y a MAYER-MALY, T., *Locatio conductio...**op.cit.* p. 35, quien examina el pasaje desde el punto de vista de la pecuniariedad de la *mercede*. Al respecto de la paráfrasis, AMIRANTE nota que al inicio se dice, de hecho, "*si quis...coniecirit*", luego se pasa a decir «*si vero mercedem accipiebam ego...*», donde se observa el cambio entre la tercera persona y la primera respecto de este pasaje (D.16.3.1.9). AMIRANTE concluye que, luego de tratar el asunto a la luz de la custodia, el hecho de que aquí ULPIANO relacione la calificación de "*conductor*" con la obligación de pagar la *merces*, no puede elevarse a principio general, porque disiente del modo en que el jurista entiende la custodia, ULPIANO estaría dando su opinión personal.

que una *mercede* pactada en dinero, hace surgir la locación²⁹⁸.

Aunque se indique que la parte que comprende desde "*quasi genus*" hasta "*actio*" es aquella interpolada, en términos estrictos, "es verosímil, por no decir que cierto, que todo el final del texto, de *quod si operae*, sea fruto de una interpolación"²⁹⁹.

Para Antonio MASI³⁰⁰, no parece sobresalir en la jurisprudencia clásica el principio según el cual la *merces* deba *in numerata pecunia consistere*, para usar la expresión que se lee en Gayo 3.141 en relación con un problema análogo que se planteaba por el precio. Entre tanto, cuando la solución planteada en I.3.24.2., con base en la opinión de Ulpiano manifestada en D.19.5.17.3., es recogida por los bizantinos (cfr. Teofilo, *Paraphrasis e*, 24 pr. e 2), estos consideran que el Derecho de Justiniano no admite que la *merces* en el contrato de arrendamiento fuese pagada con parte de los frutos recogidos en el fundo.

Prosiguiendo con el tema, conviene detenerse en un pasaje que resulta interesante en torno a la cuestión del daño que, por fuerza mayor, puede recibir el colono en el fundo:

²⁹⁸ FERRINI, C., *La Colonia parziaria*, *op.cit.*, pp. 4 ss., cit. por LONGO, G. *Questioni esegetiche*, *op.cit.*, pp. 687 ss.

²⁹⁹ LONGO, G., *Questioni esegetiche*, *op.cit.*, pp. 687 ss, afirma también que es peregrina la hipótesis de un posible carácter genuino del pasaje, la extrañeza de la fórmula de un «*quasi (?) genus locati vel conducti*», revela que son los justinianeos quienes proclaman la regla de la *mercede* en dinero.

³⁰⁰ MASI, A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, p. 910 ss.

*D.19.2.25.6. (Gai, ad. ed.) Vis maior... non debet conductori; damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus; alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non auferitur...*³⁰¹.

LONGO³⁰² afirma, en sus más que autorizadas páginas alrededor del tema, que FERRINI no consideró este pasaje, con lo cual se reafirma lo discutido líneas atrás: a saber, que la interpolación estaría desde "*alioquin modicum*" hasta el final "*fundi partitur*". De este modo sería imposible argumentar la genuinidad de la regla *merces in numerata pecunia* de un pasaje como el citado D.19.2.25.6, con señalamientos de tener indicios de reelaboración y complementación³⁰³.

En este orden de ideas, no resulta fácil afirmar que en época clásica predominara la regla de la *merces in numerata pecunia consistere*; por otra parte, parece claro que los compiladores terminaron con una

³⁰¹ D.19.2.25.6. La fuerza mayor...no debe ser perjudicial al arrendatario, si hubieren sido lesionados los frutos más de los que es tolerable; de otra suerte, el daño moderado debe soportarlo con ánimo sereno el colono, al cual no se le quita la inmoderada ganancia. ..

³⁰² LONGO, G. *Questioni esegetiche, op.cit.*, p. 689., para quien aunque sea admisible que Gayo habló de una *vis maior* a juzgar tolerable (y las dudas no faltan porque la *vis maior* debería excluir semejantes restricciones) cuanto sigue tiene auténtica etiqueta compilatoria: *alioquin... alioquin...* a corta distancia; *ferre debet*; criterio de la modicidad; *apparet nos; quasi societas iure*; en el sentido de la interpolación también VISKY, K., *I contratti di Locazione nella Crisi Economica del III Secolo*, en Studi in onore de Cesare Sanfilippo, Vol I, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 674.

³⁰³ LONGO, G. *Questioni esegetiche, op.cit.*, pp. 684 ss. LONGO también sustenta su posición con un pasaje de Paulo ad. Ed., donde se distingue el mandato de la *locatio*, contenido en D.17.1.1.4: *Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium vero est officio merces: interveniente enim pecunia mercede res ad locationem et conductionem potius respicit*. LONGO afirma que el pasaje hablaría de *merces* genéricamente; la palabra *pecunia* sorprende, resalta la sustitución, pues "la locución necesaria *merces – pecunia* está solamente en la mente de los compiladores y a ello se debe la *desarmonía* de la actual redacción del fragmento", si Paulo hubiese creído que la mercede debía necesariamente, por la naturaleza del negocio, consistir en dinero, habría usado una forma más correcta, el cambio de improvisó es el indicio de la segunda mano que ha trabajado sobre el texto y prueba en contra y no a favor del carácter genuino de la regla discutida.

aparente discusión, pues procuraron resaltar la regla de su Derecho, es decir, que la *merces* debe consistir en dinero. En todo caso, si se desea profundizar en el tema, es válido analizar pasajes como I.3.24.2 Teófilo *Paraphrasis*, 3.24 pr, y 2; D.19.5.17.3; D.16.3.1.9, (4) 65.8, que entre otros, revelan la intención posclásica de reafirmar una regla no muy clara en el momento.

A modo de conclusión, es pertinente remitirnos a los estudios realizados por Károly VISKY³⁰⁴ acerca de la locación durante el III siglo d.C., puesto que resulta interesante advertir que los papiros pertenecientes a ese periodo demuestran que en ciertos casos, cuando el objeto de la locación era un fundo para el cultivo, la *merces* se pactaba *in natura*, esto es, animales o frutos. Esto se daba principalmente en aquellas situaciones en las que la tierra entregada en arriendo fuese inculta y debiese ser transformada por el *conductor*³⁰⁵.

³⁰⁴ VISKY, K., *I contratti di...*, *op.cit.*, p.674.

³⁰⁵ *ibid.*, p.672 n. 4 a 9. En cuanto al pago *in natura*: papiros BGU 1018, Pág. Olso 137, CPR 44 (todos del III siglo), SB 7474 (del año 254), CPR 37 (del año 251), CPR 38 (del año 263); en lo referente a la entrega de tierra inculta para su transformación, papiro CPR 401 (del año 301); en cuanto al pago con animales, papiro 5B 8086 (del año 268); en cuanto a otros tipos de pago de la mercede 5B 8086 (del año 268), por ejemplo en grano, BGU 1640 del III siglo, 5B 7814 del año 256. En relación con el grano, y para redondear las ideas, D.19.2.14.3 de Ulpiano ad. Ed. en su parte genuina (primera parte del pasaje, pues según LONGO, G., *Sul Regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, la interpolación estaría de *set utique* hasta el final *eritdicendum*). El pasaje: «Si el dueño se hubiere reservado en la locación, que había de recibir por cierto precio cierta medida de trigo, y el dueño no quisiera recibir el trigo, ni deducir su precio de la pensión, puede ciertamente pedir toda la suma por la acción de locación», luego viene la interpolación «... pero verdaderamente es consiguiente pensar, que conviene al ministerio del juez, que se tenga cuenta de cuanto le importaba al arrendatario pagar mas bien en trigo, que en dinero, la porción reservada de la pensión. Del mismo modo, también si se ejercitara la acción de conducción, se habrá de decir lo mismo» (*Si dominus except in locatione, at frumenti certum modum certo pretio acciperet, et dominus nolit frumentum aciepere, nequem pecuniam ex mercede deducere, potest quidem totaro summam ex locato petere, sed utique consequens est existimare, officio iudicis hoc convenire, haberi rationem, quanto conductoris intererat, in frumento potius, quam in pecunia solvere pensionis exceptam portionem. Simili modo, et si ex conducto agatar, idem erit dicendum*).

Con los planteamientos de VISKY³⁰⁶, y teniendo presente tanto los análisis de FERRINI y LONGO como la lectura de las fuentes más importantes en torno del tema, resulta conveniente concluir que en época clásica se pagaba la *merces* en dinero, pese a que ello no era necesariamente obligatorio y que la colonia parciaria habría sido por lo menos, la excepción³⁰⁷. Además, el Derecho de los papiros revela la cuestión en el III siglo y claramente los compiladores justinianos son quienes dan fuerza obligatoria al requisito.

Como último detalle, antes de continuar, cabe mencionar que este aspecto es regulado por el Código Civil colombiano, siguiendo la fuente romana, en el artículo 1975, que estipula que “El precio puede consistir ya en dinero; ya en frutos naturales de la cosa arrendada; y en este segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha”. Por el contrario, en el Código civil español no se encuentra referencia expresa al tema.

³⁰⁶ VISKY, K., *I contratti di...*, *op.cit.*, pp. 672 ss.; también ALZON, C., *Réflexions sur l'histoire...*, *op.cit.*, pp. 560 ss.

³⁰⁷ La colonia parciaria era conocida en el mundo romano de largo tiempo, CATÓN, *de agricultura* 136 – 137 da noticia de ella; sobre este punto de excepción a la regla ver ALZON, C., *Réflexions sur L'histoire...*, *op.cit.*, p. 560 n. 39; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, *op.cit.*, p. 804. Para SCHULZ, *Derecho romano clásico*, *op.cit.*, p. 522 “en Derecho clásico la *merces* debe consistir en suma de dinero, y la única excepción a ésta regla fue la llamada *colonia partiaria*”; ver también a JÖRS, P., KUNKEL, W., *Derecho romano privado*, *op.cit.*, pp. 334 y 466; BURDESE, A., *Manuale di Diritto...*, *op.cit.*, pp. 464 ss.

4. EL TIEMPO DE DURACIÓN

Existe una discusión sobre si la característica de la temporalidad no es propiamente un elemento esencial del contrato de arrendamiento, dado que en el Derecho romano se aceptan diversas modalidades en relación al tiempo de su duración. De esta manera, según lo acordado inicialmente por las partes es posible pactar tanto a término fijo como a término indefinido e incluso a perpetuidad, por lo cual cabría concluir que la duración o la extensión no sería una parte elemental de este tipo de contrato.

Esta condición podía complicar la labor de los jurisconsultos de la época clásica, quienes dudaban si definir como arrendamiento o venta cuando un Municipio concedía a perpetuidad un terreno a una persona mediante una renta anual. Igualmente, podía generar confusión desde el punto de vista del riesgo, ya que mientras en un contrato de venta los riesgos serían para el comprador, en el arrendamiento los riesgos serían para el propietario, es decir, para el arrendador y no para el arrendatario. Esta última solución fue admitida con preferencia, como puede verse en Gayo 3,145:

*Adeo autem emptio et uenditio et locatio et
conductio familiaritatem aliquam inter se habere
uidetur, ut in quibusdam causis quaeri solet,
utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio
et conductio, ueluti si qua res in perpetuum*

locata sit. Quod euenit in praediis municipium, quae ea lege locantur, ut, quamdiu uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.

No obstante lo anterior, existe doctrinalmente el criterio que es posible confundir el contrato a perpetuidad con otras figuras que pueden ser antecedentes del contrato de *enfiteusis*, considerado en la época postclásica como un contrato especial, diferente tanto a la venta como al arrendamiento.

En cuanto a la duración del contrato, lo común era que las partes lo convinieran al momento de pactar las condiciones del arrendamiento; de no ser así, era posible suplir esta omisión respetando los usos locales, o la costumbre, o la misma naturaleza del bien arrendado. Así lo encontramos en C.4.65.19:

Idem AA. Et CC. Iulio Valentino. Circa locationes atque conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regiones. Quod si alii remiserunt contra legem contractus atque regiones consuetudinem pensiones, hoc aliis praeiudicium non possit adferre. S.V.K. Mai. Heracleae AA. Conss.

Ahora bien, si las partes no hubiesen expresado nada en relación con la duración del contrato, esta podría deducirse de la finalidad propia del contrato de arrendamiento, como en el caso de los arrendamientos de fundos rústicos, los cuales duraban generalmente cinco años (*lustrum*)³⁰⁸. Asimismo, podría deducirse por la forma en que se hubiese convenido el pago de la *merces* o renta del alquiler. De esta forma se entendería hecho por días si la renta es diaria, por meses si es mensual, o por años si es anual, pudiéndose deducir que la forma de pago determinará el plazo estipulado para la duración del contrato. Este es el criterio que se encuentra, por un lado, en el artículo 1581 del Código Civil español y, por otro, en el artículo 2009 del Código Civil colombiano.

De otra parte, antes de la expiración del plazo pactado, el arrendatario no puede restituir el inmueble recibido en alquiler sin que medie una causa justa para la terminación unilateral. Si así lo hace, puede ser demandado por la acción de conducción con el fin de que el arrendador obtenga una indemnización y el pago de las pensiones del tiempo que falte para la terminación, según lo disponen los siguientes pasajes:

*D.19.2.55.2. (Paul, 2, sent.)- Qui contra legem
conductionis fundum ante tempus sine iusta ac
probabili causa deseruerit, ad solvendas totius*

³⁰⁸ Son varios los textos que se refieren al arriendo por cinco años, a modo de ejemplo en D.19, 2, 9, 1, se menciona el caso contemplado por Marcelo en el libro sexto del Digesto, que si un usufructuario hubiere dado un fundo en arrendamiento por un quinquenio, y hubiere fallecido, no queda obligado su heredero a mantener el contrato de arrendamiento, aunque si debe el inquilino pagar el alquiler por el tiempo en que disfrutó del inmueble.

temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id, quod eius interest, indemnitas servetur.

D.19.2.24.2. (Paul., 34 ed.) Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum iis statim agere.

Existen otras circunstancias especiales que liberan al locatario y lo facultan para dar por terminado el contrato, de manera unilateral y por una justa causa, antes de finalizar el plazo pactado en el contrato. En concreto, una de ellas es que el arrendatario tuviese un justo temor de verse expuesto a un peligro grave, según se establece en el pasaje recogido en D.19.2.27.1. También, según lo menciona Gayo en D.19.2.25.2., esa terminación puede darse en caso de que se hiciera imposible su disfrute, por ejemplo, porque el vecino edificó y dicha construcción convirtió el inmueble arrendado en un lugar oscuro y poco aireado, o en caso de que la edificación se hubiera incendiado y arruinado al poco tiempo de haberse recibido en alquiler, según se encuentra en D.19.2.19.6.

Como el tema abordado en esta sección tiene incidencia directa en las causas de terminación del contrato de arrendamiento, será nuevamente examinado, con más detalle, en el Capítulo VII, alusivo a

las razones por las cuales se deshacen los efectos de la *locatio conductio* entre las partes vinculadas jurídicamente a su cumplimiento.

4.1. La *Reconductio tácita*

Otro tema que surge en relación con la duración del arriendo es aquel relacionado con la *reconductio tácita*³⁰⁹, o la renovación tácita del contrato. Esta se presenta cuando, al terminar el período señalado para la duración del arrendamiento, *el conductor* se mantiene en el uso y goce de la *res locata* sin oposición del *locator*, entendiéndose que se produce la renovación de la *locatio conductio*, por un consentimiento tácito de las partes³¹⁰, para continuar con la relación contractual en los mismos términos pactados inicialmente en el contrato.

La figura, teniendo su origen en el Derecho romano, ha sido plasmada en los Derechos colombiano y español, manteniendo en ambos casos los aspectos básicos con que fue concebida, por lo que puede, por tanto, ser reconocida como un legado importante de la jurisprudencia romana al contrato de arrendamiento que rige en la actualidad dentro de las dos legislaciones.

³⁰⁹ "Es la llamada 'tácita reconducción' ('reconductio tacita') mejor que '*relocatio tacita*', porque la iniciativa del comportamiento en orden a renovar el contrato la toma el *conductor* en cuanto permanece; por lo demás, Ulpiano en D.19.2.13.11 emplea el verbo *reconducere*." GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado romano*, *op.cit.*, p. 160.

³¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op. cit.*, p. 297.

En efecto, la tácita reconducción es la figura que determina hoy la vigencia en el tiempo del contrato de alquiler, aunque lo hace con una mayor claridad en Colombia que en la Legislación española. Ciertamente, en esta última existe, además de la tácita reconducción, la figura de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento, por lo cual estas dos figuras son las reglamentaciones que rigen las relaciones de las partes al momento de llegar el plazo pactado para la terminación del arriendo en el contrato de alquiler.

Para una mejor exposición y análisis del tema, y teniendo en cuenta que se volverá a la discusión de la *locatio conductio* en el Capítulo VII sobre las causas de terminación del contrato de arrendamiento, en esta sección se comenzará por abordar el desarrollo de la figura en el Derecho romano. Luego, se examinará la forma cómo se regula la tácita reconducción en el Derecho español, teniendo en cuenta, adicionalmente, la figura de la 'prórroga forzosa' tal y como ha venido siendo consagrada en las sucesivas leyes de arrendamientos urbanos. Por último, se verá la manera como se encuentra consagrada en el Derecho colombiano.

4.1.1. LA RECONDUCTIO TÁCITA EN EL DERECHO ROMANO

Al respecto, son dos los textos donde se expresa la situación que permiten la configuración de la *reconductio tácita*³¹¹. El primero de ellos, es un fragmento de Ulpiano, que vemos enseguida:

D.19.2.13.11 (Ulp, 32, ed) Qui impleto tempore conductionis rimansit in conductione, non solum reconduxisset videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, et si Republicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo taquerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductione praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post tinitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso quod

³¹¹ En D.19.2.13.11. Se recurre al verbo *reconducere*, mientras el verbo *relocare* se utiliza en D.19.2.13.10. Algunos intérpretes emplean el término *relocatio* con la adición del adjetivo tácita, haciendo alusión a que es correcto hablar también de la tácita locación. Sin embargo, según Volterra, la expresión *relocatio* no es usada por los romanos con este significado, sino con el significado de arrendar a una tercera persona. VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, S.L. Civitas Ediciones, Madrid, 1986, p. 518.

tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deincepsin unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praedis alio iur utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in excriptis certum tempus conduction comprehensum est.

Aquí se dispone no solo que aquel que permanece disfrutando de la cosa arrendada, a pesar de haberse cumplido el tiempo del contrato, vuelve a tomarla en arriendo, sino que, incluso, subsistirán las prendas que se hubieren constituido como garantía del contrato. Ahora, si dichas prendas hubiesen sido entregadas a un tercero, en ese caso se requeriría el consentimiento de este para quedar obligado en esta nueva etapa del contrato de alquiler. Añade, por último, que así sucederá año por año y de manera indefinida mientras las partes guarden silencio sobre la voluntad de terminación del contrato.

Una situación similar se plantea por Ulpiano en su libro LXXI de comentarios al Edicto, en D.19.2.14., estableciendo que si el *conductor* se mantiene en el goce de la *res locata* sin oposición del *locator* al terminar el periodo de la locación, se entiende que se renueva el contrato, puesto que las partes continúan comportándose como si el contrato aún estuviera vigente. Por ende, el *conductor* se mantiene en la tenencia del bien, pagando la *merces*, mientras que el *locator* no le pide la restitución del bien, caso en el cual se tenía por

prorrogado en contrato en las mismas condiciones del anterior en cuanto al precio y al plazo:

D.19.2.14. (Ulp. 71, ed) Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare; et huiusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu conualescunt. Et ideo si interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur; et est hoc verum.

No obstante, hay un aspecto importante del texto que llama la atención: si antes de producirse una nueva renovación, el *locator* enloquece o fallece, no es posible que el contrato se entienda renovado, ya que ante la falta del consentimiento o de una manifestación válida de la voluntad, no sería posible entender que el contrato se prolongue en el tiempo, a través de la figura de la *tácita reconductio*.

Cabe añadir que, en cuanto a los contratos de vivienda, la renovación tácita tendrá efectos hasta el día en que el *locator* reclame explícitamente la restitución de la cosa. En el caso de la locación de fundos rústicos, una vez vencido el término del contrato, la

renovación tácita se produce por el mismo término inicialmente pactado (D.19.2.13.11; 14)³¹².

4.2. La tácita reconducción y la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento en el Derecho español

En este punto, conviene analizar en detalle el tema de la duración del contrato, su prórroga en la legislación española y su relación con la figura de la tácita reconducción, algo que resulta muy pertinente si se tiene en cuenta la vigencia del tema en la actualidad. No debe olvidarse que con la reciente introducción, como régimen transitorio, del plazo definitivo para la extinción de los contratos de alquiler denominados de renta antigua, establecido en la Ley 29 de 1994, se espera producir un cambio de paradigma en la figura de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos.

Un primer aspecto, relacionado con la duración de los contratos de arrendamientos, tiene que ver con la aprobación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994, de 24 de noviembre y que entró en vigencia el 1 de enero de 1995. Esta tenía como finalidad, al momento de su promulgación, potenciar el desarrollo del mercado inmobiliario en régimen de alquiler, llevando a cabo una modificación al régimen legal vigente de entonces para permitir, por un lado, un

³¹² D'ORS, A., *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 563; pero según Juan Iglesias, tratándose de fincas rústicas, la renovación tácita, se traduce en la prórroga de un año, mientras que en la fincas urbanas la prórroga no tiene duración determinada", IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, *op.cit.*, pp. 444 y 445. Para Armando Torrent, la *renovatio tacita* del contrato tenía eficacia por sucesivos términos anuales, TORRENT, A., *Manual de Derecho...*, *op.cit.* p. 469.

mayor equilibrio entre las partes y, por otro, terminar con la presencia de dos regímenes legales diferentes en materia de contratos de arrendamientos urbanos.

Es oportuno ahora examinar en qué consistían los dos regímenes normativos que coexistían en el ordenamiento jurídico español antes de la modificación implantada por la Ley 29/1994. El primero de ellos era el régimen legal previsto por el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, de aplicación a los contratos de arrendamiento celebrados antes del 9 de mayo de 1985. En general, se trataba de contratos de arrendamiento caracterizados por rentas muy bajas, incluso anti-económicas, y períodos de duración muy largos, al estar sujetos con carácter imperativo al conocido régimen de prórroga forzosa.

El segundo régimen estaba consagrado en el artículo 9 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, donde se tomaban Medidas de Política Económica, y en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, mediante el cual se regulaban los contratos de arrendamiento celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, fecha en la que entró en vigor el “Decreto Boyer”, denominación dada a este Decreto-ley.

Esta disposición estableció, como modificación esencial, en el ya mencionado artículo 9, la supresión de la prórroga forzosa legal, dejando a las partes en la posibilidad de pactarla expresamente en el contrato, si este era su deseo al establecer la duración de los

contratos de arrendamientos. En vigencia de esta normativa, se procedieron a celebrar contratos que se caracterizaron por pactar rentas elevadas, debido a la coyuntura económica y a la evolución del mercado inmobiliario, y períodos de duración normalmente muy cortos.

Ante la situación generada por el Decreto Boyer, la nueva ley de 1994 trató de desarrollar el mercado de alquiler mediante la incorporación de importantes cambios, especialmente, en el régimen de duración de los contratos de arrendamiento, con la finalidad esencial de acabar tanto con el excesivo proteccionismo del arrendatario, puesto de manifiesto en la figura de la prórroga forzosa de la legislación de 1964, como con los efectos totalmente contrarios generados a partir del 9 de mayo de 1985.

De estas leyes que acabamos de reseñar, es posible evidenciar el impacto que producen tanto en el contrato de arrendamiento de vivienda como en el contrato de alquiler de local para negocio, lo cual se hará a continuación.

4.2.1. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DESTINADOS A VIVIENDA

Antes de continuar, cabe resaltar cuáles fueron los cambios implementados por la Ley de 1994. En primer término, se estableció un plazo mínimo de duración de cinco años en los contratos de arrendamiento de vivienda, a través de la concesión al arrendatario

de la facultad de instar sucesivas prórrogas de duración anual y carácter obligatorio para el arrendador, en los contratos pactados por un tiempo inferior, hasta alcanzar dicha duración mínima. Debe advertirse que la Ley de 1994 fue modificada por la Ley 4 de 2013, de 5 de junio, reduciendo el plazo mínimo de duración del contrato a tres años.

Con lo anterior, se eliminaba, también el régimen de prórroga forzosa previsto en la legislación de 1964 con carácter imperativo, y al que las partes podían remitirse a partir del Real Decreto-ley 2/1985, remisiones que muchas veces se habían dado por error o desconocimiento de la nueva normativa, estableciendo una protección más “razonable” para el arrendatario, pero sin llegar a perjudicar gravemente al propietario de la vivienda.

Además de lo anterior, se eliminó toda exigencia de duración o prórrogas obligatorias en los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda. En estos casos se entiende que existe en la actualidad una mayor igualdad entre las partes, resultando innecesario establecer un régimen proteccionista para el arrendatario. Por tanto, se deja a la libertad de los contratantes la fijación de la duración de estos arrendamientos.

Asimismo, se incorporó un importante régimen de extinción de aquellos contratos de arrendamiento existentes a la fecha de su entrada en vigor y que hubieran sido suscritos con anterioridad a la misma. Puesto que estos estaban sujetos normalmente al régimen de

prórroga forzosa de la Ley de 1964, ya fuese por aplicación legal de la misma, ya fuese por remisión a dicha figura por las partes conforme a la facultad concedida por el Real Decreto-ley de 1985, esta medida trató de restablecer la temporalidad de los contratos, como elemento esencial ya definido en el Código Civil (art. 1.543) y defendido por la jurisprudencia³¹³.

Dentro de este contexto, se puede afirmar que, en la actualidad, el régimen legal español mantiene vigentes diversas clases de prórrogas para el contrato de alquiler de vivienda. La primera es la prórroga forzosa o legal, regulada por el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, -TRLAU64- aprobado por el Decreto 4104/1964 del 24 de diciembre, cuyos beneficios son irrenunciables:

Art. 57.- Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de la vivienda, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones.

³¹³ Al respecto, vease la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de Mayo 2011, donde establece doctrina jurisprudencia que se reitera en TS, Sala Primera de lo Civil, 764/2013, de 5 de diciembre. Recurso 2209/2011. Ponente XAVIER OCALLAGHAM MUÑOZ.

Art. 6.1.- Los beneficios que la presente Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y a los subarrendatarios de las mismas serán irrenunciables, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga.

Como ya se ha dicho, existen en la actualidad contratos cobijados por esta prórroga forzosa, a favor de las personas que cumplan las condiciones de los artículos 58 y 59 del TRLAU64, sea por aplicación legal de la misma, sea por remisión a dicha figura por las partes conforme a la facultad concedida por el Real Decreto-ley de 1985:

Art. 58.- 1. Al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, con preferencia los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente, hijos adoptivos que hubieran sido adoptados antes de cumplir los 18 años, ascendientes y hermanos, con preferencia las hermanas solteras, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, que con aquél hubiesen convivido habitualmente en la vivienda con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento. No

será necesaria la convivencia de los que estuviesen sometidos a la patria potestad del fallecido y, respecto al cónyuge bastará la mera convivencia sin exigencia en el plazo de antelación.

2. Cuando fueren varios los beneficiarios del Derecho que se refiere el número anterior, sólo uno de ellos podrá utilizarlo. A falta de acuerdo entre los mismos, se observará el orden de prelación establecido en el número anterior, con preferencia, dentro de cada grupo, de la proximidad de grado, de la legitimidad y, en su caso, del doble vínculo de la consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad a favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con prioridad del sexo femenino. Los padres septuagenarios serán preferibles a los descendientes.

3....

4. La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los 90 días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino.

5. Si el arrendador no recibiese en tiempo tal notificación podrá requerir a los ocupantes de la vivienda para que se le comunique la subrogación del beneficiario, con advertencia de que, transcurridos treinta días sin recibir esta última notificación tendrá lugar la resolución del contrato de arrendamiento, lo que así efectivamente sucederá si no se notificare la subrogación en este último plazo.

Art. 59.-Al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos "inter vivos" o "mortis causa", sólo podrá continuar ocupándola con el mismo carácter su cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos, sin que se autoricen ulteriores subrogaciones, debiendo observarse en cuanto a convivencia, orden de prelación y notificación, lo preceptuado en el artículo anterior.

La prórroga forzosa legal fue derogada por el artículo 9 del Real Decreto-ley de 1985, para todos los contratos que fueren celebrados con posterioridad a la vigencia de la norma, al establecer:

Art. 9.- Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos.

1. Los contratos de arrendamiento de vivienda o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, tendrá la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga forzosa establecido por el Art. 57 de la Ley de Arrendamientos urbanos, texto refundido aprobado por el D.4104 de 1964 del 24 de diciembre y sin perjuicio de la tácita reconducción del Art. 1566 Código Civil.

2. Dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior, se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos.

A pesar de contar con generosas posibilidades para la cesión y subrogación del contrato de alquiler entre los consanguíneos próximos al titular inicial del contrato, así como para la participación del subrogado en los beneficios legales que otorga el contrato de alquiler de renta antigua, hoy se puede afirmar que aquellos contratos que surgieron con la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 están a punto de extinguirse.

Continuando con las clases de prórrogas presentes en la legislación de España, podemos identificar, en segundo lugar, la prórroga

voluntaria. Esta es aquella en la cual las dos partes contratantes, acuerdan, al momento de celebrarlo, que el contrato tendrá dos o tres prórrogas sucesivas, de duración igual al del plazo inicialmente pactado. No cabe duda que el espíritu de la normatividad vigente, en esta materia, es que las partes acuerden el tiempo de duración del contrato.

La prórroga obligatoria es otra que se encuentra regulada, en concreto, en la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994. Esta, como ya advertimos, tiene como principio fundamental el de la libre autonomía de la voluntad. Sin embargo, en su artículo 9.1 establece una prórroga forzosa, limitada a cinco años para los contratos de arrendamientos de vivienda celebrados a partir del 1 de enero de 1995 y que estaba también garantizada para los casos previstos en los artículos 13, 14 y 16.4. Cabe recordar que dicha prórroga fue luego modificada a través de la Ley 4/2013, reduciendo la duración mínima a tres años:

Art. 9.1. La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como

mínimo a la fecha de terminación del contrato a de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo.

Detrás de la decisión de mantener esta prórroga forzosa para los contratos de vivienda, mas no para aquellos con una destinación diferente, y pese a lo manifestado en el artículo 9 del Real Decreto-ley 2 de 1985, se encuentra que el fin primordial no ha sido otro que el de proteger a la persona del arrendatario y a su familia, brindándoles una protección legal mínima de tres años.

Finalmente, y volviendo al punto inicial, es necesario completar la lista con la prórroga tácita. Continuando con el propósito de brindarle estabilidad al arrendamiento de vivienda, destinada a la residencia habitual del inquilino y su familia, el artículo 10 de la Ley 29 de 1994, modificado por la Ley 4/2013, establece una nueva prórroga al contrato por un año más, la cual debe efectuarse luego de transcurridos los tres años de prórroga obligatoria. Una vez transcurrido este nuevo plazo, si el arrendatario se mantiene en el uso de la vivienda y si el contrato no es denunciado ni por él ni por el arrendador, operará la tácita reconducción en los términos del artículo 1.566 del Código Civil³¹⁴:

³¹⁴Art. 1566 C.C.E.: "Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, a menos que haya requerimiento". Art. 1577 C.C.E.: "El arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años

Art. 10. Prórroga del Contrato.-

1. Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración de aquel, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más.

2. Una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el Derecho de prórroga establecido en el artículo 9, así como la prórroga de un año a la que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

3. Al contrato prorrogado, le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviere sometido.

Dejando de un lado esta clasificación, consideramos importante tener en cuenta la siguiente distinción. El artículo 9 prevé la prórroga a contratos de duración inferior a tres años y hasta que se alcance

para obtenerlos. El de tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas". Art. 1581: "Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término".

dicho plazo, prórroga que como se dejó dicho, es forzosa para el arrendador, pero potestativa para el arrendatario. En cambio, la prórroga del artículo 10 opera en el supuesto de que ninguna de las partes, esto es, ni el arrendador ni el arrendatario, manifiesten su voluntad de no renovarlo.

Por otro lado, la prórroga forzosa puede verse limitada si el arrendador, una vez transcurrido el primer año del contrato, comunica al arrendatario la necesidad de ocupar el inmueble arrendado para su propia vivienda permanente o la de sus familiares próximos. La comunicación debe ser enviada con una antelación mínima de dos meses a la fecha en que se solicita la entrega del inmueble. Si el arrendador, transcurridos tres meses desde la terminación del contrato, no hubiese procedido a fijar su residencia o la de su familia en el inmueble, el arrendatario, puede optar, en un plazo de treinta días, por continuar, o no, con el arriendo

En este sentido, si opta por ser repuesto en el uso y disfrute de la vivienda arrendada, esto se hará por un nuevo período de hasta tres años, respetando, en lo demás, las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción, con indemnización de los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación. Si, por el contrario, opta por abandonar definitivamente la vivienda, podrá ser indemnizado por una cantidad equivalente a una mensualidad por cada año que quedara por cumplir

hasta completar tres, salvo que la ocupación no hubiera tenido lugar por causa de fuerza mayor³¹⁵.

Las normatividad vigente en materia de arrendamientos urbanos, debe interpretarse en relación con el artículo 1566 del Código Civil, puesto que aquí se establece expresamente la tácita reconducción, en tanto que en los artículos 9 y 10 de la LAU se habla es de prórroga del contrato.

Es menester, entonces, analizar la diferencia de las dos figuras para lograr una correcta interpretación de las normas, ya que la tácita reconducción es una figura que supone un nuevo contrato, al producir la novación de las obligaciones mediante un pacto tácito que renueva el antiguo contrato, mientras que la prórroga implica una continuación del contrato en las condiciones inicialmente pactadas. Esta divergencia es la que determina que, finalmente, se produzcan unas consecuencias prácticas distintas para cada figura.

³¹⁵ El artículo 9 de la LAU/1994, modificada por la Ley 4/2013, establece: Art. 9. Plazo mínimo.- 1...2...3.-No procederá la prórroga obligatoria del contrato si, unavez transcurrido el primer año de duración del mismo, el arrendador comunica al arrendatario que tiene necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial. La referida comunicación deberá realizarse al arrendatario al menos con dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se vaya a necesitar y el arrendatario estará y el arrendatario estará obligado a entregar la finca arrendada en dicho plazo si las partes no llegan a un acuerdo distinto.Si transcurridos tres meses a contar de la extinción del contrato o, en su caso, del efectivo desalojo de la vivienda, no hubieran procedido el arrendador o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial a ocupar ésta por sí, según los casos, el arrendatario podrá optar, en el plazo de treinta días, entre ser repuesto en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo período de hasta tres años, respetando, en lo demás, las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción, con indemnización de los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación, o ser indemnizado por una cantidad equivalente a una mensualidad por cada año que quedara por cumplir hasta completar tres, salvo que la ocupación no hubiera tenido lugar por causa de fuerza mayor.

Como primera medida, la tácita reconducción se presenta ante el contrato de arrendamiento de plazo indefinido o en aquellos casos en que se termina el plazo pactado y la relación contractual continúa. No debe olvidarse que el arrendamiento es un contrato temporal por esencia, y que no es lo mismo hablar de un contrato de arrendamiento de plazo indefinido a un contrato de arrendamiento perpetuo. La norma legal que consagra la tácita reconducción es el artículo 1566 del Código civil, que está complementado, además, por el artículo 1581:

Art. 1566.- Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, a menos que haya precedido requerimiento.

Artículo 1581: Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término.

La primera norma se basa en la presunta voluntad de las partes, en donde no se prorroga el mismo contrato, sino que entra en vigor uno

nuevo, por lo cual se extinguen las garantías otorgadas por un tercero, como lo dispone en el artículo 1567. Igualmente, el plazo no es el mismo, sino uno nuevo, que es el fijado por el artículo 1581.

En cuanto a lo definido en la Ley de Arrendamiento Urbanos vigente, el Art. 10 en su inciso último resuelve el problema, al decir que “al contrato así prorrogado le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviera sometido”. Tal regla supondría, con una claridad casi inequívoca, que lo pretendido por la Ley es la prórroga del contrato en los mismos términos pactados y no su novación o modificación por otro completamente diferente³¹⁶. Por último debe advertirse que, una vez vencidas las sucesivas prórrogas forzosas, el contrato entra bajo el régimen del Código Civil, quedando sometido a la figura de la tácita reconducción que allí se consagra.

Para finalizar, considero oportuno hacer una pequeña digresión sobre la extinción de los contratos de arrendamiento de renta antigua que recaen sobre locales de negocio, aunque no se ciña estrictamente al tema de la presente investigación que pretende abarcar solo lo referente al contrato de vivienda. En efecto, no es posible permanecer ajeno al impacto que produce en la economía española la llegada del plazo legal extintivo, especialmente para los pequeños negocios de comercio que durante décadas se han visto favorecidos con este contrato.

³¹⁶ En este sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 103 ss, en sus comentarios al Art. 10º.

4.2.2. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO

En la actualidad, también son de dos clases los contratos de arrendamiento de locales de negocio vigentes, teniendo en cuanto a la normatividad que los regula, tal y como se verá a continuación.

1. Con anterioridad al 9 de mayo de 1985:

El régimen transitorio de la Ley de 1994, conforme se ha señalado, vino a establecer un procedimiento de extinción de los contratos de arrendamiento suscritos antes de su entrada en vigor. En este sentido, la disposición transitoria tercera de la Ley de 1994 prevé las normas aplicables a la extinción de los contratos de locales de negocio cuando hayan sido suscritos antes del 9 de mayo de 1985, los que estarían sujetos a la prórroga forzosa del TRLAU/64. Para ilustrar mejor lo dispuesto por el régimen transitorio, ha de distinguirse los contratos donde el arrendatario es una persona física de aquellos donde el arrendatario es una persona jurídica.

Cuando los contratos hayan sido suscritos por una persona física, como arrendatario, resulta aplicable la regla general por la cual el arrendamiento se extingue con la jubilación o el fallecimiento del arrendatario. No obstante, hay que tener en cuenta que el Art. 60 de la Ley de 1964, permite dos subrogaciones al contrato.

Por lo tanto, si a la entrada en vigor de la Ley de 1994, no se hubiera producido ninguna de estas subrogaciones, esta permitido efectuarlas. Por el contrario, si a la entrada en vigencia de la Ley 1 de 1995 se hubiera producido una subrogación, se podría efectuar la subrogación faltante. Por último, si ya se hubieran efectuado las dos subrogaciones, se debe aplicar la regla general de extinción de estos contratos ya citada, salvo si el arrendatario, antes de su jubilación o fallecimiento, ha traspasado el local a un tercero.

La primera subrogación se permite a favor del cónyuge del arrendatario, hasta su jubilación o fallecimiento; podría subrogarse un descendiente a falta del cónyuge, en cuyo caso no tendría lugar la segunda subrogación y se extinguiría a los veinte años a contar desde la entrada en vigor de la nueva ley. La segunda subrogación se concede a favor de los descendientes del arrendatario, una vez fallecido o subrogado el cónyuge y siempre que no hayan transcurrido veinte años desde la entrada en vigor de la nueva Ley, extinguiéndose el contrato igualmente al finalizar dicho plazo.

Hay que tener en cuenta que el traspaso del local de negocio en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1994 incrementa los plazos anteriores en cinco años.

Por otro lado, cuando el arrendatario sea una persona jurídica, la disposición transitoria tercera, en su apartado 4º, prevé que la extinción de los contratos, en los que se desarrollen las actividades

comprendidas en la división 6 del Impuesto sobre Actividades Económicas, se producirá en un plazo de veinte años a contar desde la entrada en vigor de la Ley, esto es, el 1 de enero de 2015, salvo si los locales exceden de 2.500 metros cuadrados, en cuyo caso el plazo se reduce a cinco años.

Asimismo, en este mismo apartado se dispone un régimen de extinción de los contratos en los que no se lleven a cabo dichas actividades económicas, establecido en función de las cuotas según las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, que va de los cinco a los veinte años, en función de la solvencia económica del arrendatario, estando a su cargo la prueba de la cuota abonada en 1994.

II. Con posterioridad al 9 de mayo de 1985:

En lo que respecta a los contratos de arrendamiento celebrados después del 9 de mayo de 1985, la propia exposición de motivos de la Ley de 1994 consideraba que no conllevaban especial problemática, puesto que habían sido pactados de conformidad con la libre voluntad de las partes y, en lo que se refiere a su duración, sin estar sujetos con carácter imperativo a la prórroga forzosa.

En virtud de lo anterior, la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 vino a mantener el régimen

legal aplicable a dichos arrendamientos, es decir, el artículo 9 del Real Decreto-ley de 1985 y el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. De esta regulación no quedaban excluidos los contratos que, aunque hubieran sido suscritos después del 9 de mayo de 1985, se hubieran convenido expresamente mediante cláusula que lo sujetara al régimen de prórroga forzosa.

Sin embargo, a pesar de lo previsto en la exposición de motivos de la Ley de 1994, se han puesto de manifiesto importantes problemas en el régimen regulatorio de estos contratos, más específicamente, en lo que se refiere a la extinción de aquellos casos en los que el arrendatario sea una persona jurídica³¹⁷. Esto se debe a la existencia de contratos de arrendamiento de local de negocio que, por un lado, fueron celebrados con anterioridad o que, por otro, se pactaron voluntariamente, muchas veces por desconocimiento de los mismos arrendadores, con sujeción a la legislación de 1964, lo que conlleva a la aplicación del régimen de prórroga forzosa para ambos casos.

Siendo sujetos a este régimen, parecía que se llevaba a estos contratos a una extensión *sine die* de su período de duración, puesto que las personas jurídicas no desaparecen salvo en el caso de liquidación, descartando, por obvias razones, su fallecimiento o jubilación. A lo anterior debe sumarse que, al mantenerse la

³¹⁷ GÓMEZ ACUÑA, J., *Nuevo paso hacia la extinción de los contratos de arrendamiento de "renta antigua"*, en Diario LA LEY, núm. 7874, año XXXIII, 6 de junio de 2012, p. 193. [Última consulta 04-11-2015] Disponible en web: <http://www.garrigues.com/es/publicaciones/articulos/Paginas/Nuevo-paso-hacia-la-extincion-de-los-contratos-de-arrendamiento-de-renta-antigua.aspx>

personalidad jurídica de la sociedad, la transmisión de acciones no se considera por la jurisprudencia como traspaso o cesión del contrato, salvo que llegare a configurarse un fraude a la ley.

La regulación antes señalada fue objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, al considerar que existía una laguna en la finalidad pretendida por el Legislador, que no era otra que la de acabar con los contratos de larga duración que habían surgido a raíz de la aplicación de la prórroga forzosa del régimen legal anterior, el cual, a su vez, atentaba contra el carácter temporal de los arrendamientos.

Sin embargo, la clara redacción de la disposición transitoria primera de la Ley de 1994 parecía no dar lugar a dudas acerca del régimen legal aplicable a los contratos de arrendamiento antes analizados y, por tanto, a la sujeción de los mismos al régimen previsto por la Ley de 1964. De hecho, el propio Tribunal Supremo había defendido la aplicación literal de la norma y, por tanto, del régimen normativo de 1964, derivado de la redacción de la disposición transitoria primera de la actual legislación.

En este sentido, entre otras sentencias, se debe destacar la dictada por el propio Tribunal Supremo el 31 de octubre de 2008, en la que defiende la aplicación de la disposición transitoria primera en relación con un contrato de arrendamiento celebrado en 1987 y sujeto a prórroga forzosa. Afirma, además, que dicha prórroga no es

incompatible con el carácter temporal consustancial a los arrendamientos, puesto que su vigencia es la propia de un contrato celebrado al amparo de un sistema normativamente previsto y jurisprudencialmente aceptado.

Ahora bien, a pesar de la diáfana claridad de la disposición transitoria Primera de la Ley de 1994, la doctrina venía exigiendo la intervención jurisprudencial para lograr una solución a la extinción de estos contratos de arrendamiento suscritos después del 9 de mayo de 1985 por una persona jurídica, como arrendataria, y sujetos a prórroga forzosa. En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011 (núm. 831/2011), ha llegado a modificar la interpretación y aplicación de dicha norma.

Con ese fin, esta sentencia establece una novedosa relación entre las disposiciones transitorias primera y tercera de la Ley de 1994, en relación con los contratos de arrendamiento suscritos por personas jurídicas, como arrendatarios, con posterioridad al 9 de mayo de 1985. El Tribunal Supremo se basa, para ello, en el carácter temporal de los contratos de arrendamiento (art. 1.543 del Código Civil), estableciendo que el principio de autonomía de la voluntad de las partes previsto en el artículo 1.255 del citado cuerpo legal, y el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, no pueden conllevar la alteración de la naturaleza y esencia temporal de los contratos locativos.

Para profundizar en la citada temporalidad, la Sentencia hace alusión a la dictada por el propio Tribunal Supremo el 9 de septiembre de 2009, y que fue confirmada el 14 de julio de 2010, aun cuando esta se refiere a la duración de sendos contratos de arrendamiento, para uso distinto al de vivienda, que han sido suscritos en 1998, es decir, bajo el nuevo régimen legal. En ellos, las partes pactaron que la duración fuese de un año, prorrogable a instancia del arrendatario por sucesivos períodos anuales con carácter obligatorio para el arrendador.

El Tribunal Supremo establecía, en dicha Sentencia de 2009, que la duración pactada por las partes era contraria al elemento esencial de temporalidad propio de los arrendamientos, especificado en el artículo 1.543 del Código Civil, y dejaba el contrato al arbitrio de una sola de las partes, lo que sería contrario al artículo 1.256 del Código Civil. Aun así, reconocía que no podía aceptarse que ello pudiera ser equiparable a la ausencia de previsión contractual, en la que se pone claramente de manifiesto la intención del arrendador y del arrendatario de prorrogar el contrato más allá del plazo anual inicialmente pactado.

En virtud de lo anterior, el Tribunal Supremo decidió aplicar, a este supuesto de hecho, los argumentos defendidos por una parte de la doctrina en relación con los arrendamientos sujetos al Código Civil y acudir a la analogía entre el arrendamiento y la figura del usufructo. Con ello, concluye que cuando el arrendatario es persona jurídica la

duración máxima que cabe imponer al arrendador, sin perjuicio de que la voluntad de las partes pueda llevar a otro plazo mayor, es la de treinta años, por aplicación del límite temporal que la ley establece para el usufructo constituido a favor de personas jurídicas.

Tras dicha referencia, la Sentencia de 2011 concluye, para el caso que le incumbe, que en los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados 1) por un arrendatario que sea persona jurídica, 2) tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 1985 y 3) en los que las partes se hayan sometido expresamente al régimen de prórroga forzosa, deberá aplicarse la Disposición Transitoria Tercera, apartado 2, regulatoria del régimen de extinción de los contratos de arrendamiento de local de negocio suscritos antes de dicha fecha.

En definitiva, lo que el Tribunal Supremo ha establecido es que, toda vez que las partes que suscribieron esos contratos de arrendamiento, después del 9 de mayo de 1985, quisieron aplicar a los mismos el régimen locativo previsto en la legislación de 1964 y su prórroga forzosa, la extinción de dichos contratos debe regularse conforme a las previsiones aplicables a los contratos sujetos a ese régimen legal: el apartado 2 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de 1994.

Resulta especialmente novedosa, por tanto, la relación que el Tribunal Supremo establece entre las disposiciones transitorias tercera (apartado 2) y primera de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, cuya consecuencia puede resultar de vital importancia. Así

es como la aplicación de la Disposición Transitoria Primera a este tipo de contratos, en los que el arrendatario sea una persona jurídica, determina largos plazos de duración, pudiéndose, incluso, imponerla perpetuidad sobre dichos arrendamientos.

Sin embargo, la remisión a la disposición transitoria tercera supone la extinción de dichos contratos en una fecha cierta, puesto que el plazo máximo de duración será, normalmente, de veinte años a contar desde la entrada en vigor de la nueva ley y, por tanto, hasta el 1 de enero de 2015, siempre y cuando no haya traspasos, como antes hemos señalado.

Ahora bien, aunque la anterior sentencia no crea jurisprudencia, no por ello está exenta de generar nuevas controversias y sumarse así a las ya existentes. Es por esta razón que es importante tener en cuenta los cuestionamientos que pueden surgir al respecto, sin perjuicio de que se pueda reconocer el propósito implícito del fallo de aplicar justicia con sentido práctico, en concordancia con el objetivo del Tribunal Supremo de acabar con el régimen de prórroga forzosa, al que también tiende la Ley de 1994.

No deja de ser cierto, por un lado, que la dicción de la disposición transitoria primera de la Ley de 1994 dejaba claro el régimen a aplicar, el cual parecía ser el verdaderamente deseado por el legislador, y que, por tanto, no se habría permitido la existencia de "lagunas" en relación con la extinción del resto de contratos de

arrendamiento suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma.

Por otro lado, no es menos cierto que recientemente el Tribunal Supremo había defendido la aplicación literal de la disposición transitoria primera de la Ley de 1994 a este tipo de contratos de arrendamiento, como hemos visto en el apartado anterior con su sentencia de 31 de octubre de 2008, lo que pudiera conllevar una falta de seguridad jurídica a la hora de conocer cuál es el régimen de extinción de estos contratos.

En todo caso, no queremos dejar de insistir que la doctrina había reclamado la necesidad de llevar a cabo, a través de la jurisprudencia, una interpretación de este régimen transitorio para los contratos de arrendamiento de local de negocio suscritos después del 9 de mayo de 1985 por una persona jurídica, como arrendatario, y sujetos a prórroga forzosa, con el fin de sortear esta aparente ausencia de regulación en cuanto a su extinción. Incluso había llegado a plantearse la posibilidad de aplicar, por analogía, la duración máxima de treinta años prevista para el usufructo constituido a favor de personas jurídicas, como hacía la Sentencia de 2009 del Tribunal Supremo antes comentada.

El Tribunal Supremo parece tratar de satisfacer dicha exigencia con la Sentencia de 2011, o al menos a pronunciarse de una forma diferente en cuanto a la interpretación de este régimen transitorio, con la

intención, parece, de cumplir con uno de los objetivos de la nueva legislación, es decir, acabar con la prórroga forzosa en los contratos de arrendamiento.

4.3. La tácita reconducción en el Código Civil colombiano

El Código Civil colombiano trata el tema de la tácita reconducción en el artículo 2014 con un sentido similar a lo consagrado en los textos romanos, según se deduce de la lectura de la norma, que se inserta a continuación:

Art. 2014.- Terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato. Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá Derecho el arrendador para exigirla cuando quiera. Con todo, si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieran manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado

el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses, en los predios urbanos y es necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera.

Del texto se deduce que, para que la figura de la tácita reconducción se configure, se hace necesario que el contrato de arrendamiento recaiga sobre un bien inmueble, sea un bien urbano o rústico, que el arrendatario se mantenga en la tenencia de la cosa y que el arrendatario haya pagado, y el arrendador aceptado, el pago de la renta correspondientes a un período posterior a la terminación del contrato o que ambas partes hubieren manifestado, por cualquier otro hecho, de manera inequívoca, su intención de mantenerse en el contrato.

Una vez cumplidos las anteriores condiciones, se producirán las consecuencias de la tácita reconducción, es decir, que el contrato se entiende renovado por períodos sucesivos no mayores de tres meses en los inmuebles urbanos, o el necesario para realizar las labores principales y recoger los frutos pendientes en los predios rústicos, en ambos casos bajo las mismas condiciones contractuales iniciales.

Vencido este plazo, el arrendador puede exigir la entrega del inmueble, manifestando de esta manera su intención de no renovar por más tiempo el contrato, pudiendo negarse incluso a recibir la renta del alquiler³¹⁸.

Ahora bien, con la renovación tácita del contrato no se prorrogan las fianzas constituidas como garantía del contrato inicial, por cuanto la renovación no es conocida por el fiador y su voluntad es requerida para que continúe vigente la garantía prestada al contrato inicial. Así lo dispone el Código Civil en el siguiente artículo:

Art. 2015 – Renovado el arriendo, las fianzas, como las prendas o hipotecas constituidas por terceros, no se extenderán a las obligaciones resultantes de su renovación.

En la actualidad, la norma vigente para regular el contrato de arrendamiento es la Ley 820 de 2003, la cual, al promulgarse, deroga las normas que le fueren contrarias. Se permite, entonces, afirmar que es la norma vigente para regular la situación planteada sobre la prórroga del contrato de alquiler si se reúnen determinadas condiciones al momento de terminar su vigencia por la llegada del plazo inicialmente propuesto en el contrato.

³¹⁸ SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, 30 de abril de 1959, publicada en Gaceta Judicial, Tomo XC, no. 2210, p. 359-362.

Art. 6°.- El contrato de arrendamiento de vivienda urbana se entenderá prorrogado en iguales condiciones y por el mismo término inicial, siempre que cada una de las partes haya cumplido con las obligaciones a su cargo y, que el arrendatario, se avenga a los reajustes de la renta autorizados en esta ley.

Esta disposición deja de lado la figura de la tácita reconducción y establece la figura de la prórroga para regular la voluntad tácita de mantenerlo vigente, pese a la llegada del plazo para terminarlo. Esto conlleva a que se reitere lo ya dicho sobre ella en el Derecho español, es decir, que el contrato continúa vigente por el mismo tiempo y dejando vigentes las demás condiciones pactadas en el contrato inicial; todo ello, ante el silencio o la aceptación tácita de las partes a la prórroga o terminación del acuerdo inicial. Al coexistir las figuras de la prórroga tácita del contrato en la ley de arrendamientos de vivienda y la tácita reconducción en el Código Civil colombiano, cobran vigencia los comentarios hechos al analizar este aspecto de la normatividad española.

En cuanto a la legislación colombiana, el plazo de duración del contrato de arrendamiento será el que acuerden las partes y a falta

de estipulación expresa, se entenderá celebrado por el término de un año³¹⁹.

³¹⁹ Art. 5º. término del contrato. El término del contrato de arrendamiento será el que acuerden las partes. A falta de estipulación expresa, se entenderá por el término de un (1) año.

CAPITULO IV

LOS SUJETOS DEL CONTRATO

1. LA EXPRESIÓN *LOCATIO CONDUCTIO*

Para abordar los conceptos de *locator* y *conductor*, conviene analizar el significado de los dos términos que conforman la denominación del contrato de arrendamiento: *locatio conductio*. La expresión bimembre *locatio conductio*, deriva de dos verbos que expresan dos acciones complementarias y recíprocas³²⁰. Así, *locare* significa poner a disposición, colocar, o situar algo en manos de otra persona, mientras que *conducere*, de manera correlativa, significa llevar consigo o sobre sí³²¹.

La etimología de *conducere* no es del todo clara puesto que en las fuentes extrajurídicas se define como “llevar conjuntamente”, aunque los juristas le dan la acepción de *secum ducere*. En este sentido, quien recibe la cosa para transportarla de un lugar a otro es llamado

³²⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 285.

³²¹ BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano*, op.cit., 219 ss, cit. por MASI, A., *Locazione (Storia)*, op.cit., nt. 26.

conductor, por llevar consigo (*rem perferendam conduxit*). Por su parte, el que entrega la cosa para su transporte es conocido como *locator* porque “coloca” la cosa en poder del porteador. En consecuencia, y de forma análoga, la persona que arrendaba un esclavo era llamada *conductor*, porque era quien llevaba al esclavo consigo (*rem utendam conducere*), y aquella que proporcionaba al esclavo era llamada *locator*, porque colocaba al esclavo a disposición del *conductor*.

En cuanto a la realización de una tarea, se sitúa igualmente a una u otra persona bajo la denominación de *locator* o *conductor* dependiendo de quién fuese contratado y por quién en la relación jurídica. De esta manera, si alguien contrata a un arquitecto para construir una casa éste es llamado *conductor* por ser quien asume la tarea o, dicho de otro modo, lleva consigo la tarea (*domum aedificandam conduxit*). Quien contrata sus servicios es llamado *locator* (*domum aedificandam locavit*) por ser quien entrega la tarea al arquitecto.

Ahora bien, en caso que alguien arriende obreros para construir una casa bajo su propia dirección, aquellos son considerados como *locatores* (*locant operas suas in aedificio faciendo*), porque se colocan ellos mismos a disposición de la otra parte. El hecho de ser los obreros dirigidos directamente por quien los contrató implica que ellos no tienen control sobre la construcción y por lo tanto se puede considerar que ellos sólo prestan su fuerza de trabajo como *locatores*

mientras que *conductor* es aquella persona en quien la depositan, es decir, quien la lleva consigo (la fuerza de trabajo). Por el contrario, si se hubiesen contratado obreros para construir una casa bajo la dirección de ellos mismos, ellos serían considerados *conductores operis*³²².

De los anteriores ejemplos, en definitiva, pareciera que la terminología de *locator* o *conductor* depende de quién “lleva la cosa”, independientemente de quien sea el beneficiario material de la misma. Para SCHULZ³²³ la diferencia terminológica es más bien formal, y en todo caso el trabajador puede llamarse a sí mismo *locator* o *conductor*. De ahí que si alguien alquila un flautista para amenizar una reunión poco deliberará si se trata de una *locatio conductio operarum* o una *locatio conductio oper*, y la cuestión de si el flautista es *locator* o *conductor* esta desprovista de importancia jurídica:

“Con relación a la terminología debemos notar que en la *locatio conductio operis* el trabajador toma la posición de *conductor*, mientras que en la *locatio conductio operarum* le corresponde la de *locator*. Además resulta en algunos casos

³²² Esta manera particular de los romanos de definir el contrato de arrendamiento, siendo un negocio inherente a las actividades cotidianas de la vida romana, explican como lo hemos visto, la diversas teorías sobre la unidad o tripartición del contrato de arriendo en las fuentes. Por eso es pertinente la explicación que nos da Antonio Masi: “Nel differenziare il trattamento di tre distinti tipi di *locatio*, i giuristi obbediscono all’esigenza di distinguere diverse funzioni economico-sociali cui li riconoscono destinati: la disciplina giuridica dei singoli tipi (*rei*, *operis faciendi*, *operarum*) assume carattere diferente secondo la diversa situazione típica degli interessi e la diversa funzione economico-sociale caratteristica di ciascuno, a prescindere da qualsiasi consapevole differenziazione dogmatica”. MASI, A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, p. 906.

³²³ SCHULZ, F., *op.cit.*, p. 518

difícil distinguir cuando se trata de uno o de otro contrato.”³²⁴

En este mismo sentido y en referencia al arrendamiento, IMPALLOMENE ha señalado que, tal y como lo ha expresado Pothier (Pand. 19, 2, 15, 16), en algunas relaciones contractuales podría ser difícil establecer quién puede ser considerado como arrendador o como arrendatario, aunque fueran claras las obligaciones impuestas a cada uno de ellos. Así, por ejemplo, en el caso del dueño de un granero que, manteniendo la posesión y conviniendo el precio del arriendo, guarda el trigo de terceros además del suyo propio, ¿con qué calidad actúa al recibir el grano de otros? ¿Se está dando lugar a una *locatio operis*, por realizar la custodia del grano, o a una *locatio rei*, por guardarlo en su granero?³²⁵

Sobre esta polémica, anota F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN que resulta demasiado reduccionista entender que por la misma configuración terminológica, el arrendamiento en Derecho romano exija un desplazamiento de una cosa, hasta el punto de dudar acerca del posible objeto del contrato. Tomando como ejemplo una cosa corporal, si los bienes muebles son los únicos que pueden desplazarse

³²⁴ *ibid.*

³²⁵ “Eppure, como osservava il Pothier (Pand. 19, 2, 15.16), in certi rapporti contrattuali nel loro complesso sicuramente riportabile alla *locazione conduzione*, poteva apparire incerto chi dovesse considerarsi il *locatore* e chi il *conduttore*, ancorché fossero chiare le obbligazioni gravanti su ognuno di essi. Così, ad esempio, quando il proprietario di un granaio, mantenendolo il possesso, si fosse impegnato, dietro mercede, a conservarvi e custodire il Frumento altrui: dal punto di vista del proprietario del granaio era “locato” il granaio stesso, dando luogo a una *l.c. rei*, o era “condotto” il Frumento altrui, dando luogo a una *l.c. operis*? Fermo il principio che era il proprietario del granaio a essere tenuto per custodia e a dover ricevere la mercede, la riceveva come *locatore* del granaio o come *conduttore* del Frumento? Sembrerebbe prevalsa la di lui figura di *locatore*, almeno a giudicare dalla costituzione di Caracalla, di cui a Cht.1”. IMPALLOMENE, G., *Locazione nel diritto romano, op. cit.*, p. 92.

sin menoscabo de su esencia, parecería que no se puede dar la *locatio conductio* en relación con un bien inmueble, como un fundo o una casa, en la medida que estos bienes no pueden ser desplazados físicamente. Esta interpretación reduccionista impide entender lo que se puede lograr sin dificultad alguna, ya que el desplazamiento no tiene porqué ser físico. Tal sería el caso del arrendamiento de un predio, donde el *conductor* entra en contacto con el fundo que ha arrendado debido a que su *locator*, le ha traspasado el ejercicio de la facultades de uso y disfrute³²⁶.

2. EL LOCATOR

En la *locatio conductio rei* el *locator* es quien tiene el *locare*, de manera que dispone del uso y goce sobre el bien, que es lo mismo a decir que ejercita el *uti frui licere* y puede disponer efectivamente de él. Conforme a lo visto en el capítulo anterior, cabe añadir que el *locator* se obliga a suministrar la cosa, hace una *locatio* y tiene contra la otra parte la acción *locati o ex locato*.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que la obligación típica del *locator* es la de procurar y asegurar al *conductor* el uso y goce de la *res locata* por toda la duración del contrato, se deriva la obligación accesoria para el arrendador de invertir el dinero necesario para la

³²⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 286.

conservación y mantenimiento de la *res locata* con el fin de preservarla en condiciones tales que permitan su utilización y gozo por parte del arrendador. De ahí que, a falta de esta condición, el *conductor* tiene Derecho a la reducción de la *merces*, es decir del precio, o quizás al reembolso por el mantenimiento hecho por su propia iniciativa³²⁷. Sin embargo, el arrendador no está obligado a conservar la propiedad de la *res locata* por todo el periodo de la locación, puesto que no es necesario que él sea el propietario de la cosa sino que le es suficiente ser poseedor o tenedor de la misma.

Ahora bien, como se ha indicado anteriormente, el arrendatario es un simple detentador de la cosa, lo cual implica que el arrendador posee por su mediación. No obstante, como parte del *uti frui licere*, el *conductor* es quien percibe los frutos de la cosa siempre y cuando dicho Derecho no sea revocado por el *locator*. De este modo, el *conductor* conserva la percepción de los mismos a menos que aparezca un nuevo titular, tal y como se puede deducir de D.30.120.2.³²⁸

Cabe advertir que el Derecho del *conductor* es personal y no le faculta para defender judicialmente la cosa, de forma tal que si a causa del reclamo de un tercero se le impide su uso, el Derecho del arrendatario se reduce únicamente a exigir una indemnización a su

³²⁷ MASI, A., *Locazione (Storia)*, *op.cit.*, p. 912, y en el mismo sentido, GUARINO A., *Storia del diritto romano*, *op.cit.*, p. 807. Sobre estos aspectos, volveremos al tratar en el acápite posterior que hace referencia a la responsabilidad y obligaciones de las partes.

³²⁸ D.30.120.2. *Fructus ex fundo pure legato post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere, colonum autem cum herede ex conducto habere actionem.*

arrendador. Igualmente ocurre cuando un nuevo propietario de la cosa arrendada se opone a la continuación del contrato y priva al arrendatario del uso de aquella cosa, aunque como se ha dejado dicho, debe tenerse en cuenta que el arrendador debe responder de todo perjuicio culposo que cause al arrendatario³²⁹.

Partiendo de los conceptos anteriores, se procederá a considerar, a continuación, aquellas personas que pueden actuar como arrendadores dentro de un contrato de alquiler.

2.1. El propietario

Esta es probablemente la persona más indicada para celebrar contratos de alquiler como arrendador puesto que siendo atributos de la propiedad la plena disposición, el goce y el uso del bien, el ejercicio de ellos por parte del propietario, particularmente los dos últimos, le posibilitan actuar como arrendador.

Es de todos sabido pero no sobra advertirlo, que si el propietario escinde los atributos de la propiedad entregando el uso y el goce al usufructuario, el primero, como nudo propietario, perdería la facultad de disposición del *uti frui licere* que quedaría, por el contrario, en cabeza del segundo. Así las cosas, si el nudo propietario llegare a celebrar un contrato de arrendamiento sobre el bien, el usufructuario

³²⁹ D'ORS, A., *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 555. Sobre los aspectos de la posición del *conductor*, la percepción de los frutos, responsabilidad del *locator* y demás que menciona este párrafo, volveremos mas adelante al tratar de la responsabilidad de las partes en el contrato de arrendamiento.

tendría Derecho, mediante el ejercicio de una acción real, a exigir la restitución del inmueble por parte del arrendatario.

2.2. El usufructuario

Partiendo de la última aclaración, en el acápite anterior, puede afirmarse que el usufructuario³³⁰ tiene igualmente la facultad de entregar el bien en arriendo, tal y como lo señala Ulpiano en D.7.1.12.2pr³³¹.

En este sentido, COSTA³³² establece dos requisitos alternativos con los cuales el usufructuario puede arrendar el bien. El primero de ellos es que el arriendo se haga según los términos señalados objetivamente en el título constitutivo, esto es, que no se transforme el uso y destino que por su misma naturaleza tenga la cosa entregada en usufructo, según la lectura que se hace a Ulpiano en el Libro XVIII de sus comentarios a Sabino:

³³⁰ El alcance del derecho real de usufructo en este aspecto, lo precisa claramente el Art. 480 del código español, al decir: "Podrá el usufructuario aprovechar por si mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola". El Código Civil colombiano dispone: "Art. 852.- El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera, a título oneroso o gratuito. Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiera prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición. El usufructuario que contraviniera esta prohibición, perderá el derecho de usufructo".

³³¹ D.7.1.12.2pr "Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concederé, vel locare, vel venderé potest, nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur..." (El usufructuario, o puede el mismo usufructuar la cosa, o concederla a otro para que la usufructue, o arrendar, o vender; porque así usa el que arrienda, como usa el que vende...)

³³² COSTA, E., *La Locazione...*, op.cit., pp. 12 y 1.3

*D.7.1.13.8. Item si domus ususfructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet, nec per coenacula dividere domun; atqui locare potest, sed oportebit quasi domun locare, nec balneum ibi faciendum est...*³³³.

El segundo requisito es que el arriendo este permitido por la naturaleza misma del bien que es dado en usufructo. Para ilustrar mejor, esta condición se puede hallar en el caso de prendas alquiladas para vestuarios escénicos o fúnebres, lo cual no aplicaría, por el contrario, para el alquiler de prendas comunes que han sido entregadas en usufructo para uso personal del usufructuario. Es así como se deduce de los siguientes textos del libro XVIII de los Comentarios a Sábino de Ulpiano:

*D.7.1.15.4. Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur.*³³⁴

³³³ D.7.1.13.8. Asimismo, si se hubiese legado el usufructo de una casda, no debe el usufructuario hacer de ella casa pública, ni dividir la casa en cuartos pequeños; mas puede arrendarla, pero convendrá que la arriende como casa, sin que tampoco en ella se hayan de hacer baños...

³³⁴ D.7.1.15.4.- Y si se hubiese legado el usufructo de vestidos, y no se legase como usufructo de cantidad, se ha de decir que él debe usar de modo que no abuse; y que tampoco habrá de alquilarlos, porque un buen varón no usaría de ellos de esta manera.

D.7.1.15.5. Proinde et si scenicae vestis ususfructus legetur, vel aulaei, vel alterius apparatus, alibi, quam in scena non utetur. Sed an et locare possit, videndum est. Et puto locaturum, et licet testator commodare, non locare fuerit solitus, tamen ipsum fructuarium locaturum tam scenicam, quam funebrem vestem.

Adecuándose a estos requisitos el usufructuario tendría plena capacidad de dar en arriendo el bien que le fue dado para usufructuar. Sin embargo, en el caso en que el arrendatario adquiriera la calidad de usufructuario, el arrendamiento se extingue por confusión, porque adquiere el arrendatario el *uti frui licere* sobre la cosa arrendada, tal como lo establece Juliano en el libro XXXV del Digesto:

*D.7.1.34.1. -Si colono tuo usumfructum fundi legaveris, usumfructum vindicabit, et cum herede tuo aget ex conducto et consequetur, ut neque mercedes praestet, et impensas, quas in culturam fecerat, recipiat.*³³⁵

³³⁵ D.7.1.34.1.- Si hubieras legado el usufructo de un fundo a tu colono, vindicará el usufructo, y ejercerá contra tu heredero la acción de arrendamiento, y conseguirá no pagar las pensiones y recobrar los gastos que para el cultivo había hecho.

De esta manera, aquí encontraríamos señalado el caso en que el colono, por legado, adquiriera el usufructo sobre el bien arrendado, pudiendo éste ejercitar la *actio conducti* contra el heredero, que sería en ese evento el arrendador, para no pagar las pensiones y recobrar lo gastos de la inversión hecha en el cultivo.

2.3. El usuario

En lo relativo al Derecho de uso, podemos acudir al texto de Ulpiano, en el libro XVII de comentarios a Sabino, recogido en D.7.8.2.³³⁶, quien al decir "*cui usus relictus est, uti potest, frui non potest*" acepta la descripción realizada desde la doctrina que define dicho derecho como aquel de usar cosa ajena para atender las necesidades propias de la familia, aunque sin percibir los frutos que pertenecen al propietario³³⁷ puesto que se hace entrega del uso y no del usufructo.

En consecuencia, el usuario no puede percibir los frutos de la cosa, ni los frutos civiles, ni los frutos naturales, lo que implica que no puede arrendar el bien ya que no le es permitido lucrarse con el alquiler del mismo. La situación del usuario la describe Justiniano de la siguiente manera:

I.2.5.1. *Minus autem scilicet iuris est in usu,
quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum*

³³⁶D.7.8.2.- "*Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. Et de singulis videndum.*" (Aquel a quien se dejó el uso puede usar, pero no puede usufructuar. Y se ha de tratar de cada cosa.)

³³⁷ GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 201.

*habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis, lignis ad usum quotidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento; nec ulli alii ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, quum is, qui usumfructum habet, potest haec omnia facere*³³⁸.

De lo anterior queda claramente establecido que es de inferior categoría el Derecho de uso que el de usufructo. Además, el texto al señalar "*nec ulli alii ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest*" hace énfasis en la imposibilidad de enajenar, o de ceder a un tercero el Derecho de uso debido a su naturaleza personalísima. El usuario tiene la facultad de servirse de los frutos de una finca para su propio consumo y el de su familia en el mismo lugar, sin que las pueda llevar a la ciudad para consumirlas a menos que abunden en el fundo, según se establece en D.7.8.12.1.³³⁹; sin

³³⁸ I.2.5.1.- Pero hay ciertamente menos derecho en el uso que en el usufructo. Porque el que tiene el mero uso de un fundo, se entiende que no tiene mas derecho que el de servirse para el uso cotidiano de las verduras, manzanas, flores, heno, paja y leña; y en dicho fundo le es lícito habitar, mientras no sea molesto al dueño del fundo ni estorbe a los que hacen los trabajos rurales; y no puede ni vender, ni alquilar, ni conceder gratis a ninguna otra persona, el derecho que tiene, aunque puede hacer todo esto el que tiene el usufructo".

³³⁹ D.7.8.12.1. "-Praeter habitationem, quam habet, cui usus datus est, deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius, et lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum. Idem Nerva; et adiicit, stramentis etiam usurum, sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumturum,

embargo, no le es permitido darla en venta o entregarla en arrendamiento a un tercero.

Ahora bien, por la casuística conservada en las fuentes romanas, es posible constatar que ya los juristas clásicos³⁴⁰ tenían la tendencia de ampliar las facultades concedidas al usuario, estableciéndose excepciones a esta regla. De este modo, un caso de estos sería el del *usus* de una casa que comprendía no solo el Derecho de habitar en ella con la propia familia, sino también, en caso de quedarle espacio sobrante dada la amplitud de la casa, la de poder residir en el inmueble con sus libertos, recibir un huésped o incluso darlo en arrendamiento a terceros. Esto únicamente se presenta cuando el usuario está ocupando personalmente la casa, pues sin él no podrán habitar terceros. Estos dos casos se encuentran reseñados en el Libro XVII de comentarios de Ulpiano a Sabino, que se recogen en los siguientes textos:

D.7.8.2.1. Domus usus relictus est aut marito, aut mulieri; si marito, potest illie habitare non solus, verum cum familia quoque sua; an et cum libertis,

et ex his, quae Nerva negavit. Iuventius, etiam cum convivis et hospitibus posse uti. Quae sententia mihi vera videtur; aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus. Sed utetur is, ut puto, duntaxat in villa. Pomis autem, et oleribus, et floribus, et lignis, videndum, utrum eodem loco utatur duntaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint? Sed melius est accipere, et in oppidum deferenda; neque enim grave onus est horum, si abundant in fundo."

³⁴⁰ Entre los autores que sostiene esta teoría se encuentran JÖRS, P., KUNKEL, W., *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 210, quienes exponen: "En el Derecho romano se conoció, junto al usufructo, un derecho de uso sin disfrute (*usus*). Los juristas clásicos se esforzaron en extender todo lo posible este derecho, casi siempre constituido por legado, de acuerdo con la intención benéfica del constituyente. Respondiendo a esto se permitió al usuario de una casa, por ejemplo, albergar en ella a sus familiares, servidumbre (libertos y esclavos, huéspedes y hasta inquilinos (Lab. D.7.8.2.1))..."

*fuit quaestionis. Et Celsus scripsit, et cum libertis; posse hospitem quoque recipere; nam ita libro octavo decimo Digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat. Sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro Posteriorum. Et ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere; item et hospites, et libertos suos.*³⁴¹

*D.7.8.4pr. (Ulp. 17 Sab). ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat, non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec, et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum...*³⁴².

No obstante, para algunos autores³⁴³ no es muy claro qué extensiones de las facultades del usuario se deben a los clásicos y cuáles a los justinianeos, pues estos últimos dan una interpretación más amplia al *uti*. Así se muestra en la concesión que dan al usuario de poder alquilar los locales que exceden a las necesidades propias y de la familia cuando el objeto del *usus* es una casa, o cuando se

³⁴¹ D.7.8.2.1. Se dejó el uso de una casa o al marido, o a su mujer; si al marido, puede habitar en ella no sólo él, sino también con su familia; pero se discutió, si también con sus libertos. Y Celso escribió, que también con sus libertos; y que podrá asimismo, recibir un huésped; porque así lo escribió en el libro décimo octavo del Digesto, cuyo dictamen aprueba también Tuberon. Mas recuerdo que discutió Labeón en el libro de los Posteriores, si también podía admitir un inquilino. Y dice Labeón, que el que personalmente habita puede recibir inquilino; así mismo también huéspedes, y a sus libertos.

³⁴² D.7.8.4pr.- -pero que sin él, ni éstos ciertamente pueden habitar. Más Próculo nota en cuanto al inquilino, que no se dice propiamente inquilino al que habite con él. Según esto, tampoco se le ha de reprochar, aunque perciba alquiler, mientras él mismo también habite allí..

³⁴³ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 430.

concede que el usuario pueda servirse del mismo modo de la *stercoratio* como abono para el cultivo del fundo cuando el objeto es un rebaño, tal como vemos reseñado en I.2.5.4.³⁴⁴

Sin desconocer estas interpretaciones, se encuentra en otros autores la afirmación que estos textos se encuentran interpolados, porque ello fue una ampliación del *uti*, es decir, del uso propio de dicha facultad³⁴⁵. Para GARCÍA GARRIDO, pese a considerar que D.7.8.4.pr. está interpolado, acepta que “En Derecho justineano se permite alquilar las habitaciones que el usuario no utiliza”, pero a su vez, “éste –el usuario- garantiza, por una *cautio usuaria*, la conservación de la cosa y su devolución³⁴⁶”.

En este sentido, COSTA coincide con la idea que la cosa cedida para un simple *usus* no puede cederse a un tercero, y que el ejercicio del derecho puede hacerse siempre y cuando no sea sino algo accesorio o una consecuencia de la destinación personal de la cosa gravada.

Como ejemplo de algo accesorio al uso principal, encontramos los casos de arriendo de las habitaciones sobrantes siempre y cuando el titular del derecho de uso habite en el inmueble, lo que se ha contemplado en las situaciones ya reseñadas en D.7.8.2.1. En cuanto

³⁴⁴ I. 2.5.4. “-Sed si pecoris, veluti ovium, usus legatus sit, neque lacte neque agnis neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt; plane ad stercorandum agrum suum pecoris uti potest”.

³⁴⁵ Respecto de la interpolación de D.7.8.4.pr. véase GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Giapichelli, Torino, 1958, pp. 453 ss., cit. por GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano...*, op.cit, p. 201, nt. 223. Respecto de la interpolación veáse también IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, op. cit., p. 309.

³⁴⁶ GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano...*, op.cit, p. 201.

al ejercicio del derecho como consecuencia de la destinación personal de la cosa gravada, este se ve ilustrado cuando se lega el uso de una yeguada y se supone que se permite su doma y el uso para transporte de tiro, tal y como se observa en el siguiente texto de Ulpiano:

D.7.8.12.4. Equitii quoque legato usu videndum, ne et domare possit, et ad vehendum sub iugo uti. Et si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum Circensibus his usurum, quia quasi locare eos videtur; sed si testator sciens, eum huius esse instituti et vitae, reliquit, videtur etiam de hoc usu sensisse³⁴⁷.

Para RICCOBONO, el cual es citado por PAMPALONI³⁴⁸, el texto D.7.8.12.4 está interpolado en la parte final, desde las palabras *sed si testator* hasta el final, siendo una ampliación justineana de las facultades propias del usuario. También afirma que el texto D.7.8.4 está interpolado al darle la facultad de ceder a terceros la parte de la cosa gravada, de la que no se valga él personalmente³⁴⁹.

³⁴⁷ D.7.8.12.4. "... Y si acaso fue cochero aquel á quien se dejó el uso de los caballos, no creo que podrá él usar de ellos para los juegos de Circo, porque se considera como si los alquilara; pero si se los dejó el testador sabiendo que él tenía tale ocupación y género de vida, se entiende que también comprendió este uso.

³⁴⁸ RICCOBONO, *Sull usus, Studi in onore de Vincenzo Scialoja*, Tomo I. Pág. 596, cit. por PAMPALONI en COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, pp. 16 y 17.

³⁴⁹ COSTA, E., *La locazione... op.cit.*, pp.14 y 15 comparte que el texto está interpolado, pero a diferencia de PAMPALONI señala: "...Non posso consentire cogli illustri colleghi in talle opinione; così non posso consentire che i classici abbiano negato all´usuario di accogliere presso di sé un inquilinus, nel senso di un coabitante non gratuito, distinto e diverso dall´hospes, per la onerosità della sua coabitazione; e che non abbiano già essi avvertito la differenza profonda

2.4. El habitador

La habitación es el derecho que atribuye al titular la facultad de habitar una casa ajena o de arrendarla (C.3.33.13)³⁵⁰. En las fuentes la *habitatio* se presenta como el derecho real e intransferible, concedido a una determinada persona, de habitar una casa ajena y de arrendarla a título oneroso a terceros, aunque esta afirmación se merece una mayor precisión tal como se verá a continuación.

Esta servidumbre personal, como figura jurídica autónoma diferente de los derechos reales de usufructo y uso, fue introducida por Justiniano en la C.3.33.13., del año 530. Anteriormente, los juristas clásicos no la clasificaban como una institución jurídica independiente, puesto que dudaban si debía entrar en el derecho de usufructo o en el de usus, o si debía ser considerada como la detentación precaria de la cosa, siendo revocable a voluntad del propietario que la concedía y que se consideraba cesada a la muerte de éste o del concesionario³⁵¹.

Además de estas cuestiones, surgía la discusión de si quien tiene el derecho real de habitación podía dar en arriendo el bien. El tema resulta interesante si tenemos en cuenta que el derecho real de habitación no recibe más que la facultad del *usus* y excluye aquella

esistente fra codesta destinazione della cosa, accesoria a quella personale, ch'è connaturale all'usus e le altre, che ne esorbitano, per entrare nei termini d'uno sfruttamento della cosa gravata."

³⁵⁰ GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, op.cit., p. 201.

³⁵¹ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, op.cit.,p. 431.

del goce y disfrute de la cosa, que permanecería en cabeza del nudo propietario y quien podría ejercerla en la medida en que no afectara el derecho real del usuario o el habitador.

Esta discusión, sin embargo, queda aclarada una vez que en los textos de la época postclásica se establece que al habitador le era lícito dar en arrendamiento el bien, por tratarse de un derecho particular³⁵². Al respecto, encontramos el pasaje de la Instituta, que dice:

*I.2.5.5. Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque usufructus, sed quasi proprium aliquod ius. Quam habitationem habentibus, prpter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare*³⁵³.

De igual forma, en el Código de Justiniano se permite esta innovación, al darle al habitador la facultad de arrendar el bien, tal y como se dispone en el siguiente texto:

³⁵² La decisión de Justiniano se plantea en relación con la cuestión discutida por los juristas clásicos de si un legado de habitación debía considerarse de uso o de usufructo. Ulpiano, 17 sab. D.7.8.10.2; I. Inst. 2.5.5. Véase Grosso, G., *Usufrutto...*, *op.cit.*, pp. 494 y sigs. En GARCÍA GARRIDO M.J., *Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 201. Nt. 225.

³⁵³ I.2.5.5.- -"Más si a alguno se hubiere legado o de algún modo constituido la habitación, no se reputa ni uso ni usufructo, sino como algún derecho particular. Mas a los que tienen esta habitación, les hemos permitido, por razón de conveniencia, en una constitución nuestra, promulgada conforme al parecer de Marcelo, no sólo el vivir en ella, sino también el arrendarla a otros."

C.3.33.13. Imperatur iustinianus. Iust a. iuliano pp. "Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorem iurgium decidentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat sive alii cedat, ut mercedem accipiat. Et multo magis, si habitationis usum fructum reliquerit, cum et nimie subtilitati satisfactum videatur etiam nomine usus fructus addito..."³⁵⁴

³⁵⁴ C. 3.33.13. "Como antiguamente se dudaba, legado el usufructo de una habitación, en primer lugar, á cual era semejante, si al uso ó al usufructo, ó si á ninguno de los dos, correspondiendo á la habitación un derecho propio y una naturaleza especial, y en segundo lugar, si podia aquel á quien se legó la habitación darla en arrendamiento, ó reivindicar para si el dominio, nosotros, decidiendo la contienda de los tratadistas, quitamos con breve respuesta toda duda de esta naturaleza. Si, pues, uno hubiera dejado el derecho de habitación, nos ha parecido conveniente inclinarnos al parecer más favorable, y dar al legatario también la facultad de arrendarla...".

En la actualidad y según el artículo 525 del Código Civil español³⁵⁵ y el artículo 878 del Código Civil colombiano³⁵⁶, ni el usuario ni el habitador pueden arrendar el bien del cual se desprende el derecho real, y tan solo usarlo para las necesidades personales del usuario o habitador y su familia bajo el mismo criterio que caracterizó la interpretación de la figura en la época clásica.

2.5. El extraño o tercero

De igual manera, una persona que no tenga derecho real alguno sobre el bien puede entregarlo en arriendo. Tendríamos, entonces, que el poseedor puede entregar el bien en arrendamiento cediendo el *corpus* y conservando el *animus*. Asimismo, lo puede hacer quien recibe la cosa en ejercicio de un mandato sin representación, cumpliendo con la obligación que le fuera encomendada por el mandante de arrendar el bien a quien mejor reúna las condiciones tanto económicas como personales para recibirla. Lo importante en estos casos es que el arrendador tenga el *uti frui licere* para cederlo a favor del arrendatario.

Ahora bien, si la cesión que hace el arrendador de dicho disfrute no está permitida y aparece el verdadero propietario y logra exigir la restitución del bien al arrendatario, debe el arrendador responderle

³⁵⁵ Art. 525. Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título.

³⁵⁶ Art. 878. Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse. Ni el usuario ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho. Pero bien pueden dar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales.

por todos los perjuicios causados, en la medida del *id quod interest*, es decir, de lo que le hubiera sido lícito disfrutar durante la vigencia del contrato (D.19.2.9.³⁵⁷; D.19.2.15.8.³⁵⁸). Por lo anterior, al arrendar una cosa ajena surge una nueva obligación para el *locator*: evitar que el propietario le prohíba al *conductor* disfrutar de la *res locata* y por el cumplimiento de dicha obligación, el arrendador responde objetivamente.

2.6. El poseedor

Al detenernos en la capacidad del poseedor para dar en arriendo el bien poseído, es claro que el poseedor de un bien también puede ser *locator*, porque es aquel que realiza actos positivos de propietario, con ánimo de señor y dueño. Por lo tanto, el poseedor tiene de hecho todos los atributos que tiene el propietario, por lo que puede disponer del *uti frui licere*.

³⁵⁷ D.19.2.9. (Ulp. 32 ed.) “Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur, frui quod conduxit licere...” (Si alguno me hubiere dado en arrendamiento una casa comprada de buena fe, o un fundo, y éste hubiere sido reivindicado sin dolo malo, ni culpa, dice Pomponio, que sin embargo se obliga a él por la acción de conducción, a favor de aquel que lo tomó en arrendamiento, a que se le cumpla que le sea lícito disfrutar de lo que tomó en arrendamiento...)

³⁵⁸ D.19.2.15.8. (Ulp. 32 ed.) “Plane si forte dominus frui non patiat, vel quum ipse locasset, vel quum alius alienum, vel quasi procurator, vel quasi suum, quod interest, praestabitur; et ita Proculus in procuratore respondit.” (Pero si acaso el dueño no permitiera usufructuar, o habiendo dado en arrendamiento él mismo, u otro una cosa ajena, o como procurador, o como suya, se responderá de lo que importa; y así lo respondió Próculo respecto del procurador.)

2.7. El arrendatario

Como se mencionó en un acápite anterior, es posible que el arrendatario pueda otorgar en arrendamiento la cosa que se tiene a título de arrendatario, que se puede deducir siguiente pasaje:

D.19.2.60pr. - Quum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex kalendis illis cuius que anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit.

En otro texto del digesto, que se inserta a continuación, se observa un caso en que el subarrendador queda obligado en una doble calidad, es decir, de arrendatario en el contrato inicial y de arrendador en el segundo, esto es, respecto del subarrendatario:

D.19.2.7. (Paul, 32, ed) - Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet, quia ipse Titio tenearis in sexaginta.

Se mencionó, de igual manera, que son divergentes las soluciones que traen el Derecho español y el Derecho colombiano respecto del

subarriendo. Para el primero, encontramos que el arrendatario, siempre y cuando no exista una prohibición, tiene la facultad de subarrendar, situación que es contraria en el caso colombiano en donde la facultad debe ser expresamente concedida por el arrendador para poder celebrar el subarriendo.³⁵⁹

En el Derecho romano, F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN llama la atención que si bien es cierto, cabe en principio el subarriendo, fue práctica frecuente la inclusión de un pacto expreso, por el que se prohibía al arrendatario volver a arrendar³⁶⁰

3. EL CONDUCTOR

Prosiguiendo con el tema de los sujetos, abordamos ahora el arrendatario, o *conductor*, quien es aquel quien detenta el uso y disfrute de una cosa y por consiguiente, quien está obligado a pagar el precio del alquiler, o *merces*. Estos elementos configuran una *conductio* y puede ejercitar contra el *locator* la acción *conducti* o *ex conducto*.

³⁵⁹ Art. 1550 C.C.E.- Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador. Art. 2004 C.C.C.- El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo.

³⁶⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op. cit.*, p. 312.

El *conductor* tiene la *possesio naturalis* del bien mientras dure el arrendamiento y, por lo tanto, es un mero tenedor del bien. Así lo manifiesta Ulpiano en D.10.3.7.11 cuando, refiriéndose a la *actio communi dividundo*, la niega a quienes poseen naturalmente, expresando lo siguiente:

D.10.3.7.11 (Ulp. 20 ed.) Neque colonis, neque iis, qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant
(Subrayado fuera del texto).

Interesa observar que el *conductor*, frente a terceros, actúa según la calidad que tenga el *locator*, por lo que para algunos eventos actúa como representante del arrendador. Es así como, en el caso de la usucapión, el *locator* se beneficia del tiempo en que el arrendatario esté en el predio, un ejemplo que hallamos en el siguiente texto:

D.41.1.53. (Mod. 14, ad Quint. Muc.) -Ea, quae civiliter acquiruntur, pero eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.

De acuerdo a lo anterior, si el *locator* es poseedor civil del bien, éste seguirá teniendo esta calidad por medio del *conductor*, sin que aquel entre a reemplazarlo, ya que el arrendatario tan sólo tendrá el *corpus* del bien mas nunca el *animus*, en la medida que está reconociendo el *animus* del poseedor al pagarle la renta o merces por el uso del bien.

Lo anterior se corrobora con el texto del Digesto donde se inserta el comentario de Paulo a Sabino, Libro XV, referido en general a quienes detentan tan solo materialmente la cosa, pues se reconoce que, quien entrega la mera tenencia, mantiene para si el ánimo de poseedor:

D.41.2.30.6. Si ego tibi commodavero, tu titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo. Et ídem erit, si colonus meus fundum locaverit, aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit; et id per quamlibet plurium personam factum observandum ita erit.

Se tiene, entonces, que *conductor* puede ser cualquier persona extraña al bien, que no tenga el uso o el uso y disfrute del bien por otro título, pues se podría generar, en caso que el *conductor* tenga estas facultades sobre el bien tomado en arriendo, la posible nulidad del contrato por inexistencia del objeto.

3.1. *Conductio suae rei*

Dentro de la doctrina romanista, un tema que ha sido motivo de mucha discusión, y que no ha sido fácil de superar, es si el propietario del bien puede en determinado momento actuar como como *conductor*.

En un principio, se puede hallar en el Digesto un texto que señala expresamente que el dueño no puede tomar en arrendamiento la cosa propia:

D.50.17.45pr. (Ulp. 30, ed.) Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest.

En este sentido, se considera, por un lado, que el arrendamiento se resuelve cuando el arrendatario adquiere el pleno dominio de la cosa, manteniendo el contrato plena vigencia, esto es, debiéndose pagar el alquiler causado antes de producirse la donación o el legado de la cosa arrendada, tal y como se observa en el siguiente pasaje:

D.19.2.9.6. (Ulp. 32, ed.) Si alienam domun mihi locaveris, eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem. Sed de

*tempore praeterito videamus, si quid ante legati
diem pensionis debetur; et puto solvendum;*³⁶¹

*D.19.2.10. (Iul. ad Fer.) – et ego ex conducto
recte agam vel in hoc, ut me liberet.*³⁶²

Por otra parte, se considera al contrato de arrendamiento nulo o sin ningún valor si se arrienda cosa propia, tal como se señala en los siguientes casos:

*D.16.3.15. (Iul. 13 Dig.) –...sicuti qui rem suam
conducit, aut precario rogat, nec precario
tenetur, nec ex locato.*³⁶³

*D.41.2.40.3 (Afr, 7 quest.) Si servum meum
bonae fidei emptori clam abduxerim, respon dit,
non videri me clam possidere, quia neque precarii
rogatione, neque conductione, suae rei
dominium teneri, et non posse caucam*

³⁶¹ D.19.2.9.6. Si me hubieres dado en arrendamiento una casa ajena, y esta me hubiere sido legada o donada, en virtud de la locación no me obligo a tu favor por causa del alquiler. Pero veamos respecto del tiempo pasado, si se debe algo del alquiler antes del día legado; y opino que se ha de pagar.

³⁶² D.19.2.10. Y con razón ejercitaré la acción de conducción también para esto, para que me liberes de la obligación.

³⁶³ D.16. 3.15.- "...así como el que toma en arrendamiento cosa suya, o la ruega en precario, ni se obliga por el precario, ni por el arrendamiento."

*clandestinae possessionis ab his duabus causis
separari.*³⁶⁴

*D.41.3.21. (Jav. 6 Epist.) ... Respondit: si is, qui
pro herede fundum possidebat, domino eum
locavit, nullius momento locatio est, quia dominus
suam rem conduxisset...*³⁶⁵

Hallamos, no obstante, una segunda interpretación por ciertos autores para quienes existen textos del Digesto que permiten el arrendamiento de cosa propia. Para entender esta supuesta contradicción y zanjar cualquier discusión se debe seguir la lógica del esquema de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, tal como se encuentra plasmada en los diversos textos del Digesto. Procediendo de esta manera, es entonces posible deducir que, de los pasajes del Digesto referentes al tema, el propietario puede tomar en arrendamiento la cosa propia, siempre que el disfrute se encuentre separado del dominio por un título legítimo.

En efecto, puede evidenciarse el caso en el cual el derecho de propiedad se halla separado del usufructo, tal como ocurriría en el evento tomado del libro XVII de comentarios a Sabino de Ulpiano.

³⁶⁴ D.41.2.40.3. "Si clandestinamente yole hubiere quitado un esclavo mio a un comprador de buena fe, respondió que no se consideraba que yo lo poseía clandestinamente, porque el dueño no está obligado ni por el ruego en precario ni por el arrendamiento de su propia cosa, y no se puede separar de estas dos causas la causa de posesión clandestina".

³⁶⁵ D.41.3.21. "...Respondió: si el que poseía el fundo como heredero se lo dio en arrendamiento al dueño, el arrendamiento es de ningún valor, porque el dueño habría tomado en arrendamiento su propia cosa..."

Aquí, se plantea la posibilidad de un nudo propietario que, habiendo arrendado el bien al usufructuario del predio, decide venderlo a un tercero sin manifestar reserva sobre el usufructo constituido; asimismo, se añade que con esta venta se produce la extinción del usufructo, pero que el usufructuario tendrá acción contra el propietario por realizar un negocio en contra de su interés, para que se le restituya *“quanti....interest id factum non esse”*:

*D.7.4.29. Pomponius quaerit, si fundum a me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Seio non deducto usufructu, an usumfructum per emptorem retineam? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, quia non meo nomine, sed suo fructus est emptor. Teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse...*³⁶⁶

De manera similar, se puede observar el caso en el cual el propietario ha constituido sobre el bien prenda, hipoteca o lo ha dado en fiducia y luego decide tomarla en arriendo, según se deduce de los siguientes pasajes:

³⁶⁶ D.17.4.29. “Pregunta Pomponio, si el propietario me hubiere tomado en arrendamiento el fundo, y él hubiere vendido el fundo a Seio sin deducción del usufructo, ¿retendré yo el usufructo por medio del comprador? Y dice, que aunque el propietario me pagare la pensión, se pierde, sin embargo, el usufructo, porque no en mi nombre, sino en el suyo usufructuó el comprador. Pero, que a la verdad, el propietario me queda obligado por el arrendamiento, por tanto cuanto me importó que aquello no se hubiera hecho...”

D.13.7.37. (Paul. 5 Plaut.) si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia, antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipeseendi.

D.41.2.37. (Marcia. Form. Hypoth.) Res pignoris nomine data et possessione tradita, deinde a creditore conducta; convenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, aedibus autem pro inquilino sit, per eos creditor possidere videtur.

3.2. La calidad del *conductor* en la detentación de la cosa en la *locatio conductio rei*

La relación contractual de arrendamiento nos lleva a preguntarnos, cuál es la posición jurídica de cada una de las partes, esto es, el título que ostentan en el marco del contrato. En cuanto al arrendador, ya se ha señalado que éste puede ser el propietario, aunque hemos añadido los casos en los cuales aquel que no es dueño puede igualmente arrendar, hallando dentro de ellos incluso al mismo arrendatario cuando se le ha facultado para subarrendar. Quedando, por consiguiente, establecida en detalle la situación del arrendador en

el contrato de arrendamiento, se hace necesario ahora examinar el caso del arrendatario para conocer más a fondo a qué título se le transfiere la cosa arrendada y cuál es su situación respecto de ella.

La romanística ha señalado al *conductor* como un detentador material de la cosa, ya que el contrato de arrendamiento, por definición, no transfiere la propiedad y, por ende, no constituye sobre la cosa derecho real de dominio³⁶⁷. En cambio, lo que el arrendamiento otorga al *conductor* es el derecho de usar y gozar la cosa, aunque obligándole al pago de un cánon como retribución. Esto, finalmente, quiere decir que el arrendatario no se convierte en dueño de la cosa por el simple hecho de la celebración del contrato de arrendamiento y la entrega de la cosa.

Ahora bien, si el arrendatario detenta la cosa y no es dueño, ¿podría de todas formas denominársele poseedor de la cosa arrendada? La doctrina romanística ha debatido intensamente sobre cuál es el alcance de la figura de la posesión y sus consecuencias jurídicas, y por ello no es de extrañar que diferentes autores han señalado que el término posesión ha tenido una evolución histórica que en cada etapa adquirió una relevancia jurídica diferente³⁶⁸.

³⁶⁷ D.19.2.39 (Ulp. 2, ed.) "Non solet locatio dominium mutare."

³⁶⁸ "La variedad de las doctrinas formuladas por nombres ilustres (DONELLO, SAVIGNY, IHERING, ALIBRANDI, BONFANTE, RICCOBONO) muestran la dificultad de interpretación de los textos romanos. A quienes intentaban dar una doctrina unitaria de la posesión, sucedieron otros investigadores que, partiendo de la persuasión de una evolución de las ideas, distinguen entre las diferentes épocas. La premisa de estas últimas teorías parece fundamentalmente exacta, en el sentido de que, si la concepción de la posesión fue unitaria en el pensamiento clásico, la formulación teórica de la misma y la distinción de los diferentes elementos constitutivos se

En estas teorías se resalta el hecho de que el término no pudo mantenerse inalterable en Roma. Una primera época sería la preclásica, en la cual *possessio* no tiene un significado específico. Las fuentes republicanas hablan de *usus fructus*, *possessio*, *habere*, *possidere*, y todos ellos podrían significar posesión³⁶⁹.

En época clásica, el poseedor es la persona que tiene la disponibilidad física de la cosa corporal, independientemente del derecho que la persona ostentara para poseerla³⁷⁰. *Possessio* significa, entonces, en el Derecho clásico la disponibilidad de hecho de una cosa, el estado de señorío sobre ella, independientemente de si se es propietario o no de la cosa y con la intención de tenerla para sí mismo con exclusión de los demás. Así el propietario es generalmente el poseedor de la cosa, pero si la pierde por cualquier razón, deja de ser poseedor aunque siga siendo propietario³⁷¹.

Cabe resaltar que en este punto, continuando en la época clásica, la *possessio* va adquiriendo un sentido más técnico y se define como un dominio de hecho sobre una cosa, defendido a través de mecanismos pretorios y se la considera una institución propia para la *usucapio*³⁷². En las fuentes hallamos las expresiones *civilis possessio* y *naturalis*

debió a la obra progresiva de la jurisprudencia romana". VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 399, nt. 202.

³⁶⁹ TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 229, que menciona el largo estudio realizado por Albertario sobre el proceso evolutivo de la posesión.

³⁷⁰ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano* (6ª Edición), Editorial Reus, Madrid, 2002, p. 364; JÖRS, P., KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 158; HINESTROSA, F., *Apuntes de Derecho romano -Bienes-*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 21, TORRENT A., *Manual de derecho...*, *op.cit.*, p. 230.

³⁷¹ SCHULZ, F., *op.cit.*, p. 409.

³⁷² *ibid.*, p. 409, nt.39.

possessio, siendo su significado muy discutido. De hecho señala Fritz SCHULZ que tales expresiones eran totalmente desconocidas para los juristas clásicos y aparecen solamente en el Digesto³⁷³.

Posteriormente, y ya llegados a la época postclásica, es cuando empieza a tomar realmente fuerza la perspectiva desde la cual la *possessio* tiende a convertirse en derecho. Así, la verdadera *possessio* sería la del dueño de la cosa, luego la del poseedor de buena fe, y se empieza a utilizar el término *ius* en torno a la *possessio*³⁷⁴. Sin embargo, esta corriente que considera la posesión como un derecho es objeto de críticas desde diversas perspectivas, cada una de las cuales debe ser examinada de forma independiente.

Comenzamos así por BONFANTE³⁷⁵, para quien la posesión que supone la posibilidad de gozar la cosa por parte del poseedor no significa por sí misma un derecho, sino es realmente un hecho tolerado por la ley. Afirma que si la posesión fuera un derecho, sería tutelada en sí misma, es decir, sin consideración a la causa de la pérdida. Además, sería tutelada de un modo definitivo, sin reserva de otro juicio sobre la pertenencia real del derecho. Por el contrario, sostiene que la posesión no tiene defensa sino en caso de perturbaciones del estado de hecho o invasiones determinadas y

³⁷³ *ibid.*, p. 413. Sin embargo para VOLTERRA, en los textos clásicos, para indicar la detentación se usa también el término *possessio naturalis*, expresión que en la terminología justiniana aparece aplicada a algunos casos que en el Derecho de la última época están defendidos con interdictos. VOLTERRA, E., *op.cit.*, p. 401.

³⁷⁴ SCHULZ, F., *Derecho romano Clásico*, *op.cit.*, p. 413. not.14

³⁷⁵ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, *op.cit.*, p. 358

calificadas, y mientras el poseedor tiene defensa aun contra el propietario, por otra parte éste tiene su desquite en el juicio petitorio.

Dicha interpretación puede verse apoyada en el Derecho honorario, el cual otorgaba a ciertos poseedores mecanismos de defensa de la posesión: los interdictos posesorios³⁷⁶. Estos recursos restituían la posesión que se había perdido, siempre que se tratara de un poseedor con disponibilidad jurídica para ejercerlos. Por regla general esa disponibilidad jurídica se otorgaba al propietario para la defensa de la detentación material que ha perdido. También se otorgaba esta protección al ladrón de la cosa, quien estaba facultado para defender su posesión a través de interdictos, si bien no contra la persona que había sufrido el hurto³⁷⁷.

Por lo demás, aún subsistiendo un vínculo obligatorio entre quien tiene la cosa y el precedente poseedor, el Derecho romano reconoce excepcionalmente la posesión del primero. Esto implica, que a manera de excepción era tutelado la posesión a quien tuviese la disponibilidad física del bien sin ser el dueño³⁷⁸. Esta disponibilidad se hace reconocida por el Derecho en los casos del *tutor impuberis*, el *curator*, el poseedor a título de prenda, el poseedor a título de precario, el secuestratario.

³⁷⁶ Estos eran los interdictos de *unde vi, uti possidetis, utrubi, unde de vi armata*, etc.

³⁷⁷ SCHULZ F., *Derecho romano Clásico*, op.cit., p. 410

³⁷⁸ ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, op.cit., p. 303.

En contraste, el arrendatario, el depositario y el comodatario de una cosa no gozaban de la protección interdictal. Esto implica que ejercían una detentación material pero no eran considerados propiamente poseedores. Es decir, el arrendatario no era un *possessor* en el sentido estricto de la palabra. El arrendatario, el depositario y el comodatario poseían en virtud de una relación de obligación, poseían en lugar del poseedor del cual recibieron la cosa³⁷⁹.

En similar sentido, para GARCÍA GARRIDO³⁸⁰, el arrendatario es un simple detentador o poseedor natural, que está excluido de la protección de los interdictos, ya que tiene la cosa en nombre del arrendador, contra el que sólo hacía valer la obligación derivada del contrato, tal y como se expresa en el pasaje tomado del libro XX de comentarios al edicto de Ulpiano, que se recoge en D.10.3.7.11. "...los colonos...tienen la posesión natural...".

Para VOLTERRA el arrendatario tiene la detentación de la cosa arrendada, pero en base a una relación contractual con el propietario de ella. No tiene, pues, una disponibilidad plena y absoluta de la cosa, sino limitada y definida por la relación obligatoria, tanto en su extensión como en el tiempo, en cuanto que depende de la duración de la relación obligatoria. Por lo tanto, el

³⁷⁹ JÖRS, P., KUNKEL, W, *Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 160.

³⁸⁰ GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 162. En igual sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano, op.cit.*, p. 302.

arrendatario no puede tener el *animus possidendi* y no gozará de la protección de los interdictos³⁸¹.

Alguna parte de la doctrina señala que en un concepto amplio de posesión, según el cual la posesión es el poder material o de hecho (*naturalis possessio, tenere rem, esse in possessione*), sería posible clasificar a los poseedores, por un lado, en poseedores a nombre propio y, por el otro, en poseedores a nombre ajeno³⁸². Bajo este entendido, el poseedor a nombre propio sería aquel que posee una cosa como suya con los dos elementos propios: el elemento material o corporal y el *animus* o ánimo de poseer o de dominio³⁸³.

El *animus* es la intención de tener la cosa como dueño, y el elemento material sería el elemento que corresponde al poder de hecho, al poder ejercido sobre la cosa. La posesión a nombre ajeno contendría solamente el elemento material. Es decir que la posesión la puede ejercer una persona con disponibilidad jurídica para ello a través del arrendatario, quien ejercería la posesión material. Los poseedores a nombre ajeno no tendrían una protección general frente al posible desconocimiento de su detentación y solo se trataría de una protección excepcional. Bajo estos supuestos, el arrendatario podría tenerse como poseedor, en el entendido de que se trata de un

³⁸¹ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 401, nt. 205.

³⁸² JORS, P., KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 159

³⁸³ Sobre los elementos de la posesión: HINESTROSA, Fernando, *Apuntes de Derecho romano...*, *op.cit.* p. 22; SCHULZ, F., *Derecho romano Clásico*, *op.cit.*, pp. 418 ss; BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, *op.cit.*, p. 364; JORS, P., KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, *op.cit.*, p. 161 ss; TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, pp. 223 ss.; ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, *op.cit.*, p. 308 ss.

detentador que ejerce la posesión a nombre de otro³⁸⁴ y por lo tanto, reconoce derecho ajeno y no sería por ello un *possessor civilis ad usucapionem*.

En similar sentido se pronuncia F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, quien está de acuerdo con aquella parte de la doctrina que considera como una situación posesoria anómala la del arrendatario a quien no se le concede la protección del pretor para retener o recuperar la posesión de la cosa que tiene en arriendo. La razón para tener dicha protección, es que el arrendatario tiene título suficiente para justificar su situación posesoria, que es el mismo contrato de arrendamiento. A pesar de su calidad de legítimos poseedores naturales de la cosa, el arrendatario que llegara a ser perturbado en su posesión, podían acudir a su arrendador, a fin de que sea éste quien le pida al pretor, a favor de su arrendatario el amparo interdictal. Concluye el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN diciendo,

Más tarde, se les concedió directamente a los arrendatarios los interdictos posesorios, con el carácter de útiles. Esto significa que, aunque dichos interdictos no estaban previstos para ellos, se extiende el ámbito de aplicación de los mismos a situaciones análogas, por considerar

³⁸⁴ También designa como poseedor en nombre de otro al arrendatario, ARANGIO RUIZ, V., *ibid.*, p. 303.

que son situaciones dignas de protección pretoria.³⁸⁵

Durante el siglo XIX, SAVIGNY, quien abordó la explicación de la posesión bajo la concepción romana en su obra "El Derecho de la Posesión", plantea una teoría subjetiva de la misma. Con ella, el autor explica la existencia de dos componentes en la posesión, el *corpus* y el *animus domini*, para así comprender la diferencia entre ser poseedor y ser detentador. En este sentido, si alguna persona deriva el poder sobre una cosa de un contrato que no implica transferencia del Derecho de propiedad, estaríamos en el terreno de la detentación, ya que faltaría el elemento subjetivo de la posesión que es el *animus domini*. De acuerdo a esta teoría, el arrendatario sería un simple detentador de la cosa ya que reconoce dominio ajeno y deriva su derecho del contrato de arrendamiento³⁸⁶.

Como reacción a la teoría subjetiva de la posesión encontramos la posición de IHERING. Para este autor, detentación y posesión son idénticas siempre y cuando el legislador no elimine, por disposición expresa, la protección posesoria a determinadas categorías de poseedores que se ven rebajados al rango de meros detentadores. Además, vincula la interpretación de la posesión a su teoría del interés: no basta la relación física entre la persona y la cosa. Toda tenencia en forma que normalmente indique un interés propio es

³⁸⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op.cit.*, p. 302

³⁸⁶ FLORIS MARGADANT, G., *El Derecho Privado Romano*, 26ª Edición, Editorial Esfinge, México, 2001., p.178.

posesión. El legislador queda en libertad de determinar los casos en que falta generalmente este interés propio, y entonces deben negarse los efectos jurídicos de la posesión.

Se trata, entonces, de dos posiciones diferentes. La primera, defendida por SAVIGNY, señala que el legislador amplía la posesión y la permite en casos determinados, como en la posesión sin *animus*. En la segunda, IHERING coloca la posesión sobre la base amplia de la detentación, permitiendo que algunos detentadores sean excluidos de las ventajas de la posesión, como en el caso de un detentador que sólo representa al poseedor o al propietario³⁸⁷.

Considerando ambas visiones, podríamos concluir que el arrendatario (*conductor*) es un simple detentador, un *possessor naturalis*, que no constituye en estricto sentido la figura del poseedor. El arrendatario reconoce derecho ajeno y detenta la cosa en virtud del contrato de arrendamiento y es como tal que ejerce la posesión a nombre de otro. El arrendatario no tuvo ninguna forma de protección interdictal (*possessio ad interdicta*) para la defensa de su facultad de detentar, aunque si tenía este derecho el arrendador³⁸⁸. Por esto, se puede afirmar que el arrendatario detenta la cosa arrendada, y tiene

³⁸⁷ *Ibid.* P. 178.

³⁸⁸ Como también el depositante y el prestamista. SCHULZ, F., *Derecho romano Clásico, op.cit.* p.412.

el cargo de restituirla al término del contrato, de acuerdo con las obligaciones y el alcance que se delimitarían en el contrato³⁸⁹.

4. PROHIBICIONES PARA SER PARTE EN EL CONTRATO DE *LOCATIO CONDUCTIO REI*

Mención especial merece la cuestión de cómo las prohibiciones pueden afectar la autonomía privada de los particulares, siendo este tipo de medidas nada más y nada menos que una forma de intervencionismo estatal con fines sociales. Si bien esta sección busca hacer un análisis en este sentido, más que hacer referencia al suceso histórico, vale la pena mencionar brevemente que en una época ya avanzada del imperio, se les prohíbe a algunas personas intervenir en la posición de *conductor* en un contrato de arrendamiento. Estas personas se procederán a relacionar a continuación.

³⁸⁹ En el Código Civil español, se establece en su art. 430 que, “La posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.” En el Código civil colombiano, su Art. 775 dispone, “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación, les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”. Este sería el caso de arrendatario, comodatario o depositario, quienes detentan la cosa reconociendo en otro la propiedad o el ánimo posesorio.

4.1. Los militares

En dos textos se plasmó esta prohibición:

C.4.65.31. Imp LEO A. ASPARI. Magistro Militum. Milites nostros alienarum rerum conductores, seu procuratores, aut fideiussores, vel mandatores conductorum fieri prohibemus, ne, omiso armorum usu, ad opus rurestre se conferant, et vicinis graves praesumptione cinguli militaris existant. Armis autem, non privatis negotiis occupentur, ut numeris et signis suis iugiter inhaerentes, rempublicam, a qua aluntur, ab omni bellorum ncessitate defendant.

Así, según esta constitución, se interpreta que un militar no puede tomar en arrendamiento por dos razones fundamentales. La primera de ellas es que el trabajo del campo desconcentra al militar de su labor principal, la cual es defender constantemente la república, puesto que al llevar a cabo la labor rural desatiende su actividad con las armas. La segunda es que, aún si se trata de un inmueble urbano, convivir con un militar es incómodo y molesto para los vecinos debido a la violencia propia del trabajo militar.

Del texto del Digesto insertado a continuación, se permite deducir que la prohibición a los militares de tomar en arriendo viviendas urbanas existía desde los tiempos de Modestino, ya que se señala que si el arrendador ignoraba la calidad de militar del *conductor* o no conocía la prohibición, a pesar de dicho descuido con justa causa, le podía aún cobrar la *merces*:

D.19.2.50. (Mod, 10, Pand.) Si ignorans quis militi quasi pagano locaverit, exigere illum posse probandum est; non enim contemnit disciplinam, qui ignoravit militem.

4.2. Los armeros

Los armeros también tenían prohibido tomar en arriendo bienes ajenos, tal como se establecía en una constitución de Honorio, la cual traía como sanción para el armero una pena pecuniaria de dos libras de oro y contra el arrendador la confiscación del bien.

Esta prohibición se repite posteriormente con la Constitución de León y Antemio, la cual agrava la pena contra los armeros, estableciendo como sanción para estos el exilio perpetuo o la confiscación de todo su patrimonio, quedando plasmado de la siguiente manera:

C.11.9.7pr. (Imp LEO et ANTHEMIUS A.A. EUFEMIO Magistro officiorum.) " Nullus fabricensium conductioni vel administrationi vel agriculturae alienarum rerum se posthac immiscere conetur; dominis quidem, si qui contra haec statutan meae pietatis venire ausi fuerint, res vel praedia, quae, scientes quod fabricenses sunt, iisdem fabricensibus ministranda commiserint, amissuris, fabricensibus vero gravissime coercitis, post facultatum suarum amissionem, perpetua exilii poena et animadversione retinendis".

4.3. Los curiales

Una Constitución de Teodosio II y Valentiniano I establece la prohibición de los curiales de tomar un fundo en arriendo, de tal modo, que si se infringía, se sancionaba con la nulidad del negocio y el *locator* padecía la confiscación del bien.

Esta prohibición, vigente en tiempos de Marciano, dio lugar al texto que se muestra enseguida, el cual señala que si un decurión toma en derecho una vivienda en arriendo, el contrato permanece produciendo todos sus efectos:

D.50.2.4. Decurio, qui prohibetur conducere quaedam, si iure successerit in conductione, remanet in ea; quod et in omnibus similibus servandum est.

4.4. Ediles, cuestores y *dunvir*s

Esta prohibición aparece en una ley del municipio Flavio Irnitano³⁹⁰ o Lex Flavia Municipalis, que estableció que ningún *dunvir*, edil o cuestor podía tomar en arriendo bienes públicos, al igual que ni el hijo o nieto, ni el padre o abuelo, ni el hermano, ni el escriba o subalterno de alguno de ellos.

Si alguien llegaba a contravenir esta ley, quedaba obligado a dar a la caja de los munícipes el doble del valor de cualquier negocio que se hubiere hecho en contra de la misma.

5. DIFERENCIAS ENTRE EL INQUILINO Y EL COLONO

Aquí he de referirme también a cómo la posición del arrendatario se puede clasificar en inquilino y en colono, si bien es una división que no obedece a la voluntad de las partes. En efecto, esta clasificación

³⁹⁰ D'ORS, A., D'ORS, X., *Ley Irnitania* (texto bilingüe), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988, p. 36.

es totalmente indiferente a la denominación que las partes le den, ya que realmente depende es del tipo de bien que se arriende.

Así, si el inmueble es una vivienda urbana el arrendatario se conoce como inquilino, mientras que al que hallamos en predios rústicos se le conoce como colono. Esta distinción obedece a la naturaleza diversa del objeto que se entrega en arrendamiento, ya que se entiende que el colono recibe el bien principalmente para cultivar la tierra, en tanto que quien arrienda un inmueble urbano lo hace para vivienda, aunque eventualmente podría obtener ganancias por medio del subarriendo del bien o del arriendo de los cenáculos.

Entendiéndose de esta manera las circunstancias, en concordancia, las reglas que gobiernan cada contrato son diferentes. A modo de ilustración, podemos ver como en el caso de arrendamientos de predios rústicos, estos se entienden tomados por un quinquenio y además permiten pagar la merces por medio de la *colonia partiaria*. Otro ejemplo, igualmente, sería las diferencias que hallamos frente al *instrumentum* que le corresponde a cada tipo de arrendamiento.

CAPITULO V

LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

1. OBLIGACIONES DEL *LOCATOR*³⁹¹

1.1. Colocar la cosa a disposición del arrendatario

La obligación esencial del *locator* en la *locatio conductio* es entregarle al *conductor* una cosa para que este realice sobre ella el *uti frui licere*, según lo convenido en el contrato.

Su obligación se resume en estas palabras: *Prestare conductori frui licere*, tal como se observa en el siguiente pasaje:

*D.19.2.9 pr. (Ulp. 32, ed.) Si quis domum bona
fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit*

³⁹¹ Art. 1554 C.C. Español: "El arrendador está obligado: 1º. A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato; 2º. A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada; 3º. A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato." Casi idénticas es su esencia son las que contempla la ley colombiana en su Art. 1982 C.C. C.: "El arrendador es obligado: 1º. A entregar al arrendatario la cosa arrendada; 2º. A mantenerla en estado de servir para el fin que ha sido arrendada; 3º. A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada".

evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur, frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem.

Prosiguiendo una vez más con las fuentes romanas, es de resaltar que lo importante es entregar la cosa en el momento establecido en el contrato, no posteriormente, como lo señalan dos textos del Digesto. El primero de ellos es en un pasaje tomado del libro XXXIV de comentarios de Paulo al Edicto, en D.19.2.24.4., el cual se refiere al arrendamiento de un fundo rural, y que vale la pena reseñarlo por la diferencia de tratamiento en la indemnización, para uno y otro caso; el segundo es en un texto de Labeón, de sus obras póstumas compendiadas por Javoleno en D.19.2.60 pr., donde se hace expresa referencia al arrendamiento de vivienda urbana:

D.19.2.24.4. Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquenii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur; nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patiatur fundo frui; nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam

contulit, non suffecturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligatus erit, et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur; sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. Quodsi paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet...

D.19.2.60pr. Quum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex kalendis illis cuius que anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit. Itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in kalendis Iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam, nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestiturum, adeo ut nec cogi quidem posset, ex kalendis Iullis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.

Así, en ambos textos se hace referencia a que si no se cumple la obligación de entregar la cosa en el tiempo establecido, se debe responder en los términos establecidos en la *actio conducti*³⁹².

En el primero de los pasajes, Paulo parte del ejemplo de un contrato de arrendamiento hecho por un quinquenio. El colono, al comienzo del término establecido en el contrato, no puede tener el *uti frui licere* pero posteriormente, al segundo o al tercer año, el dueño del fundo, el cual sería en este caso el *locator*, aunque Paulo no lo llama así, permite que el colono tenga el *uti frui licere* sobre el predio. Por lo tanto, se parte de la hipótesis que el arrendador no cumple su obligación al momento establecido en el contrato, sino posteriormente, ante lo cual el *locator* debe responder por no cumplir con su obligación.

En el otro pasaje, Labeón parte de la hipótesis del arrendamiento de una casa por muchos años. Entonces, el *locator* debe darle al *conductor* la casa desde el comienzo del año. Pero si la casa no se hubiera podido dar en arrendamiento, por estar apuntalada por seis meses, después de transcurrido este término el *locator* no puede obligar al *conductor* a habitar la casa y el *conductor* queda exonerado de pagar la merced correspondiente.

Como se puede apreciar, los dos fragmentos parten de un caso similar, donde el *conductor* no puede tener el *uti frui licere* en el

³⁹² Véase con detalle en Infra: obligaciones del *conductor/periculum*.

término inicialmente establecido en el contrato, pero que, sin embargo, puede gozarlo posteriormente, por lo que cabría esperar que la consecuencia fuese la misma en ambas descripciones. No obstante, esto no es así: en el texto D.19.2.24.4 se establece una sanción para el *locator* que cubra el *id quod interest* a favor del *conductor*, mientras en D.19.2.60pr., la consecuencia del incumplimiento de esta obligación por parte del *locator* es la pérdida de la merced y la imposibilidad de exigirle posteriormente al *conductor* que habite la casa. De esto podría interpretarse que la responsabilidad es diferente, según la función económico-social de los bienes. Para el arrendamiento de predios, es el *id quod interest* y en el arrendamiento de vivienda urbana, la *remmissio mercedis*.

Existen dos hipótesis en las cuales, aunque el *locator* incumpla la obligación de entregar la cosa al momento de iniciar el contrato, no se le genera responsabilidad alguna, y estas posibilidades son las que veremos a continuación. Según COSTA, hay serios indicios de que estas sean interpolaciones justineanas, por tratarse de emanaciones del principio de favorabilidad para el arrendador o *favor locatoris*, el cual es de naturaleza posclásica³⁹³.

³⁹³ COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, p. 31: "...La limitazione predetta, solo all'esonero del conduttore dall'obbligo di corrispondere la mercedi, é animata da quella stessa tendenza di favore al *locatore*, che inspira nel luogo citato dianzi, attinente la mancata prestazione del godimento del fondo locato per un quinquennio, la dichiarazione che non abbia a valere pel conduttore di titolo a veruna pretesa l'indugio di pochi giorni: "*quod si paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit omniaque colono in integrum sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet*" (PAOLO, D.19.2.14.4.) dichiarazione che anche da qualche indizio formale sembra da attribuire, così come l'ultima parte ora discorsa del fr. 60 pr., alla mano dei compilatori".

1.1.1. INCUMPLIMIENTO POR POCOS DÍAS DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA COSA

Esta situación se incluye aquí a propósito del comentario de Paulo al Edicto, libro XXXIV, recogido en un aparte final de D.19.2.24.4:

...Quodsi paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet...

En este pasaje, se señala que el *locator* puede ser eximido de responsabilidad en caso de que la tardanza para entregar el bien sea de pocos días, lo cual para DE FALCO es una de las opciones, según la naturaleza de buena fe del contrato de arrendamiento, por las cuales se puede, posiblemente, eximir de responsabilidad el arrendador³⁹⁴.

1.1.2. CUMPLIR LA OBLIGACIÓN ENTREGANDO AL CONDUCTOR OTRA HABITACIÓN NO MENOS CÓMODA

Esta excepción la encontramos señalada en dos textos del Digesto,

³⁹⁴ DE FALCO, I., *'Diligentiam Praestare': Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle Obligationes*, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 88: "Come si delinea la serie di obblighi cui il conduttore deve ottemperare? Ebbene, essi emergono – a nostro avviso- dalla applicazione della bona fides al contractus di locatio conductio. In questo incontro si delineano i comportamenti tipo, cui le parti debbono uniformarsi per no incorrere in responsabilità. Tali modelli di condotta sono tratteggiati in positivo o in negativo. Non é un caso, probabilmente, che anche in D.19.2.9. 60pr é rappresentato con precisione l'azione che, questa volta, un *locator* in buona fede deve compiere: procurare un'abitazione ugualmente comoda al *conductor* che sia stato privato di quella locata".

hallados en D.19.2.9pr³⁹⁵ y D.19.2.60pr.³⁹⁶ En el primero de ellos, Ulpiano comienza con la opinión de Pomponio respecto al incumplimiento del arrendador de una casa o un fundo ajeno debido a que el dueño reivindicó sin dolo ni culpa del *locator*, para agregar, seguidamente, que el arrendador puede cumplir la obligación “...*et locator paratus sit aliam habitatonem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatore*”. Por consiguiente, el arrendador cumple con su obligación entregando una habitación diferente a la arrendada, con la condición de que ésta no sea menos cómoda.

En cuanto al segundo texto, en D.19.2.60pr, hallamos que Labeón se expresa en términos similares cuando toma por ejemplo un caso en el que el *locator* no puede cumplir el contrato, pero que se exime de responsabilidad si “*nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare*”.

De lo expresado en ambos fragmentos, la interpretación que hace COSTA³⁹⁷ con respecto a ellos es que estos textos tienen claros indicios de estar interpolados, dado que constituyen una expresión del principio *favor locatoris*, propio del Derecho postclásico. No

³⁹⁵ D.19.2.9pr. *Si quis domun bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit ut ei praestetur,frui quod conduxit licere.Plane si dominus patiat, et locatos paratus sit aliam habitatonem non minus commodam praestare, aequissimum ese ait, absolvi locatorem.*

³⁹⁶ D.19.2.60pr. LABEO. *Posteriorum libro V a lavoleno epitomatorum.- “Quum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex Kalendis illis cuius que anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit. Itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in kalendis Iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam, nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestiturum, adeo ut nec cogi quidem posset, ex Kalendis Iullis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare”.*

³⁹⁷ COSTA, E. *La Locazione...*, op.cit, pp. 31 y 32.

obstante, LONGO hace una observación opuesta, puesto que para él D.19.2.60pr no está interpolado, sino que simplemente señala que una tardanza de pocos días la debe soportar el *conductor* si el *locator* le entrega una habitación no menos cómoda³⁹⁸.

De las dos posturas, es de nuestro parecer que LONGO hace una aproximación más adecuada cuando afirma que no existe una interpolación, pues la solución que da el texto fue diseñada siguiendo la casuística jurisprudencial propia del Derecho romano, y se ubica perfectamente dentro del esquema *uti-frui licere*, que se ha venido desarrollando desde acápites anteriores.

1.1.3. LA IMPOSIBILIDAD OBJETIVA E IMPOSIBILIDAD SUBJETIVA AL MOMENTO DE ENTREGAR LA COSA

Resulta importante hacer una distinción entre aquellos eventos en los cuales, por un lado, el arrendador no puede entregar la cosa al arrendatario a causa de una imposibilidad referida al objeto del arrendamiento, de aquellos otros en donde, por otro, la imposibilidad de entregarla está relacionada con la situación del *locator*. Un ejemplo de esto último sería en el caso de arrendamiento de cosa ajena donde el dueño se niega a que el *conductor* tenga el *uti frui licere* sobre la cosa arrendada.

³⁹⁸ LONGO, G., *Sul regime delle...*, *op.cit.*, p. 385 y 386.

Referente a la imposibilidad subjetiva, es posible abstraer algunas reglas para el contrato de arrendamiento a partir de un texto de Pomponio, tomado de su libro V de Epístolas, que se recoge en el capítulo de la compraventa del Digesto:

D.19.1.55. Si servus, qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat, valere emtionem et stipulationem, quia inter ementem et vendentem esset commercium; potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura, etiamsi officio iudicis sustinenda esset eius praestatio, donec praestari possit.

En este pasaje se toma la opinión de Octaviano para quien el contrato será válido si en la compraventa no se puede entregar el objeto por "*potius enim difficultatem in praestando eo inesse*", mientras que si el problema llegara a radicar en "*quam in natura*" se generaría la nulidad del contrato por imposibilidad de la prestación.

Por lo tanto, el texto distingue entre una imposibilidad *in rerum natura*, que genera la nulidad del contrato, y una imposibilidad referente a la simple *difficultas* del deudor(arrendador) porque éste, al obligarse a entregar la cosa, paralelamente se obliga a superar las dificultades que se le pueden llegar a presentar. Así es como el pasaje evidencia el caso del esclavo prometido en venta que no

podiera ser entregado por encontrarse en poder de los enemigos, tipificándose una verdadera fuerza mayor, donde el magistrado podría suspender el cumplimiento del contrato, mientras el esclavo es recuperado para entregarlo a su nuevo dueño³⁹⁹.

1.1.4. ENTREGAR EL *INSTRUMENTUM*, EN EL FUNDO RURAL COMO EN LA VIVIENDA URBANA

La función económico-social de la *locatio conductio rei* consiste en que una persona pueda tener el *usus* y el *fructus* sobre un bien, a cambio de una *merces*. Para que tal *usus fructus* sea pleno, el *conductor* debe tener el bien objeto del contrato, junto con aquellos bienes necesarios para la explotación de los mismos⁴⁰⁰.

Según lo anterior, la importancia del aporo se presenta en el arrendamiento de inmuebles, tanto el de fundos para la explotación económica de los mismos, como en el de vivienda, para el uso tranquilo y cómodo del bien.

Pero, ¿Qué es el *instrumentum*? El Digesto trae una definición relacionada con la explotación de fundos rústicos en un texto de Ulpiano, quien cita a Sabino en sus comentarios a Vitelio, como vemos a continuación:

³⁹⁹ En igual sentido GROSSO, G., *Las obligaciones...*, *op.cit.*, pp. 70 a 78.

⁴⁰⁰ Sobre el tema ver COSTA, E. *La Locazione...*, *op.cit.*, pp. 27 y 28.

D.33.7.8pr (Ulp. 20 Sab) In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumera...

Una vez explicado de esta manera, se hace una enumeración de aquello considerado como *instrumentum*, es decir, de todas aquellas cosas que fueron preparadas para obtener, recoger y conservar los frutos, considerando dentro de los aperos desde esclavos, capataces y obreros, hasta bueyes, ganados, arados, azadones, hoces de podar, cestos de vendimiar, tinajas, etc.⁴⁰¹. A continuación, en D.33.7.8.1.,⁴⁰² se incluyen, además, a porteros, barrenderos, jardineros, pastores y guardabosques, para el caso en que la casa de campo estuviera más cuidada o si el fundo tiene bosques y pastos.

En definitiva, el *instrumentum* de un fundo lo constituyen las cosas que resultan esenciales para el uso y cultivo del predio. Son aquellos bienes que se pueden considerar inmuebles por destinación a que hace referencia el Art. 658 del C.C. colombiano y que enumera el Art. 334 del C.C. español⁴⁰³. Es decir que en el contrato de

⁴⁰¹ *D.33.7.8pr.* - *In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat: quaerendi, veluti homines, qui agrum colunt, et qui eos exercent, praepositae sunt his, quorum in numero sunt villici, et monitores, praeterea boves domiti, et pecora stercorandi causa parata, vasaque utilia culturae, quae sunt aratra, ligones, sarculi, falces putatoriae, bidentes, et si qua similia dici possunt; cogendi, quemadmodum torcularia, corbes, falcesque messoriae, falces foenariae, quali vindemiarii exceptoriique, in quibus uvae comportantur; conservandi, quasi dolia, licet defossa non sint, et cupae.*

⁴⁰² *D.33.7.8.1.* - *Quibusdam in regionibus accedunt instrumento, si villa cultior est, veluti atriensis, scoparii; si etiam viridaria sint, topiarii, si fundus saltus pastionesque habet, greges pecorum, pastores, saltuarii.*

⁴⁰³ Art. 658 C.C.C. Inmuebles por destinación.- Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un

arrendamiento, el *locator* tiene la obligación de entregar el *instrumentum*, como parte de su obligación de entregar la cosa al *conductor*.

Esta obligación se reitera en el siguiente comentario de Ulpiano al Edicto, Libro XXXII, basado en una epístola de NERAZIO y visible en D.19.2.19.2.⁴⁰⁴, donde se informa sobre las prácticas y costumbres agrícolas de la Italia Meridional. Aquí hallamos una detallada enumeración de cada uno de los objetos que constituyen *l'instrumentum* de un fundo y que el locador debe proporcionar, incluyendo los dispositivos necesarios para el prensado de las aceitunas, el prensado de las uvas y la conservación del aceite y del vino. En caso de no ser entregadas, se le concede el uso de la acción de locación para exigir su cumplimiento.

Ahora bien, como lo anota el profesor COSTA, determinar cuál es el *instrumentum* de un predio es tarea difícil puesto que, como bien se sabe, las cosas que se requieren para un predio, sea urbano o rural, y

inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo: ... los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca; los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla..." Art. 334 C.C.E. Son bienes inmuebles: ... 5. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma...7. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse."

⁴⁰⁴ D.19.2.19.2. "– *Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque, si non praestet, ex locato teneatur. Et este epistola Neratii ad Aristonem, dolia utique colono esse praestanda, et prelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere; sed et prelum vitiatum dominum reficere debere; quodsi culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato cum teneri. Fiscos autem, quibus ad premendam oleam utimur, colonum sibi parare debere Neratius scripsit; quodsi regulis olea premature, et prelum, et succulam, et regulas, et tympanum, et trochleas, quibus relevatur prelum, dominum parere oportere; item aenum, in quo olea calda aqua lavatur, ut cetera vasa olearia, dominum praestare oportere, sicuti dolia vinaria, quae ad praesentem usum colonum picare oportebit. Haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit.*"

que constituyen el *instrumentum* varían de una región a otra, según la diversa naturaleza y destinación del fundo.

Así es como el *instrumentum* de una vivienda urbana incluye las cosas necesarias para repararla de la intemperie, preservarla de un incendio o de la lluvia, siendo muy diferentes respecto de aquellas otras que servirían de ornato como las cortinas y los cuadros pintados. Lo anterior, de acuerdo con la definición de Pegaso, tomada de Casio, que encontramos recogida en un texto plasmado en los comentarios de Ulpiano a Sabino:

D.33.7.12.16. "Si domus sit instrumentum legatum, videndum, quid contineatur. Et Pegasus ait, instrumentum domus id esse, quod tempestatis arcendae, aut incendii causa paratur, non quod voluptatis gratia; itaque neque specularia, neque vela, quae frigoris causa vel umbra in domo sunt, deberi. Quae sententia Casii fuit, qui dicebat, inter instrumentum et ornamentum multum interesse; instrumenti enim ea esse, quae ad tutelam domus pertinent, ornamentum, quae ad voluptatem, sicuti tabulas

pictas".⁴⁰⁵

Ulpiano cita en este pasaje dos maneras, complementarias entre sí, por las cuales puede comprenderse el concepto de *instrumentum*, a partir del punto de vista de dos juristas. En primer lugar, según Pegaso, se entiende el *instrumentum* como "*instrumentum domus id esse, quod tempestatis arcendae, aut incendi causa paratur, non quod voluptatis gratia*", de modo que, utilizando la casuística propia del jurista romano, señala que el *instrumentum* es el que se destina para defenderse de la tempestad o por causa de incendio, excluyendo las cosas objeto de recreo como son las vidrieras y las cortinas.

Por su parte Casio, como segunda contribución, parte de un concepto más abstracto para señalar qué es lo que conforma el *instrumentum* en un predio urbano y distingue entre las cosas que son necesarias de aquellas que sirven de ornato. El *instrumentum* es entonces, según Casio las cosas que se refieren a la conservación de la casa y no las que se refieren a recreo, como los cuadros pintados.

De lo anterior, se aprecia que la opinión de los dos juristas, como bien lo dice Ulpiano "*... Quae sententia Casii fuit...*", sigue la misma línea de pensamiento en lo esencial. Así, se distinguía entre el

⁴⁰⁵ D.33.7.12.16. Si se hubieran legado los menesteres de una casa, se ha de ver que se contenga. Y dice Pegaso que es menester de una casa lo que se destina para defenderse de una tempestad, o por causa de incendio, no lo que son objeto de recreo; y así, no se deben ni las vidrieras, ni las cortinas, que hay en la casa por causa del frío o de la sombra. Cuya opinión fue de Cassio, que decía que hay mucha diferencia entre los menesteres y el ornato; porque eran menesteres las cosas que se refieren a la conservación de la casa, y cosas de ornato las que al recreo, como los cuadros pintados.

instrumentum y el ornato. Dentro del *instrumentum* están todas las cosas destinadas para la conservación de la cosa, que podía bien ser, para defenderla de una tempestad o de un incendio; de tal forma que para determinar qué era *instrumentum* y qué ornato, los juristas analizaban cada cosa de acuerdo con su función particular.

Interesa observar, sin embargo, una divergencia de apreciación entre los dos juristas. Las cortinas, para Pegaso, no son *instrumentum* (D.33.7.12.16), mientras para Casio las cortinas de cabra sí pueden ser *instrumentum* porque no se puede considerar de ornato un elemento que esté destinado para que los edificios no sufran por la lluvia o por el viento. Así lo encontramos en D.33.7.12.17, que se inserta a continuación, como complemento del pasaje visto D.33.7.12.16.

D.33.7.12.17. "Vela autem Cilicia instrumenti esse Casius; quae ideo parantur, ne aedificia vento vel pluvia laborent⁴⁰⁶".

⁴⁰⁶ D.33.7.12.17. Pero Cassio dice, que las cortinas de pelo de cabra son menesteres; porque se destinan a que no sufran los edificios por el viento o por la lluvia.

1.2. Mantener el uso y disfrute de la cosa en poder del *conductor* hasta la terminación del contrato

Junto a la obligación del *locator* de entregar la cosa, se encuentra la de mantener el uso y disfrute de la misma por parte del *conductor*. Y ese goce que el arrendador debe procurar al arrendatario sobre la cosa se traduce en la máxima utilidad que puede brindar la cosa según su propia naturaleza y el destino para el que ha sido arrendada.

Comprende, en suma, la misma utilidad que se obtendría eventualmente por el titular de un derecho real de usufructo sobre el mismo inmueble arrendado⁴⁰⁷, sin llegar esto a suponer que se busque ceder el *ius utendi et fruendi* constitutivo del usufructo, puesto que este es normalmente vitalicio y con una relación real sobre la cosa, mientras que el uso y goce del arrendamiento se fundamenta en una relación obligacional con el arrendador y sometido a un plazo convenido contractualmente⁴⁰⁸.

Esta obligación del *locator* de mantener la cosa arrendada en estado de servir para el uso pactado conlleva, indispensablemente, el de hacer también las reparaciones que sean necesarias para tal fin, así como abstenerse de llevar a cabo obras en el inmueble de carácter innecesario que entorpezcan el uso y disfrute del mismo. Esto se

⁴⁰⁷ COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, pp. 28 y 29.

⁴⁰⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, *op.cit.*, p. 272.

desprende del texto de Ulpiano en sus comentarios al Edicto, libro XXXII, al establecer los casos en que el arrendatario se le da acción de conducción:

D.19.2.15.1. Competit autem ex his causis fere, ut puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aus partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat, vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur⁴⁰⁹.

De esta obligación se deriva otra no menos importante que es la del mantenimiento y conservación de la cosa arrendada en condiciones idóneas para ser usada y disfrutada de acuerdo con lo que se pactó. Por ello y según se analizará con mayor detalle, todos los gastos que sean necesarios para la conservación de la cosa corren a cargo del *locator*. Así se expresa en el siguiente párrafo del pasaje, donde se contempla el caso de una edificación nueva en un predio vecino que oscurece el inmueble arrendado, siendo lícito al inquilino dar por finalizado el arriendo, o lograr una rebaja proporcional en el importe de la renta; puede también solicitar una rebaja de la renta, si el

⁴⁰⁹ D.19.2.15.1. “Pero compete ordinariamente por estas causas, por ejemplo, si no le fuera lícito disfrutar de la cosa que tomó en arrendamiento, acaso por que no se le entrega la posesión, o de todo el capo o de una parte, o no se repara la casa de campo, o el establo, o donde deban estar sus rebaños, o si se convino en el contrato de la conducción alguna cosa, y esta no se cumple, se ejercitará la acción de conducción.”

arrendador no arregla o restaura las puertas o ventanas que se hubieren estropeado en exceso.

D.19.2.25.2. Si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino; certe, quin leceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.

Según lo expresa F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, lo interesante de esta pasaje es analizar hasta qué grado de exigencia demandó la jurisprudencia romana el cumplimiento de la obligación del arrendador, de mantener la cosa arrendada en las mismas condiciones de idoneidad en que fue arrendada, de forma que el inquilino no pueda ver rebajado su nivel de uso y disfrute del bien arrendado.

Esta exigente respuesta de la jurisprudencia respecto del mantenimiento de la cosa arrendada las condiciones en los mismos términos en que se arrendó, está señalando claramente el carácter oneroso del arrendamiento, de forma que si se alteran las condiciones de la cosa, de forma que se rebaja el interés que por ella tenga el

arrendatario, se debe rebajar la cuantía del precio del arriendo, para mantener equilibradas las prestaciones de los contratantes. De igual manera, basta que el arrendatario notifique al arrendado la avería o deterioro de la cosa, para que sea éste quien deba proceder a repararla a su costa⁴¹⁰.

Por otro aspecto, si durante la ejecución del contrato de arrendamiento el *locator*, por un hecho suyo, llega a privar del uso o disfrute de la cosa al *conductor*, este último tendrá la *actio conducti* para reclamarle al *locator* la indemnización de los perjuicios causados por su actuación.

En relación con lo anterior, podemos encontrar muy útil la clasificación de los hechos perturbadores realizada por GUZMÁN BRITO, para quien, además, el hecho impeditivo del arrendador puede distinguirse como material o jurídico⁴¹¹. Así, según esta línea de argumentación, los hechos perturbadores del Derecho del arrendatario por el arrendador son de índole material cuando la perturbación se da sobre la cosa misma, de una parte, y por otra, de índole jurídico cuando se afecta el Derecho del arrendador y, por ende, el Derecho del arrendatario a disfrutar de la cosa.

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, op. cit. P. 305

⁴¹¹ GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*, op.cit., p.167

1.2.1. IMPEDIMENTO MATERIAL

Estas circunstancias la encontramos descrita en un fragmento tomado del libro III de Alfeno el siguiente pasaje, donde se hace necesaria la demolición del inmueble por el propietario debido a vicios en su construcción:

D.19.2.30 pr. (ALF. 3, Diges.) Qui insulam triginta conduxerat, singula coenacula ita locavit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur; dominus insulae, quia aedificia vitium facere dicere, demolierat eam; quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem aestimari, sin autem non fuisset necesse demoliri, sed, quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere⁴¹².

⁴¹² D.19.2.30 pr. "El que por treinta había tomado en arrendamiento una casa, subarrendó cada cenáculo, de modo que de todos se percibiesen cuarenta; el dueño de la casa, como dijese que el edificio contraía vicio, la había demolido; se preguntó ¿en cuánto se debería estimar el litigio, si el que la había tomado toda en arrendamiento ejercitase la acción de conducción? Respondió,

Se nos expone aquí, entonces, una situación de impedimento material que presenta el *locator* al *conductor*, en la cual este último no puede obtener el *uti frui licere*, por tratarse de un edificio que va a ser demolido, y por la cual el arrendador debe responder por los perjuicios causados.

Sin embargo, la responsabilidad no se presenta solo por el hecho de la demolición, sino que debe analizarse el elemento de la necesidad. Aunque este, en principio, parece encuadrarse dentro de un esquema de responsabilidad objetiva, puesto que no evaluaría la intención del arrendador sino un hecho independiente de él, tomar en cuenta la necesidad puede servir de apoyo para conocer si el arrendador actuó queriendo causar daño o si fue en consideración de la necesidad de la construcción, es decir, del deber de reparar o incluso destruir la edificación para reconstruir una nueva.

De lo anterior, se genera un nuevo interrogante: ¿Si pareciéndole que había necesidad, no la había, cómo responde el arrendador? Es posible entender que este es un punto intermedio en la evolución del concepto de la responsabilidad, por lo que continúa teniendo rasgos objetivos y respondería por el *id quod interest*⁴¹³. De tal forma que, siguiendo la corriente antes expuesta, la responsabilidad por el *id*

que si por necesidad hubiese demolido el edificio viciado, se forma la cuenta a proporción de la cantidad en que el dueño de los predios los hubiese dado en arrendamiento, y del tiempo que no hubiesen podido habitarlos los habitantes, y en tanto se estima el litigio, mas si no hubiese sido necesario demolerlo, pero lo hubiese hecho porque quisiera edificarlo mejor, debe ser condenado en tanto cuanto interesase al arrendatario que no se fuesen los habitantes."

⁴¹³ LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, p. 386, el cual señala que el criterio de la imprescindibilidad de la demolición va ligado con el de la buena fe del *locator*, por lo que estaría interpolado por tener claramente rasgos Justinianeos.

quod interest solo se presenta si el *locator* demolió el edificio sin necesidad, pero si actuó con necesidad de hacerla, el arrendador deja de percibir los canones o debe devolver los pagados con anticipación.

1.2.2. IMPEDIMENTO JURÍDICO

Este tipo de impedimento, de acuerdo a como se desarrolla en distintos textos, se puede presentar en diferentes situaciones, como la *emptio tollit locatum*, la *publicatio* y el arriendo de cosa ajena. En todas ellas encontramos en común el hecho de que no es posible mantener el uso y disfrute de la cosa, sea porque se ha perdido el Derecho real de dominio sobre la cosa, de manera voluntaria o forzosa, o sea por no poder garantizar dicho uso y disfrute cuando actúa como arrendador un detentador del *corpus*, ajeno a la propiedad de la cosa arrendada. Estos diferentes casos serán analizados a continuación.

I. *La Emptio Tollit Locatum*

Esta figura hace referencia a la venta del inmueble arrendado, que puede hacer imposible el mantener al arrendatario en el uso y disfrute de la cosa. Como este tema se desarrollará más adelante, nos limitaremos por el momento a enunciar el texto que la consagra:

*D.19.2.25.1. (Gai, 10 ed. Prov) Qui fundum
fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua*

*ex causa fandum vel aedes vendat, curare debet,
ut apud emtorem quoque eadem pactionem et
colono frui, et inquilino habitare liceat, alioquin
prohibitus is aget cum eo ex conduct.*

¿Qué sucede, si durante la ejecución del arrendamiento, el *conductor* se ve privado de la cosa? Frente a esto, es bueno recordar los límites de la regla *emptio tollit locatum*: si el *locator*, como propietario, vende el bien durante la ejecución de la *locatio conductio*, el nuevo dueño puede privar al arrendatario del *usus fructus* de la cosa por medio de la acción reivindicatoria, al mismo tiempo que el arrendatario, que viese de esta forma impedido el *uti frui licere* sobre la cosa, podrá ejercitar contra su arrendador la acción de conducción⁴¹⁴.

II. La Publicatio

Como parte de los impedimentos de tipo jurídico, encontramos la figura de la *Publicatio*, que consistía en una ceremonia en virtud de la cual un bien se convertía en un bien de uso público. La *publicatio* era un acto administrativo, cuya competencia estaba expresamente

⁴¹⁴ En cuanto al tema de la validez o no en época clásica de la regla *emptio tollit Locatum*, véase Infra Causales de Extinción del contrato de arriendo.

atribuida a magistrados determinados, mediante el cual la cosa quedaba destinada al uso público⁴¹⁵.

Este término y su significado, sin embargo, no ha sido tema pacífico en la doctrina. Es así como, para algunos, la *publicatio* es sinónimo de confiscación⁴¹⁶, que era una sanción penal a un infractor al cual el Imperio le quita los bienes. Otra parte de la doctrina señala que la *publicatio* es un término genérico que agrupa tanto los casos de confiscación como los de expropiación⁴¹⁷. Ciertamente, dentro de un sector de la romanística de nuestros días, todavía se niega la posibilidad de que haya existido la expropiación por causa de utilidad pública⁴¹⁸.

El texto donde se utiliza la figura de la *publicatio*, y se deducen los efectos respecto de los contratos de arrendamiento y de compraventa, es un pasaje tomado del libro VIII de Cuestiones de Africano, que se recoge en el siguiente texto:

*D.19.2.33. Si fundus, quem mihi locaveris,
publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut
mihi frui liceat, quamvis per te non stet,*

⁴¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano...*, *op.cit.*, p. 226.

⁴¹⁶ Según De Robertis esta opinión es seguida por Bonfante, Cuq, Huvelin, Appleton y Bussmann. DE ROBERTIS, F., *La espropriazione per pubblica utilita nel diritto romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1972, pp. 158 ss.

⁴¹⁷ SECKEL-LEVY, *Gefahrtragung*, cit. (n. 4), p. 221, en LAZO, P., *Publicatio y Periculum Rei Venditae. Contribución a la Exégesis de D.19.2.33*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXIX, Valparaíso, 2007, pp. 245–268. En esta categoría podríamos clasificar a Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ya que contienen las fuentes numerosos textos en los que, dependiendo de las épocas, se plantean y resuelven supuestos de prevalencia de la propiedad particular sobre el interés público, supuestos de expropiación forzosa con indemnización y supuestos de confiscación, es decir, de expropiación sin indemnización. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público romano...*, *op.cit.*, pp. 226 a 229.

⁴¹⁸ Véase GARCÍA GARRIDO, M. J., *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, *op.cit.*

quominus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis; nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim; nec ultra actione ex conducto praestari cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis.⁴¹⁹

⁴¹⁹ D.19.2.33. AFRICANO. Cuestiones. Libro VIII. "Si hubiera sido confiscado el fundo que me hubieras dado en arrendamiento, estás obligado por la acción de conducción á que me sea lícito disfrutarlo, aunque en ti no consista que no me cumplas esto. A la manera que, dice, si hubieses dado en arrendamiento la edificación de una casa, y se hubiese hundido el solar, estarás, sin embargo, obligado: porque también si me hubieras vendido un fundo, y antes que se me entregase libre hubiere sido confiscado, te obligarías por la acción de compra. Lo cual será verdad solamente para que restituyas el precio, no también para que me cumplas esto, si me importara más, que aquel se me entregara libre. Así, pues, opino que se ha de observar lo mismo también respecto á la conducción, para que me restituyas el alquiler que yo hubiere pagado, por supuesto, de aquel tiempo en que yo no hubiere disfrutado; y no serás obligado á

En su parte inicial, "*Si fundus - nihilo minus teneberis...*", se esboza lo que es el problema principal y donde se contiene la pregunta dirigida al jurista. En torno a la solución que se le intenta dar a esta última, surgirán las demás cuestiones que se plantean en el texto y que pueden considerarse como secundarias para el análisis que se propone en seguida.

Este proceder no implica ignorar el importante planteamiento que se hace en la parte final del segmento, a partir de "*...Nam et si colonus tuus fundo frui a te...*", acerca del incumplimiento de las obligaciones del arrendador y sus consecuencias: por un lado, a causa de un hecho suyo o de un dependiente, que conlleva una indemnización adicional; por otro, a causa de un tercero, caso en el cual se trataría de una fuerza mayor, lo cual solo conllevaría la obligación de restituir la pensión pagada o a condonarla.

Prosiguiendo con el contenido del texto, el supuesto de hecho es muy sencillo: un fundo arrendado ha sido objeto de una *publicatio*. A consecuencia de ello se pregunta al jurista Africano por la responsabilidad a la cual queda sujeto el *locator*. Aquél responde que éste podrá ser obligado a la concesión del *frui licere*, en virtud de la *actio conducti*. Luego, por medio de la expresión *inquit*, se hace referencia a la doctrina de otro jurista, identificado como Juliano

responder de más por la acción de conducción. Porque también si á tu colono se le prohíbe disfrutar el fundo por ti, ó por uno á quien tú puedas impedirlo que lo haga, le responderás de tanto cuanto á él le hubiere importado disfrutarlo en lo que se comprenderá también su lucro; pero si se le impidiere por uno á quien tú no pudieras prohibírselo por su fuerza mayor o poder, no estarás obligado á nada más que á condonarle la pensión, ó á devolvérsela".

según la generalidad de la romanística⁴²⁰, quien afirma que si se tratara del arrendamiento de la construcción de una *insula* y ocurriera un derrumbe del terreno, entonces el *locator* seguiría estando obligado frente al *conductor* por el *id quod interest*, comparando este hecho al hundimiento del solar en lo edificación de una casa. Finalmente, el texto comenta el criterio de Africano, para quien se asimila la *publicatio* a una fuerza mayor, de tal manera que sólo se presenta la *remmissio mercedis*.

Como se puede evidenciar de lo anterior, el suceso de la *publicatio* es un supuesto de importancia en el fragmento, ya que con ello da origen al razonamiento del jurista en cuanto a la repartición de la carga económica si tal figura jurídica se presenta. Por esta razón, merece especial atención este punto sobre cuál es la verdadera naturaleza de la *publicatio* que, como bien se dijo, es de amplio debate doctrinal. En este sentido, podemos señalar que se han planteado cuatro explicaciones acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, expuestas brevemente a continuación⁴²¹.

Una tesis muy antigua, basado en la obra de MOMMSEN⁴²², ha entendido que la *publicatio* corresponde a una sanción penal, asociada, más concretamente, con la confiscación. Así lo entendieron

⁴²⁰ Aunque el texto no dice explícitamente que se trata de la opinión de Juliano, así lo establece la mayor parte de la Doctrina, por ejemplo ZIMMERMAN, R., *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 363 y 364; y DE ROBERTIS, F., *La espropiazione per...*, *op.cit.*, p. 161, quien, citando a BUHL, H., *Africans Questionen und ihr Verhältnis zu Julian*, en ZRG RA 2, 1881, pp. 180 a 199, señala que AFRICANO en sus *Quaestiones* conserva las decisiones de su Maestro Juliano.

⁴²¹ Al respecto y para profundizar, véase LAZO, P., *Publicatio y Periculum Rei Venditae...*, *op.cit.*, p. 249 ss.

⁴²² MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, Dunker & Humblot, Leipzig, 1899, pp. 1.005- 1.011.

HUVELIN,⁴²³ APPLETON,⁴²⁴ THIELMANN⁴²⁵ y VOICI⁴²⁶, cuya perspectiva se vincula a la inclinación que tienen y comparten por la tesis dominante que alega la vigencia de la regla *periculum est emptoris* en el Derecho clásico, sustancialmente profesada por HUVELIN y VOICI. Así, para estos autores, si ésta era la regla vigente, la única *razón* por la cual el vendedor habría tenido que soportar las consecuencias económicas de la *publicatio* habría radicado en el hecho de que ésta tenía, en el caso concreto, un carácter penal.

Para VOICI, un argumento decisivo para sostener la tesis de la confiscación se asienta sobre la premisa que consiste en negar que pudiese tratarse de una expropiación por causa de utilidad pública. El carácter sancionador de la confiscación, opina VOICI, habría impedido que en este caso resultara aplicable el principio *periculum est emptoris*, porque ello habría supuesto atribuir una ventaja al vendedor a partir de la propia ilicitud de sus actos. Por ello, de acuerdo con este autor, ese estaría frente una solución intermedia.

Para SECKEL y LEVY⁴²⁷, en cambio, no había tal confiscación y sostienen que la *publicatio* mencionada por Africano no es otra cosa que la expropiación de un fundo provincial, aunque daba entender

⁴²³ HUVELIN, P., *Recensión a Mihailo Konstantinovitch*, en: *RH.* 3, 1924, p. 327, en DE ROBERTIS, F. *La espropriazione per... op.cit.*, p. 160.

⁴²⁴ APPLETON, C., *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, en *RHD*, 5, 1926, p. 405.

⁴²⁵ THIELMANN, G., *Traditio und Gefahrübergang*, en *ZSS.*106, 1989, p. 299

⁴²⁶ VOICI, P., "*Diligentia*", "*Custodia*", "*Culpa*", en *SDHI.* 56, 1990, p. 131.

⁴²⁷ SECKEL, E., LEVY, E., *Gefahrtragung beim Kaufim klassischen römischen Recht*, en *ZSS.* 47, 1927, p. 221.

esto sin, a nuestro juicio, mayores argumentos⁴²⁸. Mejor suerte tenemos cuando WACKE⁴²⁹ asume esta misma hipótesis y en esta ocasión sí profundiza en su interpretación, en la cual descarta que a cambio de la expropiación hubiese existido indemnización, además de agregar que la *publicatio* habría sido posible en virtud de la *coercitio* del magistrado. En todo caso, WACKE continúa afirmando que la acción se había dirigido a un fundo provincial⁴³⁰.

Una hipótesis similar a la de SECKEL Y LEVY, pero con características propias, corresponde a la posibilidad de que la *publicatio* del caso en estudio haya sido una expropiación por causa de utilidad pública. De este modo, hallaríamos la existencia de tal institución en el Derecho romano, si bien no ignorando las diferencias que existen en relación con la institución jurídica que el Derecho occidental entiende por tal, que es precisamente lo que afirma DE ROBERTIS⁴³¹. Para este autor, la situación descrita representa una expropiación, puesto que, según su opinión, aquí no hay rastros que hagan pensar que se trata de una confiscación.

Conviene detenernos aquí y exponer con mayor detalle las suposiciones que hace DE ROBERTIS, en relación al texto D.19.2.33.,

⁴²⁸ Desechan, en todo caso, la tesis de Mommsen, en el sentido de que se trataría de una ejecución. Véase MOMMSEN, *Romisches Strafrecht*, *op.cit.*, n. 19, p. 1022 ss., en LAZO P., *op.cit.*, p. 266, n. 26.

⁴²⁹ WACKE, A., *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians, Julians und die Haftung für höhere Gewalt, en Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. 11.15*, en ANRW II, 15, Berlin- New York, 1976, pp. 471 ss.

⁴³⁰ En contra de esta última afirmación se pronuncia ANKUM, H., *Afr. Dig. 19,2,33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, en ZSS, vol. 97, 1980, nt. 16, pp. 168 ss., para quien a falta de otros datos, la expresión *fundus* sólo podía interpretarse en el sentido de tratarse de un fundo itálico. En LAZO Patricia, *op.cit.*, p. 250.

⁴³¹ DE ROBERTIS, F.. *La espropiazione per ...*, *op.cit.*, pp. 158 a 161.

para llegar a su razonamiento. En primer lugar, retomemos lo dicho en el fragmento sobre la consecuencia producida cuando el arrendatario no puede usar y disfrutar la cosa, la cual sería únicamente la *remmissio mercedis* y excluiría la indemnización por perjuicio, a la que probablemente se estaría obligado si se tratara de una confiscación. Este argumento, según DE ROBERTIS, no es del todo convincente, pues, como bien se sabe, en el pasaje se establecen dos puntos de vista: el de Juliano, en donde con la sola circunstancia de la *publicatio* el arrendador debería responder por el *id quod interest*⁴³²; y el de Africano, que establece que dicha *publicatio* se presenta por fuerza mayor, es decir, que el *locator* no podría evitarla y, por ende, solo se presentaría el efecto de la *remissio mercedis* y no la condena por el *id quod interest*.

Parece ser que con Justiniano, según el pasaje antes citado, primó la opinión de Africano, por lo que finalmente su decisión fue incorporada al Digesto. Por lo anterior, no es dable pensar que sea decisivo el punto de vista según el cual se trata de expropiación, pues, incluso, es posible sostener que la opinión de Africano lo que busca es no sancionar doblemente por un mismo comportamiento, o que el criterio de Africano es una interpolación Justineana en razón del principio *favor locatoris*.

⁴³² ZIMMERMAN, R.,. *The law of obligations...*, *op.cit.*, p. 363 y 364, quien estableció que la opinión de Juliano le daba una garantía intrínseca en el contrato a favor del *conductor*, que el bien no va ser expropiado durante la ejecución del contrato.

En segundo lugar, cabe considerar que en el caso de una confiscación la posición del dueño es reemplazada por la del Fisco, de manera análoga a una sucesión en donde el heredero debe respetar los negocios jurídicos realizados por el causante⁴³³. Esto difiere de la expropiación, en donde, por el contrario, se terminan todas las relaciones jurídicas que surgen en torno al bien, lo cual es, precisamente, lo que se evidencia en el pasaje citado, puesto que aquí el contrato de arrendamiento se extingue sin que el Fisco reemplace al *locator*.

Finalmente, en tercer lugar y en contra de la opinión de HUVELIN⁴³⁴, DE ROBERTIS piensa que la expresión "*quamvisper te non stet quominus idpraestes*" excluye toda idea de culpa o delito, por lo que no se trata de un problema de confiscación sino de expropiación. Como premisa, el autor sostiene que en los casos de expropiación era frecuente el pago de una indemnización y, siendo consecuente con ello, afirma que en este caso solo puede intuir que el arrendador la habría recibido, ya que el texto presenta dificultades para hacer esta afirmación con rotundidad⁴³⁵.

⁴³³ Así lo encontramos en D.8.3.23.2.: "*Si fundus serviens, ve lis, cui servitus debetur, publicaretur, utroque casu durant servitutes; quia cum sua conditione quisque fundus publicatur.*" (Si fuera confiscado el fundo sirviente, o aquel al cual se debe la servidumbre, en ambos casos subsisten las servidumbres; porque cada fundo es confiscado con su propia condición.)

⁴³⁴ HUVELIN, P., *Recensión...*, *op.cit.*, (n. 2), p. 327, en DE ROBERTIS, F. *La espropiazione per...* *op.cit.*, p. 160.

⁴³⁵ DE ROBERTIS, F., *L'espropiazione per...*, *op.cit.*, (n. 29), p. 161. Ejemplo de las dificultades para arribar a esta última conclusión es que tanto SECKEL, E., LEVY, E., *Gefahrtragung beim...*, *op.cit.*, (n. 4), p. 221, como WACKE, A., *D.19.2.33: Afrikans Verhaltnis...*, *op.cit.* (n. 15), p. 475 afirman justamente lo contrario, es decir, que no hubo pago de indemnización alguna al expropiado. PROVERA, G., *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Giuffrè, Milano, 1962, p. 704, es igualmente escéptico. Para este

Sin lugar a dudas, se puede admitir que sigue abierta la discusión sobre si la *publicatio*, así como la encontramos definida en el fragmento en cuestión, significa expropiación o confiscación⁴³⁶. No obstante, para el presente estudio y a nuestro juicio, se puede entender como la transferencia o cesión de la propiedad en forma coactiva, de tal forma que la *publicatio* es una orden a la cual el particular no puede oponerse. Por lo anterior, es posible pensar que en este pasaje la *publicatio* es un fenómeno que se quiso interpretar como fuerza mayor, que se puede equiparar, según el fragmento, al hundimiento del solar⁴³⁷.

En suma, cuando ocurre la *publicatio*, según Africano, la sanción es la *remmissio mercedis*, pues aquí no interviene comportamiento alguno del arrendador por el cual se le pueda imputar responsabilidad por los daños causados. Junto a esta solución, el texto trae también la de Juliano, quien, partiendo de una garantía intrínseca de la fuerza mayor en el contrato de arrendamiento de que “no va a acontecer una *publicatio*”, penaliza al arrendador de manera que debe indemnizar al arrendatario por el *id quod interest*⁴³⁸.

autor, de haber existido indemnización, el vendedor se habría quedado con ésta, a más del precio. En LAZO, P., *Publicatio y Periculum...*, *op.cit.*, pp. 245 – 268.

⁴³⁶ Veáse al respecto, LAZO, P., *Publicatio y Periculum...*, *op.cit.*, pp. 245 – 268.

⁴³⁷ DE ROBERTIS, F., *La espropriazione per...*, *op.cit.*, pp. 175 y 176

⁴³⁸ ZIMMERMAN, R. *The law of obligations...*, *op.cit.*, p.363.

III. El arriendo de cosa ajena

En el caso que el *locator* no sea el propietario de la cosa arrendada, es mayor la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de mantener al *conductor* con el uso y goce de la cosa, tal y como lo señalan dos textos de Ulpiano y uno de Africano:

*D.19.2.9pr. (Ulp. 32 ed.) Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit ut ei praestetur, frui quod conduxit licere*⁴³⁹.

*D.19.2.15.8. (Ulp. 32 ed.) Plane si forte dominus frui non patiatur, vel quum ipse locasset, vel quum alius alienum, vel quasi procurator, vel quasi suum, quod interest, praestabitur; et ita Proculus in procuratore respondit.*⁴⁴⁰

D.19.2.35 pr. (Afric. 8 quaest.) ...Intelligendum est autem, nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit, et bona fide

⁴³⁹ D.19.2.9pr. "Si alguno me hubiere dado en arrendamiento una casa comprada de buena fe, o un fundo, y este hubiera sido reivindicado sin dolo malo, ni culpa, dice Pomponio, que sin embargo se obliga él por la acción de conducción, a favor de aquel que lo tomó en arrendamiento, a que se le cumpla que le sea lícito disfrutar de lo que tomó en arrendamiento..."

⁴⁴⁰ D.19.2.15.8. "Pero si acaso el dueño no permitiera usufructuar, o habiendo dado en arrendamiento él mismo, u otro una cosa ajena, o como procurador, o como suya, se responderá de lo que importa; y así lo respondió Próculo respecto del procurador."

*negotium contraxerit, non de eo, qui alienum
praedium per fraudem locaverit, nec resistere
domino possit, quominus is colonum frui
prohibeat.*⁴⁴¹

De estos tres textos, podemos deducir que en el Derecho romano surgió una obligación adicional para el *locator* cuando arrienda una cosa ajena, la cual consiste en evitar que el dueño de la *res locata* prohíba al *conductor* tener el *uti frui licere* sobre dicho bien. El incumplimiento de esta obligación se sanciona bajo un criterio de responsabilidad objetiva, el cual era la excepción a la responsabilidad subjetiva sancionada con el *id quod interest*, esto es, el equivalente de la utilidad que le hubiera reportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, propio del Derecho romano en las acciones de buena fe.

⁴⁴¹ D.19.2.35pr. "...Pero se ha de entender, que nosotros usamos de esta distinción respecto de aquel que hubiere dado en arrendamiento un predio suyo para que se disfrute, y hubiere contratado de buena fe el negocio, no respecto de aquel que por fraude hubiere dado en arrendamiento un predio ajeno, y no pudiera impedir al dueño, que éste prohíba que el colono lo disfrute."

1.3. Responder por los vicios ocultos de la *res locata*⁴⁴²

Otra obligación que debemos puntualizar es aquella por la cual el arrendador debe responderle al arrendatario por todos los perjuicios causados al *conductor* que se hayan originado en los vicios ocultos de la *res locata*, aunque hay que subrayar que hay algunos matices al respecto, según se pueden observar en los dos textos de Ulpiano presentados a continuación:

D.19.2.15.2 (Ulp. 32, ed.) Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; ...Sed et si laves facta sit, omnemque fructum tulerit,

⁴⁴² Tanto en la legislación española como en la colombiana, el arrendador debe, al momento de la celebración del contrato, manifestar si la cosa arrendada presenta algún defecto o vicio y por consiguiente, fijar acorde al mismo el precio o canon de arrendamiento. Si no los manifiesta, quedará sujeto a las reglas de saneamiento por evicción de la cosa arrendada. Igual responsabilidad tendrá si los vicios llegaren a aparecer con posterior a la celebración del contrato. PUIG PEÑA define a los vicios como aquellos defectos (ocultos o manifiestos) que hacen a la cosa impropia para el uso que se destina o disminuye éste de tal modo que habiéndolo conocido el arrendatario no la hubiera arrendado o la hubiera arrendado por menos precio, como sería la existencia, por ejemplo, de una casa de compromiso aparición de olores insoportables, etc. (PUIG PEÑA, F., *Arrendamiento, op.cit.*, p. 843). En el C. C. Colombiano el Art. 1990: "El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aún a la terminación del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al momento del contrato, y aun haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario. Si el impedimento para el uso de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez o prefecto decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar o no la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta". El Código Civil español, dispone en su Art. 1.553: "Son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa. En los casos en que procede la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo en que el arrendatario haya disfrutado de la cosa."

*damnum coloni non esse, ne supra damnum
seminis amissi mercedes agri praestare
cogatur...damnum domini futurum...*⁴⁴³

A propósito de este primer texto, y pese a que se describen como si fuesen vicios de la cosa misma que debe afrontar el dueño, las situaciones que se mencionan se refieren a diversos acontecimientos de fuerza mayor, razón por la cual consideramos más pertinente su análisis cuando, más adelante, nos ocupemos del tema del *periculum locatoris*. Dejando de lado este asunto, por el momento, prosigamos entonces con el segundo pasaje que nos incumbe:

*D.19.2.19.1. (Ulp. 32, ed.) Si quis dolia vitiosa
ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit,
tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia eius
erit excusata; et ita Cassius scripsit. Aliter atque
si saltum pascuum locasti, in quo herba mala
nascebatur; hic enim si pecora vel demortua
sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest,
praestabitur, si sciisti, si ignorasti, pensionem*

⁴⁴³ D.19.2.15.2.- Si hubiere venido fuerza de temporal calamitoso, veamos si el arrendador deberá ser responsable de algo al arrendatario. Servio dice, que el dueño debe ser responsable al colono de toda fuerza que no pueda resistirse, como por ejemplo, de ríos, de grajos, de estorninos, y si alguna otra cosa semejante hubiere acontecido, o si se hiciera incursión de enemigos...Pero también si hubiera descargado una tormenta, y hubiere arrebatado todo el fruto, el daño no es del colono, para que sobre el daño de la simiente perdida no sea obligado a pagar el arrendamiento del campo... el daño habrá de ser del dueño..."

*non petes; et ita Servio, Labeoni, Sabino
placuit.*⁴⁴⁴

En este último fragmento, Ulpiano plantea el principio general por el cual el *locator* responde por todos los perjuicios que llegue a causar al *conductor* por los vicios de la *res locata*, ya que, en un caso, responde por los daños que causan unas tinajas defectuosas y, en otro, por la mala hierba que nace en el fundo de arrendamiento de campos.

A pesar de la claridad de este principio, el jurista logra, aun así, generar un conflicto a nivel doctrinal al introducir una distinción. De este modo, señala que al arrendar la tinajas, si estas salen defectuosas y el vino se derrama, el *locator* se obligará por el *id quod interest*, aunque ignore tal defecto. Sin embargo, en el caso del arrendamiento de un bosque para pastos, en el cual nace mala hierba y por esto se mueren los ganados, distingue dos hipótesis: si el arrendador conocía este hecho responderá por el *id quod interest*, mientras que si lo ignora la consecuencia es la *remissio mercedis*.

Ante esta distinción del texto se ha planteado la duda sobre ¿Cuál es la razón para tal distinción? ¿Por qué Ulpiano escogió para ejemplificar tal situación unas tinajas defectuosas para conservar el

⁴⁴⁴ D.19.2.19.1. "Si ignorándolo hubiere alguno dado en arrendamiento tinajas defectuosas, y después se saliere el vino, se obligará a lo que importa, y si no se excusará su ignorancia; y así lo escribió Cassio. De otra suerte será, si diste en arrendamiento para pasto un bosque en el que nacía mala hierba; porque en este caso, ya si murieron los ganados, ya también se se deterioraron, se responderá de lo que importa, si lo supiste, y si lo ignoraste, no pedirs tu pensión; y así les pareció bien a Servio, Labeón y Sabino."

vino y un bosque para pastos? Para responder estos interrogantes, se hace necesario establecer en qué evento estos bienes pueden ser tenidos en cuenta como representativos de dos situaciones fácticas en el contrato de arrendamiento, que sirvan para plantear una regla general, teniendo como eje la responsabilidad del *locator*. Partiendo del anterior supuesto, la doctrina ha interpretado este texto de diferentes maneras.

Una primera aproximación señala que, al mencionar la ignorancia, el texto hace alusión a la culpa y, por consiguiente, se está refiriendo a dos formas de responsabilidad que surgen según el bien que se de en arriendo. De esta manera, si se arriendan vasijas para verter vino se responde por culpa, mientras que si es un bosque para pasto, como la ignorancia excusa al arrendador, este responde solamente por dolo. Esta interpretación, no obstante, parece algo excesiva y ha sido muy criticada por ello, pues resulta un argumento muy forzado asumir que la ignorancia enunciada es una referencia expresa a la culpa, especialmente si se tiene en cuenta que los juristas romanos no tenían tal grado de abstracción en sus opiniones y, por ello, no hay que darle un sentido a las palabras diferente al establecido en el texto⁴⁴⁵.

Por otra parte, desde un punto de vista marxista de la historia basada en el conflicto de clases, algunos autores han indicado que la interpretación correcta se debe plantear a partir de la regla general

⁴⁴⁵ ZIMMERMAN, R. *The law of obligations...*, *op.cit.*, pp.365 y 366, quien critica esta teoría.

según la cual la ignorancia en ningún evento exime de responsabilidad al arrendador por los vicios o defectos de la cosa arrendada, siendo el arrendamiento de campos para pastar una excepción hecha a favor de los romanos más adinerados, teniendo en cuenta que estos eran los propietarios de dichos fundos provinciales⁴⁴⁶.

Una interpretación diferente del texto señala que, en relación a ciertos bienes y en donde hallaríamos las vasijas para vino de nuestro caso, en un principio, el arrendador daba garantía de responsabilidad por cualquier perjuicio que causara el bien arrendado, aunque lo ignorase; sin embargo, con el paso del tiempo, esta cláusula accidental del contrato se volvió un elemento natural del mismo. Este razonamiento podría ser el correcto si no fuese porque no distingue la verdadera razón del por qué se establecía esta garantía, y simplemente indica un proceso de cómo los elementos supletivos de la voluntad de las partes dentro del contrato pueden convertirse en elementos propios de la naturaleza del contrato⁴⁴⁷.

Otra perspectiva explora como el texto se refiere a la previsibilidad o no de los perjuicios y de la culpa imputable al *locator* al ignorarlos⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ CLARK, B., *Leaky Vats and Toxic Plants: Ulp. D.19.2.19.1., and the Liability of the Lessor*, en 50 THRHR, 1987, p. 455, cit. por ZIMMERMAN, R. *The law of obligations...*, *op.cit.*, p. 367.

⁴⁴⁷ Este punto de vista lo tiene KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, vol II, Veit & comp., Leipzig, 1901, p. 640, cit. por ZIMMERMAN, R. *The law of obligations...*, *op.cit.*, p. 367.

⁴⁴⁸ "La preferibilità pratica di codesto principio, che fa dipendere la responsabilità del *locator* pei danni patiti dal conduttore in conseguenza dei vizi della cosa, dalla prevedibilità di tali vizi, e dalla colpa imputabile al *locatore* nell'ignorarli, è vivamente difesa dal POLACCO, *Appunti cit.*, Riv. Cit. VI, p. 410 e segg." En COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, p. 42, nt. 1

En opinión de LONGO⁴⁴⁹, el pasaje descrito en D.19.2.19.1., es un texto interpolado. Así, en el caso de vasijas de vino defectuosas tal vicio es previsible por lo que la ignorancia no excusa, pero en el caso de arrendar un pastizal con mala hierba, la existencia de un daño es imprevisible, por lo que la ignorancia lo excusa. La imprevisibilidad del daño determina un comportamiento subjetivo del obligado, tema que es reiterado en varios textos del *corpus iuris*.

Una última interpretación, expuesta por ZIMMERMAN, subraya que el pasaje simplemente hace una diferenciación sobre quién es el que tiene la elección de la cosa arrendada. Si la elección del bien le corresponde al arrendador y el bien elegido por éste tiene un vicio que no permite el *uti frui licere*, deberá responder por todo perjuicio que le cause al arrendatario, aunque lo ignore; pero si la elección no correspondiere al arrendador, pudiendo ser el mismo arrendatario el que escogiera la cosa, el *locator* se exonera si llegare a ignorar el vicio⁴⁵⁰. En nuestra opinión, esta tesis es la que mejor concuerda con los diferentes criterios, expuestos hasta el momento, sobre la responsabilidad del arrendador, los cuales, valga aclarar, se han basado en aquellos otros criterios, vistos al comienzo, relacionados con la imputación del riesgo para el disfrute del *uti frui licere* vistos al comienzo.

⁴⁴⁹ LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, pp. 400 y 401

⁴⁵⁰ ZIMMERMAN, R., *The law of obligations...*, *op.cit.*, p. 368.

1.3.1. LA ACTUACIÓN DE LOS DEPENDIENTES DEL LOCATOR COMO ESPECIE DE VICIO OCULTO

Es el caso de la responsabilidad del *locator* a causa de los daños ocasionados por sus siervos en el bien arrendado. Se pueden ver los siguientes pasajes, en los que se establecen las consecuencias por los actos de las personas dependientes del arrendador:

D.19.2.45pr. (Paul. 22, ed.) Si domun tibi locavero, et servi mei tibi damnum dederint, vel furtum fecerint, non teneor tibi ubi ex conducto, sed noxali actione.

D.19.2.45.1. (Paul. 22, ed.) Si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, et is furtum fecerit, dubitari potest, utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem, quam conduxisti, an adhuc dicendum sit, extra causam conductionis esse furti crimen, et in propriam persecutionem cadere hoc delictum: quod magis est.

Lo interesante de estos fragmentos es que evidencian la lógica jurídica y una total claridad conceptual propia de los juristas romanos. En D.19.2.45pr se distingue abiertamente la

responsabilidad contractual de aquella derivada del acto ilícito. Entregada una casa en arrendamiento, si los esclavos del arrendador causan daño o cometen hurto sobre cosas de propiedad del arrendatario y que se encuentren dentro de la casa, la acción que tendrá el arrendador perjudicado no será la derivada del arrendamiento, pues no se le ve allí como parte del contrato de arrendamiento sino como víctima del delito de hurto o daño, según sea el caso.

El fragmento contenido en D.19.2.45.1 es aún más claro. Si un esclavo entregado en arrendamiento comete hurto sobre los bienes del arrendatario, aunque en este caso el perjuicio es causado por la cosa arrendada e independientemente de la causa del arrendamiento, hay delito de hurto y tal delito da lugar a su propia acción. Por lo tanto, podemos interpretar que para los romanos este evento salía del esquema propio de la *merces- uti frui* de tal manera que no se le daba acción por el contrato, sino la acción emanada del acto ilícito.

De igual manera, los daños que se le hicieren al *conductor* por la impericia de un siervo del arrendador, en la realización de las tareas que debía realizar durante el arrendamiento y de acuerdo a los términos pactados en el contrato, deben ser resarcidos por el arrendador. Así lo establece el siguiente texto de Labeón, tomado del Libro V del compendio que hiciere Javoleno de sus obras póstumas:

D.19.2.60.7. Servummeum mulionem conduxisti, negligentia eius mulus tuus periit; si ipse se locasset, ex peculio duntaxat, et in rem verso damnum tibi praestitutum dico, sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestitutum, quam dolum malum et culpam meam abesse; quodsi sine definitione personae mulionem a me conduxisti, et ego eum tibi dedissem, cuius negligentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestitutum aio, quod eum elegerem, qui eiusmodi damno te afficeret.

Esta cita relata el caso de arrendamiento de un esclavo que, al ser utilizado como muletero, actúa con negligencia y ocasiona la muerte de un mulo. Pese a que la temática aparenta ser un tanto ajena al arrendamiento de inmuebles para vivienda, amerita ser incluida, pues se vincula con pasajes anteriormente mencionados y ratifica el criterio expuesto por ZIMMERMAN respecto de los vicios ocultos de la cosa arrendada. Así, y retomando esta tesis, cuando la escogencia o elección del bien, en este caso el esclavo, le corresponde al arrendador, este último debe responder por todo perjuicio que la actuación del esclavo, en desarrollo de la actividad u oficio para el que fue tomado en alquiler, le cause al arrendatario.

1.3.2. RESPONSABILIDAD POR LA EVICCIÓN

Esta exigencia es también una derivación de la obligación del arrendador de proporcionar y mantener al arrendatario en el disfrute de la cosa, hasta la terminación del contrato. Dado que es un asunto muy afín a la cuestión de los vicios ocultos de la cosa que impide el uso y goce del inmueble contratado, se ha llegado a la circunstancia en la que, por la concordancia entre las dos figuras jurídicas, se encuentren reguladas en artículos próximos, como sucede en la legislación colombiana⁴⁵¹.

Pues bien, la responsabilidad por la evicción concierne aquella situación en la que el Derecho del acreedor sobre la cosa, objeto del contrato, corre el riesgo de verse disminuido o completamente perdido debido a la intervención de un tercero con un mejor derecho sobre aquella. Es menester aclarar cómo se presenta este tipo de responsabilidad en la compraventa y en el arrendamiento, con el fin de averiguar si se pueden extender a este último las reglas de evicción de la venta, y de ser así, con qué límites.

La responsabilidad por evicción tanto en el contrato de arrendamiento como en el de compraventa, pero con sus particularidades, puede deducirse del Libro VIII de las Cuestiones de Africano, contenido en el siguiente texto del Digesto:

⁴⁵¹ En el Código Civil colombiano, los Arts. 1988 y 1989 tratan sobre los derechos y la actuación que debe seguir el arrendatario frente a las perturbaciones que realicen terceras personas de su derecho de uso y goce a la cosa arrendada; mientras que las normas que regulan los derechos del arrendador ante el mal estado de la cosa o vicios ocultos, son los Arts. 1990, 1991 y 1992.

D.19.2.33.- Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes...nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim: nec ultra actionem ex conducto praestare cogaris...

Según el texto, se configura la evicción cuando el arrendatario, habiendo recibido el inmueble por parte del arrendador, se ve privado judicialmente del uso y disfrute del mismo debido a la intervención de un tercero con un mejor derecho sobre aquel. La acción, siguiendo el pasaje, va dirigida para que se le restituya al arrendador el alquiler que le hubiere pagado el arrendatario por el tiempo que no hubiese logrado disfrutar, no debiendo aquel ser obligado a responder por nada más.

Esta situación de pérdida o disminución del Derecho del arrendatario al uso y disfrute de la cosa, podría presentarse por varias causas.

Una podría ser la venta que puede hacer el arrendador de la cosa objeto del arrendamiento, o por la constitución de cualquier otro derecho real sobre ella, pues en virtud del arriendo, como ya se ha señalado anteriormente, el *conductor* solo adquiere el ejercicio de las facultades de uso y disfrute sobre la cosa, sin alcanzar la categoría de derecho real, por lo que el *ius abutendi* permanece inalterado. Ciertamente, la venta de la cosa arrendada no conlleva el respeto del nuevo propietario hacia el contrato de arrendamiento, a menos que se hubiera convenido expresamente con el comprador el mantenimiento del contrato de arrendamiento.

En este punto cabe resaltar que no son propiamente trasladables las reglas establecidas para la *emptio-venditio* a la *locatio-conductio*. En el caso de la compraventa, la finalidad esencial del contrato es transferir la propiedad al adquirente, de forma tal que, si un tercero reclama la cosa está impidiendo que se cumpla con la finalidad esencial de este negocio jurídico.

En el arrendamiento, en cambio, el contrato no se afecta directamente porque un tercero reclame la propiedad del objeto sobre el que recae la *locatio conductio*, sino por el hecho que, a consecuencia de dicha reclamación, se impida el disfrute al que tiene derecho el *conductor*. Así, en caso de que dicha imposibilidad de uso y disfrute sea imputable al *locator*, este debe responder de todos los daños ocasionados al *conductor*. En otras situaciones, por el

contrario, si la falta del disfrute no le es imputable al arrendador, este únicamente perderá el Derecho a percibir la *merces*.

En el Derecho romano se pueden identificar dos periodos diferentes en cuanto al tratamiento que este le dio a la responsabilidad del *locator* por la evicción. En un primer periodo, durante la época clásica, el *locator* respondía siempre que el *conductor* se viera privado del *uti frui licere* por causa de la existencia de un mejor derecho de un tercero, asimilándolo en mayor medida a la compraventa. En el periodo posterior, adoptándose una posición más favorable para el *locator*, este respondía siempre que mediara culpa de su parte, de tal manera que el texto establece que si el *locator* conocía el vicio, debía responder por el *id quod interest*, pero que si lo desconocía, simplemente se vería sancionado por la *remissio mercedis*.

La importancia del conocimiento radica en la naturaleza propia de la prestación, porque el arrendatario se puede ver privado del *uti frui licere* sin que el arrendador conozca de antemano la causa que origina la perturbación. Esto sin duda es un evento de responsabilidad subjetiva y de *favor locatoris*, por lo que se considera acertada la opinión de quienes consideran que esta parte puede estar interpolada⁴⁵².

⁴⁵² PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*, Terza edizione. G Giappichelli editore, Torino, 1991, pp. 469 y ss.; LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, p. 401; MASI,

1.3.3. LA ACTIO CONDUCTIO POR EL INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDADOR EN EL USO Y DISFRUTE DEL INMUEBLE ARRENDADO, TANTO POR LOS VICIOS OCULTOS COMO POR LA EVICCIÓN

Ahora compete detenerse en la consecuencia jurídica que se deriva, según los textos romanos, de los vicios ocultos o de la responsabilidad por la evicción. Dado el carácter personal y no real del Derecho que tiene el arrendatario, a que se le proporcione el uso y disfrute de la cosa arrendada por parte del arrendador, la responsabilidad que surge frente al incumplimiento es exigible a través de la *actio conductio*⁴⁵³. Dicha responsabilidad comprende, en general, el incumplimiento por la imposibilidad de disfrutar de la cosa que tomó en arrendamiento, por causas que, recordemos, se han mencionado en fragmentos del Digesto ya reseñados dentro del desarrollo de la presente temática.

En este orden de ideas, la responsabilidad abarca hasta el *id quod interest*, el cual es equiparable en el Derecho clásico con la libertad propia de los juicios de buena fe y en Derecho justineano con el doble de la merces pactada⁴⁵⁴, cuando el incumplimiento provenga del mismo arrendador o por la actuación de un tercero que aquel

A..Locazione (storia), *op.cit.*; TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano,op.cit.*, p. 596. LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio tollit locatum...*, *op.cit.*, pp. 49 ss.

⁴⁵³ D.19.2.15 pr.-1. (Ulp. 32, ed.) "*Ex conducto actio conductori datur.1. - Competit autem ex his causis fere, ut puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aus partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat, vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur*".

⁴⁵⁴ LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit Locatum...*, *op.cit.* p. 75.

hubiera podido impedir⁴⁵⁵. En cualquier otro caso que origine el incumplimiento, aunque el arrendador queda liberado de indemnizar, no podrá percibir la *merces* durante el período de su incumplimiento⁴⁵⁶.

En el caso de la compraventa, para reclamar los perjuicios derivados de los vicios de la cosa arrendada, el comprador tiene dos acciones edilicias, la *actio redhibitoria* y la *actio quanti minoris*. Sin embargo, en el caso de la *locatio conductio*, el arrendatario no puede utilizar las acciones edilicias para reclamarle al arrendador por algún vicio de la cosa arrendada, tal como lo señala Ulpiano en el libro I de los Comentarios al Edicto de los Ediles Curules:

D.21.1.63. Sciendum est, ad venditionis solas hoc Edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum. Cur autem de locationibus nihil edicatur, unicum videbatur; haec tamen ratio redditur, vel quia nunquam

⁴⁵⁵D.19.2.33. (Afric. 8, quaest.) "...Nam et si colonus tuus fundo frui a te, au tab eo prohibetur, quem tu prohibiré, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, autredder debebis."D.19.2.24.4. (Paul, 34, ed.) "Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiat; nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patiat fundi frui; nam et qui expulsus a conduction in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligates erit, ed quantum per singulos annos compendii factorus erat consequetur; sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis reus illigatus non potest. Quodsi paucis diebuis prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur, quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vela b extraneo, quem dominus prohibere potest.

⁴⁵⁶D.19.2.19.1. (Ulp. 32, ed) "Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia eius erit excusata; et ita cassius scripsit. Aliter atque si saltum pasuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora faeta, quod interest, praestabitur, si sciisti, si ignorasti, pensionem non petes; et ita Servio, Labeoni, Sabino, placuit."

*istorum de hac re fuerat iurisdictio, vel quia non
similiter locationes, ut venditionis, fiunt.*

Este pasaje señala que en el caso de vicios de la *res locata*, no se aplica el Edicto de los Ediles, sino que debe acudirse a la *actio conducti* para reclamar tales perjuicios. Al parecer, la razón de esta disposición es que la solución de esta controversia, que debe ser la misma para los arrendamientos no sólo de esclavos sino para todas las demás cosas, como animales de tiro, lanar y semejantes, debe ser dirimida ante un tribunal de mayor entidad, por la importancia misma de las prestaciones, o sea, acudir a la jurisdicción del Pretor a través de la *actio conducti*.

1.4. Reembolsar a la terminación del contrato las mejoras realizadas por el *conductor*⁴⁵⁷

Debido al uso y disfrute de la cosa arrendada, el arrendatario puede

realizar impensas en la *res locata*, las cuales al terminar el contrato de arrendamiento deben ser reintegradas por el *locator*. Para una

⁴⁵⁷ En el Derecho romano para identificar las mejoras, las fuentes usaron varios términos latinos, así IMPENDERE, IMPENSA (D.6.1.11; D.13.7.8; D.50.16.79. IMPENDIUM, EXPENSA, SUMPTUS (D.6.1.10-12-48), EROGATIO. IACTURA (D.5.3.8; D.14.3.17.4; D.20.5.12.1. En el castellano hay una palabra muy similar para realizar la traducción: IMPENSA. Sin embargo, en la legislación española y en la colombiana la palabra utilizada es la de MEJORAS. Esta palabra es usada en la legislación española en el Art. 1573, que trata de las mejoras en el contrato de arrendamiento, remitiendo el tema al Art. 487, que regula las mejoras en el Usufructo. En la legislación colombiana se les denomina MEJORAS en los artículos 966, 967, 968, 969, 970, 1941,1994; aunque también suele usarse la palabra EXPENSA en los artículos 969, 970, 1932, 1941, 2216, 2259. Impensas, es la denominación que más se asimila a la denominación de las fuentes romanas, por lo que siendo todos los términos sinónimos, se usarán indistintamente. Para mayor profundidad, ver GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, M. T., *Las Impensas en el Derecho romano Clásico*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1998, pp. 11-15.

mejor clarificación de este tema, hay que distinguir los diferentes tipos de impensas que se pueden realizar sobre una cosa.

1.4.1. CLASIFICACIÓN DE LAS MEJORAS

a. Mejoras necesarias: Son aquellas indispensables para conservar la cosa, sin las cuales esta se perdería o sufriría un serio detrimento. El criterio para valorar en que eventos es necesario realizar este tipo de impensas, es el de un hombre puesto en la situación de un hombre medio (La *diligentia* de un buen *pater familias*), en el cuidado y manejo de sus cosas propias. Para saber en qué momento se causa este tipo de impensas debe tenerse en cuenta que no es necesario que el efecto se produzca, es decir, que la inversión haya resuelto el problema, sino simplemente que se hayan realizado unos gastos sobre el bien para prevenir un deterioro mayor o para mejorar en algo la conservación de la cosa.

b. Mejoras útiles: Se consideran como útiles aquellas obras realizadas en el inmueble que, sin tener la calidad de impensas necesarias, mejoran las cosas, es decir, aumentan su valor o su rendimiento. Para que se presenten este tipo de expensas sobre el bien, es necesario que se presente un enriquecimiento por parte del dueño de la cosa, lo cual sirve para medir el reembolso que se debe realizar. El criterio para determinar cuáles son las impensas útiles se hace partiendo de la perspectiva de un hombre medianamente diligente en el cuidado de un inmueble propio.

c. Impensas voluptuarias: Son aquellas que sin tener la calidad de necesaria o útiles, embellecen o adornan las cosas, con una idea de lujo, y para satisfacer un capricho o un gusto hacia el ornato de un inmueble o vivienda. No conlleva dicha inversión que se genere una utilidad económica o patrimonial sobre la cosa.

1.4.2. LAS MEJORAS EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Es importante analizar, de acuerdo a su clasificación, quien tiene a cargo las impensas en el contrato de arrendamiento. Y el primer caso a tratar sería el de las mejoras necesarias o indispensables, respecto de las cuales la repuesta la proyectan los mismos textos romanos, haciendo recaer en el arrendador el deber de realizar o, en su caso, sufragar los costos de ellas sobre el bien que es objeto del arrendamiento.

Esta regla se encuentra en un pasaje de Papiniano, contenido en el siguiente texto del Digesto, donde se dispone que el arrendador debe construir vías públicas para facilitar el acceso al inmueble y limpiar los acueductos que estén al descubierto, agregando que si son los inquilinos quienes hacen estas obras, estos pueden descontar los gastos del precio del alquiler:

*D.43.10.1.3. (Papin. Astyn.) Construat autem
vias publicas secundum propriam domum
unusquisque, et aqueductus purget, qui sub dio*

*sunt; et construat ita, ut non prohibeat
vehiculum transire. Quicumque autem mercede
habitant, si non construat dominus, ipsi
construentes computent dispendium in
mercedem.*

Respecto de las mejora útiles, en un texto Paulo se establece que si el arrendatario hubiere aumentado o edificado alguna cosa por utilidad o simple necesidad, pese a no haberlo convenido con el dueño, tiene derecho a que se restituya lo que gastó, a través de la acción de conducción:

*D.19.2.54.1 (Paul, 2 Seten.). In conducto fundo
si conductor sua opera aliquid necessario vel
utiliter auxerit, vel aedificaverit, vel instituerit,
quum id non convenisset, ad recipienda ea, quae
impendit, ex conducto cum domino fundi experiri
potest.*

Y aunque referido a un fundo rural, en el cual, sin haberse convenido en el contrato que se plantase viñas, el colono las plantó y esto conllevó un beneficio al propietario, se le permite, al primero, obtener la restitución de los gastos ocasionados al plantar las vides en el fundo:

D.19.2.61pr. (Sce. 7, Dig.) *Colonus, quum lege locationis non esset comprehensum, ut vineas poneret, nihilominus in fundum vineas instituit, et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat; quaesitum est, si dominus istum colonum fundo eiectionum pensionum debitarum nomine conveniat, an sumtus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione? Respondit, vel expensas consecuturum, vel nihil amplius praestiturum.*

Los tres textos tienen en común que establecen la obligación del arrendador de reembolsarle al arrendatario las mejoras necesarias y útiles que este haya realizado a la *res locata* durante la ejecución del contrato, para lo cual, tienen la acción de conducción o la compensación de la impensas con los cánones debidos. No obstante, debe subrayarse que, pese a que la cuestión del reembolso de las mejoras necesarias o indispensables no tiene mayor discusión, en la doctrina sí se suscita el debate con respecto a las mejoras útiles.

De este modo, para RICCOBONO⁴⁵⁸ los dos últimos pasajes, referentes a las mejoras útiles, están interpolados, debido a que la configuración del arrendamiento se hace en torno del esquema

⁴⁵⁸ RICCOBONO, S. *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, en Analli del seminario Giuridico della R. Università di Palermo, 3-4, 1917, pp. 171 ss., cit por GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, M. T., *Las Impensas...*, *op.cit.*, p. 160.

merces-uti frui y el arrendatario, quien tiene simplemente una situación temporal sobre el bien, no tendría derecho, en la época clásica, a realizar mejoras útiles sobre este último. En efecto, dichas mejoras solo redundarían en provecho del dueño y, por consiguiente, se extralimitaría el *uti-frui*, pues para el disfrute del bien bastaría con efectuar únicamente las mejoras necesarias para conservarlo; de ahí que no podría regularse nada con respecto a las mejoras útiles en el contrato de arrendamiento.

Por otro lado, GONZÁLEZ-PALENZUELA⁴⁵⁹, aunque comparte el punto de vista principal de RICCOBONO a propósito de la interpolación de los textos, critica el pensamiento de este último por su radicalidad, argumentando que no se puede plantear que en Roma, como regla general, no eran reembolsables las mejoras útiles al arrendatario. Por el contrario, sería necesario analizar cada caso en concreto y observar si las mejoras útiles están relacionadas con el *uti frui licere* emanado del contrato de arrendamiento, es decir, si estas aumentan el valor o la posibilidad de rendimiento de la cosa, o si permiten su mejor disfrute, circunstancias todas ellas que llevaría a concluir que sí serían reembolsables.

Otro aspecto a resaltar de esta última opinión, es su apoyo al esquema *merces-uti frui*, a partir del cual, se desarrolla la figura del arrendamiento y por ende, se convierte en la característica esencial de la misma. Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia clásica,

⁴⁵⁹ GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, M. T., *ibid.*, pp. 98 ss.

tomó como punto de partida la relación *merces-uti frui* para derivar de ella el objeto del contrato y por ende, sirvió de fundamento para tipificar las acciones emanadas del arrendamiento, permitiendo, además, fijar los alcances y límites a las características de la *locatio conductio* como contrato de buena fe.

Partiendo de este esquema, resulta lógico que, frente al tema del reembolso de las mejoras en el arrendamiento el jurista, más que ocuparse sobre la cuestión de si las mejoras eran necesarias o útiles, debía analizar si estaban o no relacionadas con el *uti frui licere*, esto es, si dichas mejoras se realizaban para poder usar y disfrutar la *res locata*, según el uso convenido en el contrato.

Por lo tanto, para determinar el reembolso, o no, de las mejoras útiles, no debería ser suficiente como criterio el hecho de si contribuyen, o no, a aumentar el valor del bien, lo cual, como vimos, solo enriquece al dueño. En cambio, debería centrarse el análisis dentro del concepto del uso y disfrute, caso en el cual, sin lugar a dudas deben ser reembolsables; considerar lo contrario sería negar la naturaleza de contrato de buena fe que tiene el arrendamiento, según las consideraciones ya reseñadas.

Este es el sentido que el profesor F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN le da al párrafo del texto del Digesto, consignado en D.19.2.25.2., reseñado en el capítulo que hace referencia a las obligaciones de las partes y específicamente al precisar la obligación del arrendador de

mantener y conservar la cosa arrendada en las condiciones idóneas para ser usada y disfrutada⁴⁶⁰.

En cuanto a las mejoras voluptuarias, hay un pasaje de Ulpiano, del Libro XXXII de comentarios al Edicto, donde acoge el criterio de Labeón que autoriza al arrendatario a ejercer la *actio conducti* para hacer efectivo el *ius tollendi*, al permitirle retirar la puerta añadida en la edificación, o cualquier otra cosa, sin causar perjuicio al inmueble, para devolver a la casa su primitivo aspecto:

*D.19.2.19.4. (Ulp. 32, ed.) Si inquilinus ostium, vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio, locum habeat? Et est verius, quod Labeo scripsit, competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat; sic tatem, ut damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriore causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.*⁴⁶¹

Este texto es el único que le permite expresamente al arrendatario ejercer el *ius tollendi* sobre el bien arrendado en el caso de las mejoras voluptuarias, de modo que, similarmente a lo que se le permite al poseedor para recuperar la inversión en esta clase de

⁴⁶⁰ Véase Supra, pp. 267-268.

⁴⁶¹ D.19.2.19.4. "Si el inquilino hubiere añadido una puerta, u otra cualquier cosa, al edificio, ¿qué acción tendrá lugar? Y es más verdadero, lo que escribió Labeón, que compete la acción de conducción, para que le sea lícito llevársela; pero de modo que de caución de daño inminente, para que, quitándola, no empeore en algo la condición de la casa, sino que devuelva a la casa su primitivo aspecto."

impensas, se le autoriza para retirar las mejoras voluptuarias, sin con ello causarle ningún perjuicio al bien.

Ahora bien, la clasicidad de este texto es discutida por la romanística, pues aunque encuentra a favor de ella a MELILLO G., MAC CORMACK y MAYER MALY, en otra interpretación, encabezada por PERNICE, se lo considera un fragmento postclásico. Así, este último considera que la única acción de reembolso era la que se concedía en 19.2.55.1⁴⁶², siendo esta una interpolación Justineana, criterio que acogen también PAMPALONI y BIONDI⁴⁶³. Es arriesgado asumir una postura en esta discusión y lo único claro es que para el caso de las mejoras voluptuarias se le reconocía al arrendatario solo la posibilidad de ejercer el *ius tollendi*.

Tanto en el Derecho colombiano como en el español, el criterio para el reembolso de las mejoras útiles y voluptuarias es muy restringido, tal y como se verá en un título posterior.

1.4.3. REEMBOLSO DE LAS MEJORAS

Para lograr el reembolso de las impensas, el arrendatario tenía, según las fuentes, dos caminos, la *deductio mercedis o retentio*, y la *actio conducti*.

⁴⁶² D.19.2.55.1. "Si en el fundo tomado en arrendamiento el arrendatario hubiere con su trabajo aumentado, o edificado, o establecido alguna cosa por necesidad o por utilidad, no habiéndose convenido esto, puede ejercitar contra el dueño del fundo, para recobrar lo que gastó, la acción de conducción."

⁴⁶³ *ibid.*, p. 235.

a. *Deductio mercedis o retentio*

Para entender la oportunidad y viabilidad de la *deductio mercedis*, se debe hacer un análisis conjunto de Gayo 4.61., de innegable procedencia clásica, con el texto de Papiniano inserto en el fragmento D.43.10.1.3., de carácter justiniano:

*G.4.61. continetur, ut habita ratione eius, quod inuicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum cum, cum quo actum est, condemnare.*⁴⁶⁴

*D.43.10.1.3. (Pap., libro único, ed.) construat autem vias publicas secundum propriam domum unusquisque, et aqueductus purget, qui sub dio sunt; et construat ita, ut non prohibeat vehiculum transire. Quiquaque autem mercede habitant si non construat dominus, ipsi construentes computent dispendium in mercedem.*⁴⁶⁵

Los dos textos justifican que el gasto hecho por el arrendatario pueda ser deducido del alquiler, pudiéndose de este modo hacer efectivo el

⁴⁶⁴ Gayo 4.61. "Se contiene, de forma que, teniendo en cuenta lo que el demandante a su vez debe prestarle en virtud de la misma causa, condene al demandado en la diferencia."

⁴⁶⁵ D.43.10.1.3. "Pero construya cada uno las vías públicas del frente de su propia casa, y limpie los acueductos que están al descubierto; y constrúyalas de modo, que no impida que pasen los vehículos. Más los que habitan pagando alquiler, si no las construyera el dueño, computen, construyéndolas ellos mismos, el gasto en el alquiler."

reembolso de las impensas. Procesalmente, dicha compensación se podía efectuar en el momento en que el arrendador demandara al arrendatario por los cánones, esgrimiendo la *exceptio doli* para realizar la compensación y, así, paralizar la acción del arrendador. Esta interpretación ha sido aceptada tanto en época clásica como en Justiniano, según los textos reseñados⁴⁶⁶.

b. Actio conducti

El ejercicio de esta acción se encuentra estipulada en el texto D.19.2.54.1., según el cual el arrendatario podía optar por demandar al arrendador por medio de la *actio conducti* para lograr de este modo el reembolso de las mejoras. Es de advertir que aunque este procedimiento, de acuerdo con los textos, es viable en época de Justiniano, se discute si en la época clásica era igualmente aplicable.

Para BIONDI, en la época clásica no se podía usar ninguna acción para el reembolso de las mejoras, sino que solo se admitía la *deductio*, porque fue con Justiniano que se crearon las acciones de reembolso (D.5.3.50.1; D.25.1.5.2); además, el fundamento de la acción es la restitución de la cosa, y si no existe la restitución, no hay posibilidad de exigir los gastos. Algo similar es lo que ocurre en el caso de la acción reivindicatoria, en donde el enriquecimiento ocurre al momento de restituir la cosa al dueño, no antes, de modo que sin

⁴⁶⁶ GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, M. T., *Las Impensas...*, *op.cit.*, p. 235

restitución no hay derecho a pedir mejora, una argumentación que demostraría como D.19.2.54.1 esta interpolado en este punto⁴⁶⁷.

Otro sector de la doctrina⁴⁶⁸, al cual nos acogemos por considerar, en nuestra opinión, como el más acertado, sostiene que en época clásica las dos soluciones eran compatibles, porque en las relaciones contractuales no era necesaria la restitución de la cosa para solicitar las mejoras, tal como ocurre con la acción reivindicatoria. Esto se debía a la existencia de una relación contractual obligatoria entre las partes, cuestión que no se presenta en el caso de las acciones reales, y, además, por la vinculación de la acción con el esquema *uti-frui – merces*.

En efecto, como se ha mencionado con anterioridad, el reembolso de las mejoras iba ligado al uso y disfrute de la cosa. Si se llegare a admitir que el uso de la acción emanada del contrato no es posible, se estaría desnaturalizando el contrato de arrendamiento y generando un desequilibrio contractual dentro del sinalagma *uti frui-merces*.

Por lo tanto, continuando con el análisis sobre la veracidad clásica del texto, se puede concluir que D.19.2.5.4.1 no está interpolado en la facultad que le da al arrendatario de usar la acción para lograr el

⁴⁶⁷ BIONDI, B., *Iudicia Bonae Fidei*, en Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo Vol. VII, 1920, pp. 140 ss, citado por GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, M. T., *ibid.*, pp. 99, 235 a 238.

⁴⁶⁸ GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, M. T., *ibid.*, pp. 235 ss. Quien después de analizar las críticas de BIONDI, llega a la conclusión que ambas soluciones eran compatibles en época clásica.

reembolso de las mejoras, de tal forma que la *deductio mercedis* y la *actio conducti* eran dos mecanismos compatibles para lograr el reembolso de las impensas que se hubiesen realizado dentro del sinalagma propio del contrato, tal como se manifestó con anterioridad. La interpolación recaería en aceptar en todos los eventos la restitución de las mejoras útiles, sin establecer en cada caso su verdadero beneficio al predio objeto del arriendo.

1.4.4. LAS MEJORAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

En la legislación colombiana, la clasificación de las mejoras que se presenta es la misma que la que se encuentra en el Derecho romano. Es así como, el artículo 1985 del Código Civil, el cual se refiere a las mejoras necesarias, señala que:

La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer, durante el arriendo, todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario. Pero será obligado el arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones.

Por lo tanto, según el artículo antes transcrito, en la legislación colombiana la regla es que el arrendador debe realizar todas las mejoras necesarias sobre la cosa arrendada, al igual que en el Derecho romano.

Sin embargo, en el inciso segundo vemos una excepción a dicha regla, cuando al momento de la celebración del contrato eran mejoras locativas, pero por culpa del arrendatario se convirtieron en reparaciones necesarias, caso en el cual las reparaciones necesarias son a cargo del arrendatario, por haber dado lugar a ellas. Adicionalmente, en la parte final de la normativa, se señala que esta es una norma supletiva, por lo que admite pacto en contrario. En definitiva, interesa observar de lo anterior que el esquema de las mejoras necesarias en el Derecho actual fue realizado según los lineamientos establecidos por el Derecho romano.

En cuanto a las mejoras útiles, están reguladas en el artículo 1994 del Código civil, de la siguiente forma:

El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté

dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales , considerándolos separados.

Podemos advertir que la regulación actual del reembolso de las mejoras útiles en el contrato de arrendamiento es diferente del Derecho romano en época clásica, porque mientras en el Derecho romano clásico solamente se reembolsaban las mejoras útiles que se causaran por la ejecución del *uti frui licere*, actualmente el arrendador no se obliga a reembolsar las mejoras útiles que realice el arrendatario, salvo las que expresamente se hayan pactado.

Sin embargo, también hallamos diferencias con respecto al reembolso de las mejoras útiles en época postclásica, teniendo en cuenta que en este último se reembolsan todas las mejoras útiles, salvo que se pacte lo contrario. En cambio, en la actualidad, únicamente se presenta el reembolso de las mejoras si estas están previamente pactadas. Cabe añadir que en aquellos casos en los que no se haya pactado el reembolso de las mejoras útiles, en la actualidad, el arrendatario tiene el Derecho a ejercer el *ius tollendi*, o sea a retirar las mejoras del bien sin destruirlo⁴⁶⁹.

Como último comentario, podemos recalcar lo señalado por A. VALENCIA ZEA acerca de cómo esta norma establece que el arrendador no está obligado a realizar las mejoras útiles, pero en

⁴⁶⁹ BONIVENTO FERNÁNDEZ, J. A., *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, I (18ª edición), Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2012, pp. 358 y 359.

caso que las realice el arrendatario, el arrendador debe indemnizarlas con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado por parte de éste con las mejoras⁴⁷⁰.

Resulta interesante la anterior discusión sobre el reembolso de las mejoras útiles, porque se trata de dos posturas que pueden enmarcarse, si la enfocamos desde el Derecho romano, la una como la defensa del esquema clásico, mientras la otra, acoge lo propuesto por Justiniano. Un ejemplo más de la huella que en el actual sistema jurídico colombiano ha dejado el Derecho romano.

Antes de abordar otro tipo de mejoras mencionadas por el Código Civil colombiano, interesa observar que en cuanto a las mejoras voluptuarias, estas no se encuentran reguladas de manera expresa en la legislación colombiana. Ante esta situación, la Doctrina ha optado por darle aplicación al artículo de las mejoras útiles, de tal forma que solo se le reconoce el Derecho al *ius tollendi* al arrendatario que las introduzca en el bien.⁴⁷¹

Como ya lo hicimos notar, en el Derecho colombiano se encuentran mejoras adicionales a las ya mencionadas, más concretamente, nos referimos aquí a las llamadas reparaciones locativas. Su regulación se halla en el artículo 198 del Código Civil, el cual señala:

⁴⁷⁰ VALENCIA ZEA, A., *Derecho civil. De los contratos*. IV, Séptima edición, Editorial Temis. Bogotá, 1998, pp. 232 y 233.

⁴⁷¹ BONIVENTO FERNÁNDEZ, J.A., *Los principales contratos civiles...*, *op.cit.*, p. 359.

El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas. Se entiende por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general, las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se produce por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabros de paredes, o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.

De acuerdo con lo anterior, las reparaciones locativas son aquellas que normalmente deben efectuarse cuando el deterioro se causa por la culpa o dolo del arrendatario en el uso de la cosa. En caso de no repararse, estas podrían llegar a convertirse en mejoras necesarias que quedarían a cargo del arrendador. Por esta razón, esta clase de mejoras se podrían a enmarcar en el Derecho romano bajo el principio que el arrendatario debía indemnizar al arrendador por cualquier perjuicio que se le causare a la *res locata*.

1.4.5. LAS MEJORAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como es sabido, el Derecho español sigue el criterio del Derecho romano en cuanto que establece para el arrendador la obligación de abonar al arrendatario los gastos en los que este último haya incurrido por la realización de mejoras en la cosa arrendada. Ahora

bien, podemos afirmar que el Código Civil español no trata el tema con la minucia con la que lo hace la legislación colombiana, una circunstancia que, como bien afirma CASTÁN⁴⁷², no es más que una consecuencia del principio general consignado en el artículo 1258⁴⁷³.

En materia del contrato de arrendamiento, el art. 1573⁴⁷⁴ nos remite expresamente a la regulación que el código trae para el usufructo en el Art. 487 donde se dispone:

El usufructuario podrá hacer en los bienes objeto de usufructo las mejoras útiles o de recreo que tuviere por conveniente, con tal que no altere su forma y su sustancia; pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá, no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes.

De lo anterior se puede concluir, entonces, que la regulación en la materia es más jurisprudencial que legal, encontrándose en este sentido diversas sentencias del Tribunal Supremo que interpretan esta obligación como lo veremos a continuación.⁴⁷⁵

⁴⁷² En PUIG PEÑA, F., *Arrendamiento, op.cit.*, p. 843.

⁴⁷³ Art. 1258.- "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al consentimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

⁴⁷⁴ Art. 1573.- "El arrendatario tendrá, respecto de las mejoras útiles y voluptuarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario".

⁴⁷⁵ PUIG PEÑA, F., *Arrendamiento, op.cit.*, p. 843.

En cuanto a las mejoras útiles o de recreo, no existe la obligación de reembolsarlas si esto no está estipulado dentro del contrato (Sentencia de 20 de abril de 1901), en especial si obedecen a exigencias gubernativas (Sentencia del 7 de febrero de 1920). Aun así, se debe permitir al arrendatario retirarlas, siempre que pueda hacerlo sin alterar la forma y sustancia de la cosa arrendada, esto es, dejándola en el mismo estado en que le fue entregada, a tenor del ya reseñado art. 487 del Código Civil. Pero si el arrendatario arranca de manera violenta las mejoras realizadas en el inmueble, según Sentencia de 16 de enero de 1906, el arrendador puede ejercitar las acciones policivas para impedirlo, sin descartarse que pueda el arrendatario estar incurso en un delito por daño en cosa ajena.

Con el estudio de los casos colombiano y español en relación a las mejoras, finalizamos este segmento en el que, recapitulando, han quedado explicadas las obligaciones del *locator* y su situación en condiciones normales, así como se ha mencionado brevemente lo que ocurre al mediar la venta de la *res locata*, figura que se estudiará con más detalle en el título correspondiente a las causas de terminación del contrato de arrendamiento.

2. OBLIGACIONES DEL CONDUCTOR⁴⁷⁶

En otro orden de cosas, compete atender ahora las obligaciones del *conductor*, análisis que presenta como punto de partida el D.19.2, sobre el cual debe tenerse en cuenta, además, el hecho de que más de 22 fragmentos revelan serias alteraciones que, como anota LONGO⁴⁷⁷, pone en evidencia como en el *Corpus Iuris* figuran de manera dominante ciertos principios de política legislativa, para lograr la unidad y armonía de las obras reunidas, en concepto de los compiladores⁴⁷⁸.

En cuanto al *conductor*, debe decirse tiene por obligaciones, en síntesis, lo siguiente: la restitución de la *res locata* al final del contrato; el pago de la *merces*⁴⁷⁹ correspondiente al uso y goce

⁴⁷⁶ Art. 1555 C.C.E.- "El arrendatario esta obligado: 1° A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos; 2° A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra; 3° A pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato. El Código Civil colombiano, expresa similares obligaciones en artículos sucesivos solo que con más detalle y casuismo, como lo veremos a continuación. Art. 1996.- "El arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato; y no podrá, en consecuencia, hacerla servir a otros objetos que los convenidos, o a falta de convención expresa, a aquellos a que la cosa es naturalmente destinada, o que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país. Si el arrendatario contraviene a esta regla, podrá el arrendador reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios, o limitarse a esta indemnización, dejando subsistir el arriendo." Art. 1997.- "El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. Faltando a esta obligación, responderá de los perjuicios; y aún tendrá derecho al arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro." Art. 2000.- "El arrendatario es obligado al pago del precio o renta. Podrá el arrendador, paraseguridad de este pago y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, y se entenderá que le pertenece, a menos de prueba contraria".

⁴⁷⁷ LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, pp. 379 ss. Ciertamente interpolados, algunos del tit II, lib. XIX: fragmentos 8, 8.1, 9.6, 10, 15.2, 15.4, 15.7, 19.3, 19.4, 19.5, 24.4, 27.1, 28.1 y 2, 30, 29, 33, 55.2, 60 entre otros.

⁴⁷⁸ Respecto de la forma como se construyó el Digesto, es de suma importancia la obra de MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Reconstrucción del Index*, *Revista General de Derecho Romano*, N° 19, 2012.

⁴⁷⁹ *ibid.*, p. 380.

efectivo y completo de la cosa⁴⁸⁰; la restitución de la cosa por incumplir el pago del canon; a usar la cosa de acuerdo con su naturaleza o con la *lex contractus*; y, en caso de usarla en forma indebida, se obliga al resarcimiento de los daños.

Debe aclararse también, que los aspectos de la *vis cui resistit non potest*, de la *vita ex ipsa re* y del *periculum locatoris*, que se relacionan íntimamente con la reducción o el perdón de la *merces*⁴⁸¹ se tratará más adelante. Por ahora, se analizará la obligación de usar la cosa de acuerdo con su naturaleza o con lo convenido, y aquella otra que consiste en el pago de la *merces*, para tratar luego el tema de la responsabilidad.

2.1. Usar la cosa de acuerdo con su naturaleza o con lo convenido

El *conductor* debe usar la cosa conforme a la *lex contractus*, pero atendiendo además a utilizarla de acuerdo a la naturaleza propia de la *res locata*, pues de lo contrario, el arrendatario deberá responder de los deterioros sobrevenidos a la cosa por el uso diverso que se le haya dado, es decir, en contraposición a la función a la que ha debido ser destinada de acuerdo a su naturaleza y potencialidad⁴⁸². Así se

⁴⁸⁰ Sobre la *merces* se ha hablado ya, al haber explicado sus características y la sospecha respecto a la autenticidad de la regla *merces in numerata pecunia*; aquí se vuelve sobre ella, y sobre todo, con respecto al problema de la *remissio mercedis*.

⁴⁸¹ VISKY, K., *I contratti di...* *op.cit.*, pp. 98 ss; D'ORS, A., *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 556.; D.19.2.15.4; 15.7; 33 *in fine*, interpolado; 27 pr.

⁴⁸² "Egli risponde pertanto dei deterioramenti avvenuti nella cosa, per un uso che ne abbia fatto diverso da quello a cui essa dovesse essere destinata giusta la sua natura e potenzialità; o per

halla expuesto en un pasaje tomado del libro III de los Digesta de Alfeno, en el cual el *conductor* ha sometido al animal a una carga mayor de la fijada o de la que pudiese resistir hasta hacerla reventar, recogido en:

D.19.2.30.2. Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, quum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione; respondit, vel lege Aquilia, vel ex locato recte eum agere; sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato, etiamsi alius eas rupisset, cum conductore recte agi.

Otro caso de uso indebido, que se señala a modo de ejemplo, está en un texto de Paulo, tomado del libro XXI de comentarios al Edicto, en donde se menciona el caso del siervo herido por su arrendatario y que otorga al arrendador la acción de la ley Aquilia y la de la locación, a opción del locador, según se encuentra consignado en el siguiente texto,

D.19.2.43. Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis aquilae et ex locato actio est; sed alterutra contentus actor

un'alterazione da lui arrecata all'entità económica della cosa, con un suo atto di avversione o d'inversione, fuor dei termini prefissi contrattualmente al suo diritto al *frui*." COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, p. 53. El Código Civil colombiano dispone en el Art. 1997: "El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia"; para el uso, véase Art. 1996: "... usar de la cosa según los términos o el espíritu del contrato..."; a su vez, el Código Civil español, en su Art. 1555: "... A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra".

esse debet; idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

Asimismo, un caso de uso en forma indebida de la cosa arrendada en relación a un inmueble urbano, estaría señalado en un texto de Javoleno, tomado del libro IX de la doctrina de las obras póstumas de Labeón y recogido en:

D.19.2.57. Qui domum habebat, aream iniunctam ei domui vicino próximo locaverat; is vicinus, quum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius, quam fundamenta caementicia locatoris erant, conguessit, et ea terra assiduis pluviis inundata, ita pariete eius, qui locaverat, humore praestituto madefacto, aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia ipsa congestio, sed humor ex ea congestione postea damno fuerit; damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit, per quae non extrinsecus alia causa oblata damno quis affectus est; hoc probo.

En el texto antes transcrito, aunque el jurista no se refiere al mal uso, dice que Labeón consideró pertinente la acción de locación, puesto que el arrendatario, "edificando en lo suyo" (*aedificaret in suo*), amontonó tierra en mayor altura que los cimientos del

arrendador, y con las lluvias sucesivas, reblandecida la pared, se desplomó. Ciertamente, se evidencia un mal uso por el amontonamiento indebido y además prolongado en el tiempo, ya que el fragmento bien explica que "... *el daño no lo causó la misma tierra amontonada, sino la humedad producida después por el amontonamiento*", una situación que COSTA interpreta como un claro ejemplo de uso indebido⁴⁸³.

Retomando el tema de la autonomía de la voluntad para que las partes pactaran las condiciones del contrato, se encuentra un pasaje donde queda consignada en forma clara dicha potestad y libertad de las parte al momento de contratar. En el texto, se conviene dar en arrendamiento un fundo con la condición de que, aun cuando hubiese sucedido alguna cosa por fuerza mayor, el arrendatario respondería por ella. Así se dice en un texto de Ulpiano, reseñado a continuación:

D.19.2.9.2. (Ulp., 32, ed.) Iulianus libro quinto decimo Digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut, etiamsi quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto estandum ese.

En cuanto al uso de la cosa de acuerdo con su naturaleza o con lo convenido, este se explica claramente a la luz de D.19.2.25.3, que reseña un texto de Gayo contenido en el libro X de sus comentarios al

⁴⁸³ COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, p. 54

edicto provincial, que es considerado auténtico por cuanto no se conoce crítica al respecto⁴⁸⁴, y que dice:

D.19.2.25.3. (Gai, 10, ed.) Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, no intempestiva cultura deteriore fundum faceret; praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat.

En este fragmento se considera que el *conductor* debe hacerlo todo conforme al contrato de arrendamiento, además de tener que hacer en tiempo las labores del campo para evitar el deterioro del fundo, esto es, usar la cosa de acuerdo con su naturaleza. De hecho, es innegable que un fundo no usado conforme a las costumbres propias del campo, o un cultivo mal llevado producirán el deterioro de la tierra arrendada, lo cual le hará perder valor y, en consecuencia, deteriorará el patrimonio del arrendador.

2.2. Pagar la *merces*

Sobre la *merces*, hasta este punto se ha analizado esta figura, de manera general, como un elemento esencial del contrato. Ahora se

⁴⁸⁴ En cambio el párrafo 2° del mismo fragmento se cree interpolado desde "... certe... a... est", en "quoque" y de "Eadem... restituat". Al respecto, véase LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, p. 382.

hace necesario tratar el tema con referencia a la que es, sin duda, la obligación más importante del arrendatario, es decir, el pago de una renta, *pensio* o *merces*. Por consiguiente, será necesario detenerse por un momento para analizar dicha obligación con respecto a su contenido, a sus matices en las fuentes, y a la forma como se debe desarrollar el pago.

En principio, el *conductor* debe pagar la *merces*⁴⁸⁵ como retribución por el uso y disfrute concedido por el arrendador de una cosa determinada. El momento oportuno para ello usualmente se establece de mutuo acuerdo por las partes⁴⁸⁶. Las fuentes evidencian que el pago del precio o merced, se relaciona estrechamente con el uso y goce de la cosa arrendada, determinando dicho disfrute las condiciones del pago⁴⁸⁷. En el fondo se trata de la articulación del esquema *merces – uti frui* que, según FIORI, aparece ligado a las diversas formas en que puede lograrse el goce, teniendo presente

⁴⁸⁵ Gayo 3. 142; GUARINO, A., *Diritto privato romano, op.cit.*, p. 807; LONGO, G. *Questioni esegetiche, op.cit.*, pp. 687 ss.; LONGO, G. *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, pp. 388 ss.

⁴⁸⁶ A este respecto VISKY, K., *I contratti di...*, *op.cit.*, p. 677, afirma que en esta relación era decisiva la posición económica más favorable y mas fuerte, esto es, aquella parte que podía influir en las condiciones contractuales; BURDESE, A., *Manuale di Diritto...*, *op.cit.*, pp. 464 ss: "la obligación típica de una de las dos partes contratantes es siempre aquella de pagar la merces, se discutía en Derecho clásico si ella podía consistir en cosa distinta del dinero, cuestión resuelta en sentido negativo por Justiniano."

⁴⁸⁷ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico, op.cit.*, p.521; GUARINO, A., *Diritto Privato Romano, op.cit.*, p. 807; LONGO, G., *Questioni esegetiche, op.cit.*, p. 688; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op.cit.*, p. 369; LONGO, G., *Sull regime delle obbligazioni... op.cit.*, pp. 388 ss.; BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano, op.cit.*, p. 680; BETTI, E., "Periculum", *problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, en Studi in Onore di Pietro De Francisci I, Vol. Primo, Giuffrè Editore, Milano, 1956, parágr. 171.1; BETANCOURT, F. *Derecho romano Clásico, op.cit.*, p. 7; KASER, M., *Derecho romano privado, op.cit.*, p. 472; JORS, P., KUNKEL, W., *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 389; TAFARO, S., *Regula e ius Antiquum in D.50.17.23*, Cauca Editore, Bari, 1985, p. 273.

que las partes pueden variar, según su voluntad, los términos de la relación dentro del esquema obligacional fundamental⁴⁸⁸.

Un pasaje que caracteriza y asegura el carácter innegable del sinalagma entre uso y merced, lo encontramos en un fragmento tomado del libro XXXII de comentarios al edicto de Ulpiano, recogido en:

D.19.2.19.6. Si quis, quum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sexmenses ruerit, vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis, rectissime Mela scripsit, ex conducto actione repetitum, non quasi indebitum condiciendum...

Este pasaje clásico, trata del pago anticipado por el uso de una habitación que luego resulta afectada por un incendio, estableciendo que se debe el pago en proporción al tiempo de uso; a su vez, hace una interesante distinción entre el pago por error y el pago anticipado, con una referencia a la acción de conducción para la repetición de lo pagado por el tiempo restante en que la habitación no fuere usada.

⁴⁸⁸ FIORI, R., *La definizione della locatio...*, *op.cit.*, p. 631 s.s, para este autor, el sinalagma *merces – uti frui* opera como criterio unificador del contrato; LONGO, G., *Questioni esegetiche op.cit.*, p. 690, habla de la ecuación *necesaria* de *merces* y *pecunia* en la locación.

Otro texto, que refleja también de manera concreta la correspondencia entre el disfrute de la cosa y el pago del precio del arrendamiento, se encuentra en un texto de Alfeno del libro III del Digesto compendiado por Paulo:

*D.19.2.30.1. Aedilis in municipio balneas
conduxerat, ut eo anno municipes gratis
lavarentur; post tres menses incendio facto (3),
respondit, posse agi cum balneatore ex conducto,
ut pro portione temporis, quo lavationem non
praestitisset, pecuniae contributio fieret.*

En el texto se relata el caso de un Edil que había tomado en arrendamiento unos baños para que se lavasen con balde los ciudadanos del municipio. Pero habiéndose producido un incendio después de tres meses, se respondió que podría ejercitarse contra el bañero la acción de conducción para la compensación del precio a proporción del tiempo en que no se hubiere usado los baños.

En el mismo sentido, un pasaje de Africano, tomado de su libro VIII de *Quaestiones* y recogido en D.19.2.33., presenta otro supuesto de hecho en donde se afirma que si se hubiere confiscado el fundo que se hubiere dado en arrendamiento, se debe restituir el alquiler pagado con anticipación, durante el tiempo en que no pudo disfrutar del inmueble. Dice el texto:

D.19.2.33. Si fundus, quemmihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto,... ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim...

Ahora bien, dada la incidencia del riesgo en el contrato de arrendamiento y, por ende, en la obligación de pagar la renta por parte del arrendador, se debe proceder, en este punto, a hacer una especial referencia al *periculum*, o sea, al riesgo de perecimiento o deterioro de la cosa por causas ajenas a los contratantes. Lo anterior nos lleva a plantear el siguiente interrogante: ¿debe el arrendatario pagar la renta en todo caso, aunque no haya podido ejercitar el Derecho de uso y disfrute de la cosa arrendada?

Para responder esto último, es necesario entrar a analizar en detalle cuáles son las secuelas que deja la aparición del riesgo sobre el contrato de arrendamiento, teniendo en cuenta que para afrontar dicho riesgo se recurrirá a la *remissio mercedis* o la *deductio*, puesto que es el *locator* quien responde por el *periculum*; de ahí que este último reciba el calificativo de *periculum locatoris*, tema se abordará, a continuación de la obligación del arrendatario de restituir la cosa.

5.2.3. RESTITUCIÓN DE LA COSA

Como una de las obligaciones propias del *conductor* se encuentra la de la restitución de la cosa. Como lo hemos señalado a lo largo este

trabajo, esta obligación consiste en la devolución de la cosa locada en sí misma. Es decir, el *conductor* deberá devolver al arrendador la cosa que le fue dada en arriendo debido a que él no es dueño y por el contrario reconoce el dominio ajeno. Esta restitución deberá hacer bien al tiempo convenido, por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y por las causales de extinción del arrendamiento.

En época postclásica, una Constitución imperial del Emperador Zenón, que se recoge en C.8.4.10., equipara la resistencia del arrendatario a devolver el fundo al término del contrato de arrendamiento, a un delito castigado con la pena prevista para los invasores de la posesión ajena⁴⁸⁹.

3. PERICULUM

En relación al *Periculum*, que, como hemos mencionado antes, es el riesgo de perecimiento o deterioro de la cosa en la *locatio rei*, se debe distinguir, como premisa de su análisis, entre las siguientes situaciones:

⁴⁸⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 313.

- a) Responsabilidad contractual típica de la relación obligatoria en cuestión⁴⁹⁰;
- b) Extensión pactada de tal responsabilidad, mediante asunción convencional de ciertos riesgos: asunción, esto es, de garantía en caso de verificación de las hipótesis;
- c) Extensión automática de esa responsabilidad (“traspaso del riesgo”), operada por la mora del deudor;
- d) Repartición del riesgo contractual (*periculum* en sentido técnico) según un criterio típico de la relación obligatoria en cuestión. Este último será del que nos ocuparemos, específicamente respecto de su injerencia en la *locatio rei*.

Con referencia a las diferentes situaciones en que se origina la responsabilidad contractual, BETTI explica que el criterio directivo en torno del orden lógico en que van examinadas las cuatro cuestiones, es la subordinación de la última a las tres precedentes, y de cualquiera de ellas a aquella que, en el orden arriba indicado, la precede⁴⁹¹. En consecuencia, se debe tener claro que, sólo después de haber excluido la imputabilidad del incumplimiento, esto es, después de haber resuelto las cuestiones a, b, y c, tiene sentido

⁴⁹⁰ BETTI, E., “*Periculum*”, *problema del rischio contrattuale...*, *op.cit.*, p. 136, el maestro italiano recuerda que no debe olvidarse que la responsabilidad típica, siendo propiamente responsabilidad por incumplimiento de la obligación y relacionándose con la imputabilidad del incumplimiento, se configura en modo distinto según el tipo de relación obligatoria de que se trate, o sea según la “lógica interna de la obligación”, obligación que puede ser de contenido valorada a la luz de una *bona fides* o una *diligentia*; o puede ser una obligación de resultado (un *opus* o un *restituere* – como en la *locatio*); o puede ser una obligación de garantía (*praestari*).

⁴⁹¹ *ibid.*, p. 135.

proponerse la cuestión del riesgo contractual, o *periculum* en sentido técnico⁴⁹², y la problemática de su distribución.

En este sentido, en el tipo de locación que estudiamos, la distribución del riesgo debe observarse a la luz del criterio de una rigurosa interrelación entre las prestaciones correlativas de las partes⁴⁹³, de tal manera que cuando la obligación deviene incumplida desde uno u otro aspecto del negocio, se da un incumplimiento, en principio, imputable al deudor. Sólo cuando nos hallamos más allá de la responsabilidad por culpa o custodia es que hablamos de *periculum*, esto es, cuando las consecuencias del incumplimiento de la prestación, por imposibilidad sobrevenida, deben ser asumidas por una de las partes de la relación contractual.⁴⁹⁴

Ahora bien, si el *periculum* en la *locatio rei* alude a aquella circunstancia nociva a los intereses contractuales, causada por un

⁴⁹² *ibid.*, p. 136. También debe tenerse claro, que el examen de la cuestión presenta serias dificultades dado que, como dice BETTI, en el estado de las fuentes, se aumenta, el peligro de confusión entre uno y otro orden de la cuestión, por el hecho de que en textos en los que originalmente era tratada la cuestión de la responsabilidad contractual típica, los Bizantinos tienden a convertir tales cuestiones en cuestiones de riesgo, y viceversa, textos que trataban de cuestiones de riesgo, van sometidos a una *duplex interpretatio* en el sentido que, para el derecho justineano, aquélla (cuestión riesgo) se convierte en una cuestión de responsabilidad contractual, por ejemplo, la responsabilidad contractual del arrendatario hasta la aprobación de la obra se configura como cuestión de riesgo en D.19.2.36 pr., a la vez que en I. 3.23.3 la responsabilidad en una de sus obligaciones parece observarse como cuestión de riesgo (siguiendo a BETTI, ALEMÁN MONTERREAL, A., *El Arrendamiento de servicios en el Derecho romano*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Almería, 1996, p.101). Lo anterior, unido al argumento según el cual la jurisprudencia clásica valoró el comportamiento debido tanto en la compraventa como en la "*locatio rei*", a la luz de la *diligentia*; en todo caso, una demostración a profundidad sobre este asunto, sobrepasa los objetivos de este trabajo; para SCHULZ, *Derecho romano clásico*, *op.cit.*, p. 523, el Derecho clásico referente al riesgo fue el siguiente: en la locación de casa, si A tomaba en arriendo por 1 año y transcurridos 6 meses, la casa era destruida por un incendio, el inquilino tenía que pagar solamente el alquiler de medio año, por tanto "*Periculum est locatoris*..."

⁴⁹³ *ibid.*, p. 426.

⁴⁹⁴ ALEMÁN MONTERREAL, A., *El Arrendamiento...*, *op.cit.*, p.108, afirma, sin embargo, que los supuestos de imposibilidad de la prestación son, sin duda, complejos; que no existe un principio o regla de aplicación general, y, que el tipo de obligación juega un papel decisivo en su determinación; ZIMMERMANN, *The Law of obligations...*, *op.cit.*, p. 369 ss; acerca de la posibilidad como requisito de la prestación, y sobre la imposibilidad sobrevenida, véase GROSSO, *Las Obligaciones...*, *op.cit.* p. 90 ss.

evento no imputable ni al *locator* ni al *conductor*, entonces se plantea el problema sobre cómo será distribuida la pérdida por la falta de ejecución o logro de los intereses propuestos. En esta forma de locación, al venir disminuida la disponibilidad de la cosa sin culpa del *locator*, es este quien asume el riesgo de la pérdida; esta es la conocida regla *periculum locatoris*, que nos disponemos a examinar a continuación.

3.1. *Periculum locatoris*

Como se ha dicho antes, disminuida la disponibilidad de la cosa sin culpa del *locator*, se presenta un efecto radical en la obligación de pagarla *merces* por parte del *conductor*, pues la máxima es formulada a favor de éste último, a quien se le exonera de pagar la *merces*.

Respecto de la locación de fundo rústico, es necesario detenerse en la cuestión planteada en un pasaje tomado del libro XXXII, de los comentarios al edicto de Ulpiano, hipótesis que presenta la mayor dificultad, recogido en:

D.19.2.15.2. Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductore aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum,

*graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus ostium fiat; si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur;... Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum colosi esse.*⁴⁹⁵

Este pasaje presenta una serie de proposiciones referidas a *vis cui resisti non potest* y *vitia ex ipsa re, periculum locatoris, remissio mercedis, periculum conductoris* y al final una referencia al *uti frui possit*. Todo ello muestra la dificultad que supone el examen de este pasaje, además de las sospechas sobre su autenticidad⁴⁹⁶ y las dudas, a nuestro juicio, acerca de su estructura argumentativa.

⁴⁹⁵ D.19.2.15.2.- *“Si hubiera sobrevenido la calamidad de un violento temporal, veamos si el arrendador debe ser responsable frente al arrendatario. Dice Servio que de toda violencia que no pueda resistirse deberá responder el propietario frente al colono; por ejemplo de las inundaciones, de los grajos, de los estorninos y de accidentes semejantes... pero si surgen perjuicios originados en las cosas mismas, el daño es para el colono, así si el vino se avinagrarse o las mieses se estropeasen por efecto de gusanos o cizañas. Pero, si con motivo de una plaga hubiera desaparecido todo el fruto no soportará el daño el colono para que no se vea obligado a pagar el arriendo del campo además de haber pedruido la semilla... pero si nada extraordinario hubiere sucedido el perjuicio es para el colono...”*

⁴⁹⁶ Véase para una noción: LONGO, G. *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, pp. 680 ss; FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, pp. 80 ss, según el cual piensan que hay numerosos glosemas o interpolaciones en el pasaje citado; MAYER-MALY, T., *Locatio conductio...*, *op.cit.* 35; KASER, M., *Periculum locatoris*, en SZ. 74, 1957, pp. 155-200; LONGO, G., *Osservazioni critiche sulla disciplina giustiniana della 'locatio conductio'*, en Studi in onore di B. Biondi, II, Milano, 1965; WATSON, A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Clarendon, Oxford, 1965. El pasaje estaría interpolado en la parte final, de *si vero nihil...* hasta *ut frui possit*; no obstante, FIORI afirma que el pasaje ha sido considerado generalmente genuino,

Para BETTI, en la locación de fundo rústico debe distinguirse entre riesgos anormales, que disminuyen la disponibilidad misma de la *res*, y riesgos que, en cambio, entran en el alea normal del contrato⁴⁹⁷, es decir, en sus propias palabras, una distinción entre riesgos imprevisibles y riesgos previsibles, todo esto a la luz de D.19.2.15.2. En este sentido, “las decisiones de los clásicos acerca de la incidencia del riesgo presuponen la distinción, aunque no se de una formulación dogmática”⁴⁹⁸.

En este orden de ideas, se hace necesario referirse a la distinción o contraposición entre *vis cui resisti non potest*, que tendría efecto liberatorio para el *conductor*, y los riesgos inherentes a la cosa, que entran en el alea normal *vitia quae ex ipsa re oriantur* y que son a cargo del arrendatario⁴⁹⁹.

En el análisis de D.19.2.15.2, FIORI enseña que se trata de un fragmento de Servio insertado en el comentario de Ulpiano a la fórmula edictal de la *actio ex conducto*, y que frente a dicho análisis conviene partir de la *distinctio* entre *vis cui resistit non potest* y *vitia ex ipsa re*, sobre la cual se ha discutido mucho⁵⁰⁰. Ulpiano se mueve

aunque no sea posible excluir absolutamente intervenciones prejustinianas. Ver también BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano, op.cit.*, p. 244 n.82.

⁴⁹⁷ BETTI, *ibid.*, p.192, observa riesgos que dependen de eventos extraordinarios imprevisibles cuando no disminuyen la posibilidad de ulterior cultivo del fundo, estos son a cargo del *locator* como acreedor del canon, en el sentido que la falta de cosecha permite al arrendatario solicitar la *remissio* o remisión de la *merces agri* correspondiente.

⁴⁹⁸ BETTI, *ibid.*, pp. 240 ss, para quien la razón está en que, respecto de los riesgos previsibles, el buen agricultor debe tener cuenta en la apreciación comparativa el costo y el rendimiento a la terminación del contrato; respecto de los riesgos imprevisibles, es claro que ellos escapan al deber de previsión y al poder de prevención por parte del arrendatario.

⁴⁹⁹ FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, pp. 81 ss.; BETTI, *ibid.*, p. 426 n.47.

⁵⁰⁰ FIORI, R., *ibid.*, pp. 80 ss., para quien “la cita de Servio no es, seguramente, de primera mano. Lo demuestra un fragmento del pergamino proveniente de Egipto, atribuido paleográficamente al IV siglo d.C., en el cual se encuentra la última parte del parag. 1 y la

en la perspectiva del *praestare rem uti frui liceat*, y en el párrafo 2 el jurista se inclina a considerar el caso en el cual el goce se ha hecho imposible por la intervención de una *vis tempestatis calamitosae*: en tal caso se pregunta si el *locator* está obligado al *aliquid praestare* frente al *conductor*⁵⁰¹.

Aparentemente, en el pasaje, los dos criterios no son homogéneos: la *vis* se califica como irresistible y los *vitia* como internos, de tal forma que, queriendo pensar en una antítesis entre *vis* y *vitia*, sería conveniente pensar en una *vis* irresistible contrapuesta a unos *vitia* resistibles para el colono, es decir, evitables con el empleo de una diligencia normal, o una *vis* externa contrapuesta a unos *vitia* internos.

Esta es la postura de FIORI, quien resalta el valor de la distinción serviana⁵⁰². El mismo autor expresa que, “reexaminando los términos

primera del parag. 2, y después del *videamus* está seguido de un *et refert* que testimonia la presencia de un jurista intermedio, ARANGIO RUIZ creyó que Pomponio, o tal vez uno de los alumnos de Servio.” Este autor considera que el tenor literal del pasaje induce a creer que el pensamiento serviano se ha reproducido en un modo bastante fiel: incluso sustituyendo el *servius ait* de la redacción justiniana con un *et refert Pomponius(?) Servium existimasse*, nos encontramos frente a una difusa cita del jurista republicano, construida sintácticamente con una cadena de proposiciones objetivas. Sobre aspectos más profundos: FIORI, R., *ibid.*, p. 81 n. 53 y 54.

⁵⁰¹ *ibid.*, pp. 81 ss.: “Es a este punto que viene citado Servio. No sabemos si la primera frase del parag. 2 (*Si vis videamus*) sea la respuesta de una *quaestio* hecha al jurista republicano”; al autor italiano no le parece imposible la hipótesis según la cual el jurista que reproduce el pensamiento serviano -Pomponio o el mismo Ulpiano- intentó destacar del *responsum* su contexto práctico y para ello habría suprimido la *quaestio*; en fin, dice este autor a quien hemos seguido desde el inicio de la investigación, que la parte de la respuesta que se observa, “reproduce una estructura argumentativa que responde a un esquema común en las respuestas servianas”.

⁵⁰² *ibid.*, p. 85 especialmente notas 71 y 72; este es el análisis que acogemos: WATSON, *The Law of Obligations...*, *op.cit.*, cit. por FIORI, plantea la alternativa según la cual el *dominus* soportaría el *damnum* cuando intervenga una *vis* irresistible, mas no cuando los *vitia* se desarrollen *ex ipsa re*; en el mismo sentido el autor indica que SEAGER, R., *Of Vis and Weeds: D.19.2.15.2 and 19,2,19,1*, en SDHI 31, 1965, considera que la *vis* sería siempre *extraria*, y habría de distinguirse en *vis cui resisti non potest* y *vis cui resisti potest* (ésta última no mencionada en el pasaje, pero tenida presente por Servio); los *vitia*, extraños al problema, habrían sido adjuntados para indicar los efectos de la *non-externalvis*. Por lo demás, resulta interesante resaltar la postura de WATSON, citado por FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*,

del problema, se debe resaltar que la expresión *vis cui resisti non potest* no debe ser considerada sospechosa⁵⁰³, ya que ella es acorde con locuciones del lenguaje retórico que se observa en Cicerón, y con la terminología de juristas un poco posteriores; no debe pensarse necesariamente en sustituir la expresión por otras como *vis maior* o *vis extraria*, pues aquella tiene un insustituible valor semántico.

De la confrontación con otros pasajes, de hecho, se comprende que para Servio, en este tipo de figura, el término *vis* tiene *per se*, sin especificación ulterior, el valor de la *vis extraria* (externa); de tal manera que la expresión de la que hablamos debe ser interpretada como fuerza externa (*vis*) irresistible (*cui resisti non potest*), una fuerza que no solamente no se reconduce al colono, sino que no puede ser evitada⁵⁰⁴.

Ahora examinemos brevemente la noción de *vitia ex ipsa re*, tal como la explica FIORI, a quien hemos seguido de cerca en el análisis de esta materia. Sin embargo, antes de continuar, debe decirse que con respecto a la interpretación de la locución, no hay justificación que

p. 86 n.74, según la cual el *tamen* del pasaje en comento no indica una antítesis entre los dos términos, y que en el segundo criterio se reproduce de algún modo también el primero.

⁵⁰³ Para MOLNAR, I., *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht*, en IURA 32, 1981, cit. por FIORI, *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 86 n.75, la expresión debe ser atribuida a Servio.

⁵⁰⁴ FIORI, *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 86. Con relación a la terminología, FIORI cita a Cicerón *Inv. 2*, 170: *cui nulla vis resisti potest*; vease también D.19.2.13.7 de Ulpiano, un caso de *migratio* que ya fue objeto de análisis respecto de la responsabilidad por custodia, se resalta ahora la parte final de este pasaje, evidencia de *periculum locatoris*: *Sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri* (mas también si no pudo hacerlo saber, no creo que se obligue).

lleve a la lectura de la expresión en el sentido de vicios provocados por la actividad del colono⁵⁰⁵.

Es claro que en la *distinctio* del pasaje que se comenta, el perfil de la resistibilidad tiene un relieve al menos implícito, pues si solo los casos de fuerza irresistible son atribuibles al *locator*, es evidente que los casos de vicios resistibles recaen en la esfera del *conductor*. Se trata, pues, de la que para ZIMMERMANN⁵⁰⁶ puede describirse como *vis noe xterna*, textualmente, "...*sia quam tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si...raucis aut herbis segetes corruptae sint*". Considera este autor que, respecto del daño de la simiente perdida a causa de insectos o hierbas, nos encontramos tratando con un tipo de riesgo que está íntimamente relacionado con el proceso de cultivo, por lo que deberá soportarlo la persona responsable de dicha labor de cultivo, esto es, el *conductor*.

Por otra parte, COSTA⁵⁰⁷ observa en los *vitia ex ipsa re* los vicios del fundo o, dicho de una manera más general, de la *res conducta*, mientras otros autores hablan de vicios de los frutos del fundo

⁵⁰⁵ FIORI, R. *La definizione della...*, *op.cit.* p. 86; ZIMMERMANN, R., *The law of obligations...*, *op. cit.*, p. 371 n.197; BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano*, *op.cit.*, p. 426; para FIORI, R., *ibid.* p. 91, es claro que el hecho de avinagrarse el vino, o haberse estropeado las mieses a causa de insectos o yerbas, puede en abstracto ser determinante de la negligencia del colono, sin embargo, para este autor, no parece concluirse de las respuestas servianas que un perfil como este haya tenido efectivamente relevancia.

⁵⁰⁶ ZIMMERMANN, R., *The law of obligations...*, *op.cit.*, pp. 370 ss., para quien los compiladores postclásicos adhirieron mas casuística para ilustrar la distinción entre dos esferas de riesgo; dice ZIMMERMANN acerca de D.19.2.15.2, acorde con ERNST, W., *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung Rom* 105, 1988, pp. 560 ss. y citado por el mismo ZIMMERMANN, que hubo cambios significativos en el análisis posclásico de la distribución del riesgo, no se basó mas en el "contenido fundamental" del contrato de *locatio conductio* y el "concepto básico" de *vis maior*; el enfoque sería ahora sobre la posición económica del arrendatario: ¿puede él ser llamado a pagar la renta incluso si no le fue posible advertir el incidente? Para una casuística véase Ulp. D.19.2.19.6; Alf. D.19.2.30pr., 1; Alf. D.19.2.27pr.; Lab. D.19.2.60pr.

⁵⁰⁷ COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, pp. 50 ss.

mismo⁵⁰⁸. En relación a la primera interpretación, sobre los vicios del fundo, FIORI opina lo siguiente:

No puede ser acogida pues se pone en contradicción sea con la lógica del negocio – acaso el *conductor* debería, de hecho, gravarse con los daños derivados de una cosa que el *locator* le ha entregado con vicios, sin ninguna responsabilidad para éste-, sea con el dictado de otros pasajes servianos de los cuales emerge el principio opuesto⁵⁰⁹

La segunda perspectiva, aquella sobre los vicios de los frutos, podría tener sustento en uno de los ejemplos servianos, aquel en el cual el vino se avinagra, mas no se adapta al otro, esto es, al de las malas *herbae* que pueden crear un *vitium* irremediable a las *segetes* (mieses) solo en cuanto disminuyen la productividad del fundo, no en cuanto se mezclen en la recogida con las mieses."⁵¹⁰

⁵⁰⁸ En la misma postura de COSTA, *ibid.*, están, según FIORI, *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 92 n.102; NICOSIA, *La Responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, en RISG 92, 1957-1958, p. 407 n.18; KASER, M. *Periculum locatoris*, *op.cit.*, pp. 155-169 n. 47; ANKUM, H., *Remissio mercedis*, en RIDA, serie III, tomo 19, 1972, p 225. También sostiene FIORI que en la interpretación de vicios de los frutos del fundo mismo se encuentran SELL, W., *Ueber die remissio mercedis bei dem Pachtvertrage wegen zufälliger Verhinderung des Früchtebezugs*, en Archiv f. d. civil. Praxis Bd.20, Heidelberg, 1837; SINTENIS, K.F.F., *Das praktische gemeine Civilrecht*, en Arch. F. Civ. Prax, 20, 1837, pp. 188 ss.; SEAGER, R., *Of Vis and Weeds...*, p.331; MIQUEL, J., *Periculum Locatoris*, en ZSS 81, 1964, p. 178.

⁵⁰⁹ Se trata de Serv. Fr. 28 LENEL= UIPág. 32 ad. Ed. D.19.2.19.1, el cual debe verse a la luz de D.19.2.15.2.

⁵¹⁰ FIORI, R., *La definizione della...*, *op.cit.*, p. 92. Importante resulta destacar que FIORI acoge la hipótesis reconstructiva de SITZIA y CAPOGROSSI COLOGNESI, según la cual con *vitia ex ipsa re* Servio aludía a los riesgos intrínsecamente conexos a la naturaleza de la actividad agrícola. FIORI cree seriamente que el término *res* no indica, en la locución, el fundo, sino la entera actividad del *conductor* sobre el terreno. Esta lectura supera la asimetría de los ejemplos servianos para comprender la lógica de la distinción; distinción que en el modo de ver de este

Ahora bien, para dar paso a la segunda parte de nuestro análisis sobre el problema del riesgo, donde exploraremos la *remissio* y la *deductio*, creemos conveniente antes llamar la atención respecto de una lectura de D.19.2.15.2, en el sentido de la normalidad-excepcionalidad de los hechos. De esta manera, tomando en cuenta lo dicho en la la expresión *si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse* ("pero si no hubiere acontecido nada contra la costumbre, el daño es del colono"), se revela el carácter extraordinario de la *vis*, y si no ocurre nada *extra consuetudinem* el riesgo es del *conductor*, planteándose la regla *periculum est conductoris*.

En esta interpretación está de acuerdo FERNÁNDEZ DE BUJÁN al explicar el texto de la siguiente manera:

Así, no procede hablar de *periculum locatoris* en el caso de que pudiera probarse que el hecho fue debido a la fuerza mayor, *vis maior*, ya que en este caso es obvio que será el colono quien soporte el perjuicio. Esto se expresa diciendo: si nada extraordinario hubiera sucedido el perjuicio es para el colono. Por tanto, los supuestos de *periculum locatoris* o el daño por un hecho ajeno

autor italiano, se desarrolla en el sentido de una exposición entre fuerza (externa) irresistible y vicios internos (resistibles). Por otra parte, BETTI, E., "*Periculum*", *problema del rischio contrattuale...*, *op.cit.*, pp. 190 ss, junto con SITZIA, *Periculum Locatoris e remissio mercedis*, en Studi G.D'Amelio, I, Milano, 1978, p. 337 nt.16, y CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998, p. 218, citados por FIORI, R., *ibid.*, p.94 n.109, leen todos los ejemplos según el esquema de la normalidad- excepcionalidad del evento. En esto está de acuerdo FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema contractual romano*, *op.cit.*, p. 307.

al arrendatario, si éste pudo diligentemente haberlo previsto, y consiguientemente evitado, empleando una diligencia media, la responsabilidad es suya.⁵¹¹

3.2. *Remissio mercedis*

Planteada la regla en la forma *periculum est locatoris*, es el arrendador quien asume el riesgo al no poder pretender la *merces*⁵¹², siendo esta medida una de las consecuencias de la distribución del riesgo, o quizá su efecto más importante. Aquí conviene detenerse un momento a fin de señalar que las fuentes del libro 19 título 2 del Digesto con respecto a esta institución, han sido duramente impugnadas por la crítica interpolacionista, según lo cual la *remissio* tendría origen postclásico⁵¹³. Ello se explicaría a causa de la crisis económica y financiera del III siglo, puesto que, como lo refiere ZIMMERMANN, la *remissio mercedis* imperial se ha visto tradicionalmente como un instrumento de política social destinado a ayudar a los arrendatarios en miseria, o como el producto de una

⁵¹¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op. cit.*, p. 307.

⁵¹² En este sentido BETTI, E. *Istituzioni di diritto romano*, *op.cit.*, p. 245 n.82, para quien en tal circunstancia no se trata de responsabilidad sino de una cuestión de riesgo, pues nos encontramos frente a la intervención de un hecho no imputable a ninguna de las partes; el riesgo lo asume el arrendador si el evento no es imputable a él, pues si lo fuera, sí sería una cuestión de responsabilidad y el *locator* se vería obligado a resarcir al *conductor* el daño en la medida del interés positivo, pues es su obligación procurar el *uti frui licere*.

⁵¹³ Según VISKY, K., *I contratti di...*, *op.cit.*, p. 685, "la mayor parte de las fuentes jurídicas en las cuales se trata la remisión y la disminución del canon y las condiciones de dicha remisión, son del III siglo", y la razón de ser de ello se habría presentado a causa de la recesión económica que en el transcurso del mencionado siglo se encontraba *in crescendo*.

política administrativa encaminada a impedir el declive de la agricultura italiana⁵¹⁴.

ZIMMERMANN opina respecto de D.19.2.15.2, junto con DE NEEVE, que si bien se trata de una *exiguitas fructuum*, la *remissio mercedis* sólo puede ser concedida debido a *vis maior*, por lo que una mala cosecha causada por *vis extraria* no es otra cosa que un ejemplo de menoscabo al *frui*. La *remissio mercedis* imperial no fue una institución separada o independiente, ella fue un ejemplo de *periculum locatoris*⁵¹⁵ y, según ZIMMERMANN, este favor no mejoró sustancialmente la posición de los arrendatarios, por lo que no parece haber estado basado en motivos económicos. En definitiva, este autor observa la figura, principalmente, como un asunto de procedimiento.

No es oportuno proceder, en el presente trabajo, al análisis de la discusión terminológica respecto del uso de las expresiones *remissio mercedis* y *deductio ex mercede*, como tampoco sobre si el uso tanto de la una como de la otra corresponde o no a la época clásica. Tan solo se intentará dar una mirada exegética, con ayuda de la doctrina, sobre algunos pasajes que revelan el estado de la cuestión en las fuentes. La mayoría de estos pasajes tratan de la locación de fundos, como se verá a continuación.

⁵¹⁴ ZIMMERMANN, *The law of obligations, ob., cit.* Pág.371 ss., este autor observa la *remissio* como una cuestión de la clemencia imperial, a la vez que reconoce estar tratando con dos institutos: *remissio* y *deductio*, términos estos que asegura no fueron usados con estricto rigor técnico, sin embargo, el autor explica que más en particular, *remissio mercedis* puede referirse a ambos términos, la remisión completa y la remisión parcial de la renta.

⁵¹⁵ ZIMMERMANN, R., *The law of obligations...*, *op.cit.*, p. 373 n.214 (y bibliografía allí citada), según el cual la *remissio mercedis* imperial estaría acorde con el régimen de riesgo posclásico más que con el clásico temprano, como lo expone Servio en D.19.2.15.2; DE NEEVE, 100 ZS 303, 1983, cit. por ZIMMERMANN, *ibid.*, p. 373.

Alrededor del controvertido pasaje de D.19.2.15.2, acerca del cual ya se han hecho varios pronunciamientos, gira también la solución en caso de que el goce de la *res* se disminuya a causa de un hecho no imputable al *conductor*. De esta manera, se nos indica que, en tal situación, este último se exonera proporcionalmente del pago de la *merces*.

Es importante destacar de este texto, además de lo ya comentado con respecto al riesgo y, ahora, a la *remissio*, la expresión *ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur*, la cual, al buscar que sobre el daño de la simiente perdida no haya obligación de pagar el arrendamiento del campo, revela el carácter, por así decirlo, no resarcitorio de la *remissio*. En otras palabras, no se trata allí de *id quod interest*, por lo que se excluye la responsabilidad del *locator* frente a la reparación de los daños ocasionados.

Del mismo fragmento 15 se observa el párrafo 3°:

D.19.2.15.3. *Quum quidam incendium fundi allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: Si praedium coluisti, propter casum incendit repentini non immerito subveniendum tibi est.*⁵¹⁶

⁵¹⁶ D.19.2.15.3. «Alegando cierto individuo el incendio de su fundo y solicitando la remisión de la pensión, se le respondió por rescrito de este modo: « Si cultivaste el predio, no sin razón se te ha de auxiliar por causa de accidente de incendio repentino ».

El texto hace referencia al reclamo de cierto individuo, ante el incendio de un fundo, para que se le hiciera remisión de la pensión, a lo que se le respondió por rescripto: "Si cultivaste el predio, no sin razón se te ha de auxiliar por causa de accidente de incendio repentino". El pasaje muestra una situación que se resuelve a la luz del auxilio al colono o *subveniendum*⁵¹⁷.

Continuando con el fragmento 15, es necesario detenerse en los siguientes párrafos:

*D.19.2.15.4. Papinianus libro quarto
Responsorum ait, si uno anno remissionem quis
colono deberit ob sterilitatem, deinde
sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse
domino remissionem, sed integram pensionem
etiam eius anni, quo remisit, exigendam(...) Quid
tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei
remiserit? Verius dicetur, etsi superiors uberes
fuerunt, et seit locator, non debere eum ad*

⁵¹⁷ Respecto de la idea de una justificación al instituto en estudio para la protección al colono, VISKY, K., *I contratti di...*, op.cit., p. 686, afirma –en relación a lo ya dicho- que el receso de la situación económica llevaba consigo la aplicación siempre frecuente de ese principio que fija las condiciones de la remisión o de la deducción del canon; principio que, en el modo de ver del profesor húngaro, no está tanto en la protección de los arrendatarios, quienes habrían pertenecido a una clase social inferior, sino mas bien en el mantenimiento de la producción agraria, esto es, que fuese asegurada la suficiente disponibilidad de los productos indispensables para la alimentación pública (debe decirse que aquí VISKY –según él mismo- sigue la argumentación de ANKUM, H., *Remissio mercedis*, op.cit., p. 225, y de SCHWIND, F., *Privatrecht*, vol. I, Wien, 1952, p. 71).

computationem vocari.⁵¹⁸ (resaltado fuera de texto).

*D.19.2.15.7.- Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id, quod sua interest, praestabitur; et ita Proculus in procuratore respondit.*⁵¹⁹

Respecto de D.19.2.15.4 y 19.2.15.7. LONGO⁵²⁰, con relación a la *remissio*, afirma que si bien estos pasajes presentan alteraciones, al menos principalmente el instituto tiene raíces romanas.

De cualquier modo, en el primer pasaje, D.19.2.15.4., Ulpiano refiere el pensamiento expreso de Papiniano respecto de la esterilidad; según este parecer, el *locator* podía percibir enteramente la merced si, en los años siguientes a la esterilidad, el rendimiento del fundo entregado en arriendo había sido óptimo⁵²¹. Más aun, se incluye también el caso del *agri vectigalis* para apuntar que se da el mismo tratamiento. Ahora bien, no podría exigirse el pago de la renta si el

⁵¹⁸ D.19.2.15.4: "Dice Papiniano al libro cuarto de las Respuestas, que si por un año hubiere concedido alguno a su colono la condonación de la pensión por causa de esterilidad, y después de los siguientes años hubo abundancia, en nada le perjudica al dueño la condonación, sino que se ha de exigir íntegra la pensión también del año en que la condonó (...) Mas ¿qué se dirá, si el año estéril, en el que se hubiere remitido la pensión, era el último? Se dirá con más verdad, que aunque los anteriores fueron abundantes, y lo sabe el arrendador, no debe ser llamado aquél a hacer computación". Para LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, ob. cit., 392 el texto estaría interpolado de *Quid tamen hasta vocari*.

⁵¹⁹ D.19.2.15.7: "Mas cuando por las causas arriba mencionadas se tiene cuenta de la condonación, el arrendatario no consigue lo que le importa, sino el descargo de la pensión a prorrata; y por último, arriba se declara, que la pérdida de la simiente pertenece al colono."

⁵²⁰ LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni...*, op.cit., p. 391.

⁵²¹ En este sentido, VISKY, K., *I contratti di...*, op.cit., p. 682, según el cual para el año 298 el mismo principio se encuentra en un rescripto del emperador Diocleciano y Maximiano acotado en C.4.65.18, principio que se observa también en C.4.65.8 rescripto del emperador Alejandro, casi un siglo antes.

año estéril hubiese sido el último, así los anteriores hubiesen sido productivos⁵²².

Por otra parte, respecto de D.19.2.15.7., recurrimos a la interpretación de LONGO⁵²³, quien considera que dicho contenido del Digesto es, por completo, una inserción hecha por los compiladores, en aras de resaltar la naturaleza de la *remissio* que, en su derecho, no tiene función de resarcimiento de los daños (*non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata sed*).

Es menester insistir en que el arrendatario no consigue lo que le importa, es decir, no se trata de *id quod interest*, puesto que, y ello debe quedar claro, no es un asunto de responsabilidad sino una cuestión de riesgo. Para enfatizar, nos apoyamos en BETTI, quien lo explica en estos términos: "A diferencia de la responsabilidad por incumplimiento, la incidencia del riesgo sobre la contraparte no significa que no se exonere de la propia obligación"⁵²⁴.

⁵²² ZIMMERMANN, R. *The law of obligations...*, *op.cit.*, p. 375 n.217, opina respecto de este pasaje, que no existe razón para asumir que la solución contenida en D.19.2.15.4 haya sido aplicada sólo a la *sterilitas* o con relación a la *remissio mercedis* imperial.

⁵²³ LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, p.392, quien afirma que este pasaje es un complemento de la exposición hecha por el jurista en el párrafo 4º del mismo fragmento 15. Realizando una lectura en conjunto de los pasajes del fragmento 15 del libro 19 tit. 2, se observa la lógica de la exposición que el jurista, o mejor los compiladores, pretenden hacer de la figura en comento.

⁵²⁴ BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano*, *op.cit.*, p. 427. Este argumento, en nuestro parecer, confirma lo ya comentado, la relación entre la *remissio* y el *periculum*; éste es el riesgo, aquella la incidencia de éste, es decir, una necesaria consecuencia.

A estas observaciones, cabe añadir el siguiente pasaje, en el cual jurisperito, para decidir la cuestión, trae a colación un Rescripto del emperador Antonino Pío (138-161) de la siguiente manera:

*D.19.2.15.5. Quum quidam de fructuum
exiguitate quereretur, non esse rationem eius
habendam, Rescriptum Divi Antonini continetur.
Item alio Rescriptio ita continetur: "Novam rem
desideras, ut propter vetustatem vinearum
remissio tibi detur."⁵²⁵*

De esta manera, aquí se entiende que cuando la exigüidad de la cosecha dependa de la constitución o complexión del fundo, ella no justifica una remisión. Asimismo, VISKY asegura la presencia en el Rescripto de una nueva máxima jurídica (*nova res*), y la decisión imperial parece estar fundada en que el arrendatario, al momento de la estipulación del contrato, pudo observar la condición del viñedo y los rendimientos que ciertamente no percibiría⁵²⁶.

Ya en época tardía, las fuentes hablan de otros casos en los cuales el producto de los frutos esperados se destruía a causa de la

⁵²⁵ D.19.2.15.5. "Cuando alguno se quejase de la escasez de frutos, contiéndose en un Rescripto del Divino Antonino, que no se ha de tener cuenta de ella. También se dice de este modo en otro Rescripto: "Pretendes una cosa nueva, para que por la vejez de las viñas se te conceda la remisión de la pensión". Véase también D.19.2.15.3 y C.4.65.8; para ZIMMERMANN, R., *The law of obligations...*, *op.cit.*, p. 372, D.19.2.15.5 muestra que la *remissio mercedis* imperial no va más allá de los confines de la regla del riesgo.

⁵²⁶ VISKY, K., *I contratti di...*, *op.cit.*, pp. 29 ss.; también BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano*, *op.cit.*, p. 427, para quien la diferencia de trato entre riesgos que entran en el alea normal del contrato y riesgos que le exceden, se observa claramente en D.19.2.25.6 referido a la *vis divinam*; para LONGO, G., *Sul regime delle obbligazin...*, *op.cit.*, p. 392, el pasaje contenido en D.19.2.25.6 estaría interpolado desde *alioquin* hasta *partitur*.

inclemencia del tiempo. Una demanda para la disminución del canon se examina en un rescripto imperial acotado en C.4.65.8.⁵²⁷, del cual se asume que el reclamante era probablemente de una provincia oriental del imperio, idea que se desprende de la lectura del pasaje en cuanto a que apela al uso válido que se le diese a algo en la región, o sea, *mos regionis postulat*.

Así, el *conductor* puede, según el Rescripto, solicitar la remisión de una parte de la pensión, en caso de que se haya obligado a pagar ésta con una cierta cantidad de productos de la tierra, a menos que en el contrato las partes hubiesen estipulado o fuese el uso en la región que el daño acaecido después de la inclemencia del tiempo o una causa similar fuese a cargo del arrendatario. En todo caso, deberá mirarse que el daño acaecido sobre los rendimientos a causa de la esterilidad no sea compensado de los rendimientos de los mejores años⁵²⁸.

En este orden de ideas, la remisión de la merced significaba una notable disminución de los ingresos del arrendador, por lo que el Derecho imperial establece como condición más importante que la renta debía ser pagado al *locator*⁵²⁹ cuando, en el futuro, el producto

⁵²⁷ C.4.65.8: *Licet certis annis quantitibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestaytis, vel alea coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerant, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensate non probaduntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur.*

⁵²⁸ VISKY, K., *I contratti di...*, *op.cit.*, p. 30; LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni...*, *op.cit.*, p. 392, quien se manifiesta a favor de la presencia de una interpolación.

⁵²⁹ VISKY, K., *I contratti di...*, *op.cit.*, p. 687.

de los frutos fuese productivo y abundante, todo ello debido a la crisis económica y financiera del III siglo⁵³⁰.

⁵³⁰ Según ZIMMERMANN, R., *The law of obligations...*, *op. cit.*, p. 373, "las reglas romanas relativas a la *remissio mercedis* se aplicaron a través de la historia del *ius commune*"; sin embargo, el autor cree que siempre será dudoso si ellas fueron observadas como emanaciones naturales del régimen del riesgo contractual.

CAPITULO VI

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES

1. LA VOLUNTAD PRIVADA DE LAS PARTES COMO FUENTE DE OBLIGACIONES Y ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA CONTRACTUAL

Después de abordar el tema de las obligaciones de la partes, se considera conveniente un análisis sobre uno de los requisitos de la obligación, como es su exigibilidad, aún de manera coercitiva, en el caso de que se incumplan las obligaciones tanto por el arrendador como del arrendatario, lo que en la doctrina moderna se conoce como la responsabilidad civil en materia contractual.

Interesa observar que esta posibilidad de hacer efectiva la tutela judicial por el contratante afectado por el incumplimiento, fue un desarrollo paralelo y paulatino al avance y perfeccionamiento de las obligaciones originadas en pactos privados llevados a cabo entre las

partes, hasta que estos fueron reconocidos en el *Ius civile* como contratos consensuales y, por consiguiente, fueron dotados de una acción, como someramente lo veremos a continuación.

En este aspecto, y en el análisis del desarrollo de las obligaciones nacidas de los contratos, compartimos la reflexión del profesor F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN sobre el aporte del Derecho romano al concepto de obligación. Siguiendo al profesor A. D'ORS, remonta los orígenes del concepto *obligatio* a los tiempos en que Roma hacía un tratado (*foedus*) con otro pueblo vecino, quedando ambos vinculados por un lazo que se fundamentaba en la *fides*, a saber, forjando una relación muy estrecha pues, "en esta situación, *fides* es algo más que confianza, ya que suponía una actitud de autolimitación, de *religio*"⁵³¹. Y este era el mismo sentido que tenía el acuerdo entre dos *paterfamilias*, donde se comprometían a observar una conducta.

De estos actos nacía, entonces, una *obligatio* cuya infracción era sancionada por una *actio*. Es importante recalcar que esto ocurre cuando surgen los contratos como un acuerdo pacífico y de interés para los contratantes y que son tipificados como tales en las fuentes romanas, ya que este contexto es el que posibilita la instauración de las obligaciones civiles como aquellas que se encuentran protegidas por una acción en concreto: *la legis actio per iudicis arbitrive*

⁵³¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos*, BFD, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, No. 15, 2000, p. 257.

postulationem. Con ello, se nos demuestra que en Roma, y desde sus orígenes, la idea de *obligatio* va estrechamente vinculada a una *actio*.

Sin embargo, pese a dicha tipificación del contrato, no se debe dejar a un lado la función práctico-social que da razón a su existencia. Teniendo esto en cuenta, si se observa, desde un punto de vista sociológico, el desarrollo de los contratos hasta que estos alcanzan su protección en el ordenamiento jurídico, es el acuerdo de las partes el que da origen a las reglas que deben regular el intercambio de bienes y servicios, siempre y cuando estas sean lícitas, es decir, acordes con la normatividad vigente.

Antes de la tipificación de los contratos consensuales en la ley, se tuvieron unas etapas previas de evolución de los pactos que se realizaban en el ámbito del tráfico comercial hasta llegar a convertirse en contratos consensuales reconocidos por el *ius civile*⁵³². Las fases recorridas serían las siguientes:

- i. Pactos, convenciones, acuerdos, etc., realizados en el marco del mercado interno, libres de formalidades y protegidos por la *fides* primitiva.
- ii. Pactos, convenciones, acuerdos, etc., realizados en el marco del tráfico internacional y del *ius gentium*, libres de formalidades, y protegidos por una *fides*, ya evolucionada.

⁵³² Ver al respecto el artículo del profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El papel de la Buena Fe en los Pactos, Arbitrajes y Contratos*, Revista General de Derecho romano IUSTEL, núm. 7, 2010, pp. 1 ss. [Última Consulta 04-11-2015]. Disponible en web: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2010-7-2080/Documento.pdf>>

- iii. *Pacta conventa* protegidos por el edicto pretorio, en la medida en que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, a través de los mecanismos procesales de la *exceptio* y la *denegatio actionis* y que darían lugar, en caso de discrepancias entre los intervinientes, al nombramiento de árbitros por los pretores, *arbitria bonae fidei*, que darían su parecer, *aestimatio* o *arbitrium*, con arreglo a criterios de *aequitas* y *bona fides*.
- iv. Tránsito de los *pacta-conventa* reconocidos y protegidos por los pretores peregrinos en su edicto, al edicto de los pretores urbanos y de éste al ámbito del *Ius civile* como *negotia iuris Gentium* de buena fe, respecto de los cuales se disminuirían las discrepancias que surgieran mediante *iudicia bonae fidei*.
- v. Transformación de los negocios consensuales de buena fe y del *Ius gentium* en la categoría de contratos consensuales (*obligationes consensu contractae*).

De esta evolución merece especial atención el importante papel de la *fides* o la *bona fides*. Esta es entendida como el respeto a la palabra dada y, por consiguiente, el respeto hacia los acuerdos o pactos, sin formalidad alguna, realizados entre ciudadanos romanos o entre ciudadanos y extranjeros. Lo que se quiere resaltar con las fases descritas, es que estas figuras jurídicas, que implican una lealtad recíproca entre los contratantes y, por consiguiente, una buena fe en

la ejecución del contrato, son las que orientan el ordenamiento jurídico de la comunidad política de los primeros tiempos de Roma.

Por consiguiente, su coercibilidad no depende del accionar del aparato jurisdiccional, sino de la voluntad de las partes de honrar la palabra dada al obligarse y cumplir con lo acordado, temiendo más la sanción moral (religiosa) o social que la misma consecuencia jurídica por su incumplimiento. Es decir, que más importante que la tipificación del contrato en la ley, es la manifestación de voluntad de las partes la que cobra verdadera importancia. Por esta razón, desde el Derecho romano hasta las codificaciones actuales, la voluntad de las partes en materia contractual es la principal fuente de regulación de las prestaciones que surgen de dicho pacto o contrato⁵³³.

Es cierto que la norma emanada de la autonomía de la voluntad de las partes no crea un derecho objetivo y no en todos los casos puede regular con plena libertad los efectos que dichas manifestaciones producen, porque no quedan enmarcadas dentro de la ley. Pero en la medida en que disponen de sus intereses a través de cláusulas contractuales o pactos añadidos entre las partes, se convierten en normas que contribuyen a precisar el contenido legal de la respectiva figura jurídica; y es por esta razón que la manifestación de la

⁵³³ Este principio, en el Código Civil Español, lo encontramos en el Art.1091.-Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos." En el Código Civil colombiano, es el Art. 1602.- Todo contrato legamente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

voluntad se constituye en la regla que debe regir prioritariamente el respectivo negocio.

En cuanto al contrato de arrendamiento, un ejemplo de lo anterior, se encuentra en Ulpiano, donde se precisan las obligaciones del arrendador que conllevan al derecho del arrendatario de usar y disfrutar la cosa, derecho el cual, como bien se sabe, está garantizando con la *actio conducti*. Así, este último puede interponerla si no le fuere posible disfrutar de la cosa que toma en arrendamiento, sea porque no se le hace entrega de ella, porque no se le hacen las reparaciones necesarias para garantizar su uso y disfrute, o porque no se cumple con lo prometido en el contrato. El fragmento del Digesto que contiene la cita, dice así:

D.19.2.15.1. (Ulp. 32, ed.) *Competit autem ex his causis fere, ut puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat, vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conductor agetur.*⁵³⁴

⁵³⁴ D.19.2.15.1. "Pero compete ordinariamente por estas causas, por ejemplo, si no le uera lícito disfrutar de la cosa que tomó en arrendamiento, acaso porque no se le entrega la posesión, o de todo el campo, o de una parte, o no se repara la casa de campo, o el establo, o donde deban estar sus rebaños, o si se convino en el contrato de la conducción de alguna cosa, y esta no se cumple, se ejercerá la acción de conducción."

Ahora bien, analizando la relación que había en el Derecho romano entre el edicto del pretor y la autonomía privada, surge una inquietud acerca de cuáles serían los casos en los que la *actio* emanada del contrato consensual, más exactamente del contrato de arrendamiento, sirve para hacer cumplir las cláusulas accidentales del mismo. Igualmente cabe preguntarse en qué eventos estas disposiciones de la voluntad son protegidas, o no, por medio de la *actio*.

Sin pretender profundizar sobre una teoría del negocio jurídico en Derecho romano, mucho menos ahondar en el tema de los pactos, amerita hacer una breve digresión sobre las convenciones del *ius gentium*, denominados *pactis conventis o conventibus*. Estos generaban un vínculo entre las partes para el cumplimiento de lo acordado que se basaba en la *fides*, la ética comercial y las costumbres, y los usos propios del tráfico de bienes y servicios; es decir que, evidentemente, no era un vínculo jurídico el que se formaba aquí.

Sin embargo, una vez reconocidos jurídicamente, probablemente con los edictos de los pretores peregrinos, primero, y luego, de los pretores urbanos, estos pactos habrían obtenido la protección procesal a través de la *exceptio* y la *denegatio actionis* siempre y cuando no se opusiesen a disposiciones legales, causasen daño a

particulares, o supusiesen una actuación dolosa o fraudulenta⁵³⁵. También se concedía la *arbitria honoraria* para aquellos supuestos de discrepancia en relación a la interpretación o a la aplicación entre los intervinientes en el pacto⁵³⁶.

De esta manera, aunque los pactos se enmarcaban solo en el ámbito de la *fides* y al margen del *Ius civile*, el reconocimiento y la protección en el edicto pretorio supondría un reforzamiento de la autonomía privada y la libertad negocial; y es así como habría sido la vía mediante la cual, posteriormente, cuatro de estos pactos pasarían a la categoría de contratos con un nombre específico, bajo la fórmula de *obligationes consensu contractae* como negocios *iuris Gentium*. Desde aquel momento, continuaría la tendencia a reconocer los pactos integrados mediante cláusulas especiales a los contratos, haciéndolas, por consiguiente, exigibles por medio de la acción correspondiente al contrato que se agregaban.

De entre este último conjunto de pactos, el Derecho romano conoció dos de ellos, susceptibles de ser incluidos en el negocio, conocidos como pactos *in continenti* y pactos *ex intervallo*. De ellos se habla en:

⁵³⁵ Cic. De off. III, 29, 92: «Pacta et promissa semperne servanda sint. Quae nec vi nec dolo malo et praetores solent facta sint». D.2.14.7.7 (Ulp., 4 ed): «Ait praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principium, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo». En FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El papel de la Buena Fe...*, op.cit, p. 7.

⁵³⁶ Vid., en Archi, *Ait praetor: "pacta conventa servabo"*, *Studio sulla generi e funzione della clausula nell' "edictum perpetuum"*, en *Scritti di Diritto Romano*, I, Milano, 1981, pp.497 ss. En FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *ibid.*, p. 8

D.2.14.7.5. (Ulp. 4, ed) Quin imo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis; solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, si quidem ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim; hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur. Idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores, quam statutae sunt, usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio, ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est, quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emtionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex emto non posse propter eandem regularo, ne ex pacto actio nascatur; quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.

Así las cosas, tenemos que, de un lado, los pactos *in continenti* son aquellos que se convienen al momento de realizar el contrato; de otro, los pactos *ex intervallo* son aquellos que se llevan a cabo posteriormente a su celebración. Para el presente estudio, tomamos como *leges locationis* los pactos *in continenti*, que son los que se realizan con el contrato, excluyendo de este estudio todo acuerdo hecho con posterioridad.

Para el arrendamiento, en las Instituciones de Justiniano, se establece que el arrendatario debe hacerlo todo según la ley del arrendamiento, que no era otra que lo acordado entre las partes y, a falta de acuerdo, siguiendo las reglas de la buena fe:

*1.3.24.5: Conductor omnia secundum legem
conductionis facere debet, et, si quid in lege
praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet
praestare...*

De la forma como se ha señalado, los pactos *in continenti* eran válidos para los contratos de buena fe y podían hacerse efectivos mediante la acción contractual, de manera que cuando el texto señala que la acción de conducción compete si se “convino en el contrato alguna cosa y esta no se cumple”, simplemente se está refiriendo a los pactos adicionales al contrato (*in continenti*).

Queda claro, de esta forma, que los pactos *in continenti* generan acción en el contrato de arrendamiento; pero cabría preguntar si estos tienen algún límite o si, por el contrario, las partes pueden pactar libremente lo que deseen. Por la autonomía privada, los contratantes pueden introducir cualquier pacto al contrato, pues estos son posibles en los contratos de buena fe. Sin embargo, las partes no se encuentran sin límites, pues lo pactado debe, en primer lugar, no ser contrario a la ley, esto es, a la naturaleza y los elementos esenciales del contrato al cual adhieren; en segundo lugar, no ser ilícito, en cuanto que ocasione un perjuicio a la otra parte o a un tercero; y, en tercer lugar, conllevar una actuación dolosa o fraudulenta.

Conviene detenerse un momento en el requisito que impide ir contra los elementos esenciales del contrato al cual adhieren, para observar que, cuando se introducen estos pactos en la *locatio conductio rei*, no puede desconocerse el esquema *uti frui-merces*. De lo contrario, al no respetarse este límite esencial, el contrato inicial se convertiría en otro diferente, ya sea nominado o innominado. Así sucedería, por ejemplo, en el caso de que se pactara transmitir la propiedad de la cosa arrendada después del segundo año, pues este pacto excedería el *uti frui*; o, igualmente, en caso de que se llegase a pactar la *merces nummo uno*, pues esto alteraría la naturaleza jurídica del arrendamiento.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

A modo de recapitulación, tenemos que la voluntad de las partes, al celebrar un determinado contrato, hace surgir obligaciones entre ellas, conviniéndose de mutuo acuerdo las condiciones en que deben ser satisfechas, así como los plazos o modalidades que afectan dichas prestaciones y, por último, las demás condiciones que se lleguen a añadir, estas últimas siendo cláusulas adicionales al contrato conocidas como pactos *in continente*.

De dichos acuerdos se deriva, por consiguiente, un deber que supone una restricción a la libertad del deudor puesto que se le obliga a una determinada conducta por parte del acreedor, quien tiene este derecho y puede exigirlo coercitivamente. Adicionalmente, si la prestación que asume el deudor no se puede cumplir materialmente, surge la responsabilidad de indemnizar el perjuicio que llegare a ocasionar por dicho incumplimiento, quedando afectado su patrimonio al pago de dicha indemnización. Al respecto, el profesor A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN dice:

Ahora bien, partiendo de que el deber es fundamental en el concepto de obligación, también la idea de responsabilidad forma el núcleo esencial de la obligación clásica romana. Así, de acuerdo con la estructura del

procedimiento formulario, la acción declarativa, que es la acción por antonomasia y que tiene por objeto la exigibilidad de la prestación del deudor, se transforma en mecanismo de la *condemnatio pecuniaria*, y fruto de esta transformación, el Derecho del acreedor a exigir del deudor el comportamiento acordado queda convertido, en virtud de la sentencia, en un derecho a recibir una indemnización por incumplimiento consistente en una suma de dinero.⁵³⁷

Por esta razón, la responsabilidad es uno de los elementos de la obligación, según elaboración de la doctrina pandectística⁵³⁸, y es entendida como el constreñimiento o la fuerza que puede ejercer el acreedor sobre el deudor, por el incumplimiento de la obligación. Esto no significa que éste elemento no exista desde el momento en que se convienen las obligaciones, lo que sucede es que su existencia es potencial, estando siempre presente mientras este vigente la obligación, como una presión para su cumplimiento por parte del deudor.

⁵³⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Retorno a Roma...*, op. cit., p. 258.

⁵³⁸ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, Tomo I, 3ª Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 72-76; FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (2ª Edición), Editorial Santiago de Chile, Chile, 1992, pp. 32 a 37. Sobre el concepto y la dinámica de la responsabilidad BETTI, E., *Teoria Generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 1953, pp. 28 y ss.

3. CRITERIOS PARA FIJAR LA RESPONSABILIDAD DEL LOCATOR

Ahora nos proponemos a analizar los criterios que guían la responsabilidad del *locator*, teniendo en cuenta que la concesión del uso y disfrute de la cosa es la esencia del contrato de arrendamiento, al originar las restantes obligaciones de las partes. De esta manera, la contraprestación del arrendatario al *uti frui licere* que le otorga el arrendador es el pago de la *merces*, y su incumplimiento, así como de las demás obligaciones que se derivan del contrato, generará la responsabilidad que veremos más adelante.

Una de las consecuencias propias de la responsabilidad en materia contractual es la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento al acreedor por parte del deudor. Esta situación se produce cuando, en espera del cumplimiento de la prestación de acuerdo con su naturaleza, en la fecha y lugar señalados en el contrato, el acreedor se ve perjudicado debido a que el deudor no actúa con sus obligaciones según lo convenido. Como resultado, además de verse comprometido a cumplir la obligación, el deudor debe indemnizar posteriormente los perjuicios originados en el incumplimiento total o el cumplimiento retardado de la obligación.

Por lo tanto, si hay un incumplimiento del contrato que le sea imputable al arrendador, este debe indemnizar al arrendatario por el *id quod interest*, o sea por todo lo que le interesa al arrendatario.

3.1. Res perit creditoris

Esta es una máxima jurídica aplicable al contrato de arrendamiento por asimilación, teniendo en cuenta que, pese a que este principio no es propio de la naturaleza del contrato de arrendamiento, si se encuentran algunas derivaciones del mismo que se pueden atribuir a la *locatio conductio*, tal y como se verá a continuación. Es necesario, además, tener presente que, al señalarse el principio jurídico de *res perit*, se debe entender la palabra *res*, no en su sentido de cosa, sino como prestación, por lo que debe analizarse, en caso que la prestación no pueda cumplirse antes del cumplimiento por *vis maior*, quién tiene sobre sí las consecuencias lesivas de dicha *vis*.

Se encuentran sólo dos textos, en el capítulo del arrendamiento de las Instituciones de Justiniano, que se refieren a la problemática en cuestión:

1.3.24.5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur

I.3.24.3 .sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum; sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire: quo iure utimur.

El texto I.3.24.5. Indica, en un comienzo, que el arrendatario debe ejercer su derecho conforme a la ley del arrendamiento, esto, según lo convenido en el contrato o, a falta de la ley, según lo señale la naturaleza del contrato. Adicionalmente, señala que, si se hubiere perdido la cosa arrendada por caso fortuito, el arrendatario no está obligado a restituirla siempre y cuando hubiere puesto en el cuidado de la cosa *qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*, tomándose como referente un tipo abstracto, el de un padre de familia irreprochable y se califica de culpa toda negligencia que él no habría cometido.

En cuanto a la regla de I.3.24.3, se observa que la enfiteusis, aunque es un arrendamiento perpetuo, en el evento de pérdida parcial, el régimen es el mismo que el de la compraventa. El porqué de ello, se explica, en que al enfiteuta se le entregan los frutos para disfrutarlos perpetuamente, por lo que se le puede asimilar a un comprador y, por consiguiente, se le da el riesgo a él.

Sin embargo, en el evento de pérdida total, como la cosa no deja de ser de propiedad del que dio en enfiteusis el bien, y como el enfiteuta

pierde la posibilidad de usar y disfrutarlo, el régimen es el mismo del arrendamiento, esto es, que la pérdida la debe soportar el dueño del bien. Por esta razón es que este pasaje explica la doble calidad en la que el enfiteuta asume el riesgo, ya sea como compraventa o como arrendamiento⁵³⁹.

3.2. *Id quod interest- remissio mercedis*

Cuando el *conductor* se ve privado del *uti frui licere* sobre la cosa arrendada el contrato de arrendamiento pierde su razón de ser, al verse privado de la función económico-social que cumple el mismo.

De los textos vistos con anterioridad, especialmente al desarrollar el tema del *periculum*, se llega a la conclusión de que hay dos tipos de indemnizaciones cuando el *conductor* se ve privado del *uti frui licere*. Por un lado, si no hubo responsabilidad del *locator* en tal privación, se debe restituir al *conductor* la renta recibida con anticipación, produciéndose así el mismo efecto de una resolución del contrato y dándolo por terminado en el momento que el *conductor* no puede tener el uso y disfrute lícito de la cosa arrendada (*remissio mercedis*).

⁵³⁹ Esta obligación que se impone al arrendatario de conservar la cosa en buen estado, la encontramos en el Código Civil español en su Art. 1563 que dispone: "El arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya." El Código Civil colombiano, a su vez, dispone en el Art. 1997: "El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. Faltando a esta obligación, responderá de los perjuicios; y aun tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro".

Por otro lado, si hubo responsabilidad del *locator*, este, además de restituir la *merces* entregada por anticipado, debe responder al *conductor* por el *id quod interest*. Por lo tanto, en esta hipótesis, el texto parte de la responsabilidad subjetiva del *locator*, porque para que se vea obligado a responder por el *id quod interest* al *conductor*, además del hecho de la privación del *uti frui licere* debe intervenir el elemento de la responsabilidad⁵⁴⁰.

Antes de entrar a analizar estas hipótesis, se debe considerar cómo funcionó *el id quod interest* en la época clásica y en la época justineana. Así, en la época clásica el *id quod interest* se establecía según el interés del contratante inocente que se veía perjudicado con el rompimiento contractual, teniendo como límite únicamente la buena fe⁵⁴¹. Ya en época postclásica, y para evitar condenas excesivas, el *id quod interest* se limitó hasta el doble de la renta que esperaba obtener el *locator*, quedando así establecido en:

C.7.47.1 Imperator Justinianus .Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et

⁵⁴⁰ Sobre los problemas del riesgo y su distribución en la *locatio rei*, y el tratamiento de la *remissio mercedis*, véase en esta tesis, Infra: Obligación de pagar la *merces-periculum locatoris*.

⁵⁴¹ COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, pp. 30 ss.

*omnibus contractibus, quod hoc interest dupli
quantitatem minime excedere: in aliis autem
casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui
causas dirimendas suscipiunt, per suam
subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur
damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam
machinationibus et immodicis perversionibus in
circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in
infinitem computatio reducitur, pro sua
impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae
congruum eas tantummodo poenas exigi, quae
cum competenti moderatione proferuntur vel a
legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc
non solum in damno, sed etiam in lucro nostra
amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres
quod interest statuerunt: et sit omnibus,
secundum quod dictum est, finis antiquae
prolixitatis huius constitutionis recitatio.*

El texto de Justiniano es interesante en su integridad, puesto que se refiere a los intereses como la forma legal y objetiva de calcular el perjuicio ocasionado por el incumplimiento, habiéndose generado siempre muchas dudas respecto a su monto. El tema se asume sin dificultad en aquellos casos que contiene una cantidad cierta, como

en las ventas y en los arrendamientos, para los cuales se ordena que no excedan en manera alguna del duplo del valor del contrato.

En cambio, en aquellas situaciones donde la cuantía de la prestación es incierta, se deja al juez moderar, en cada caso y según su propio criterio, el monto de la indemnización para que ordene la restitución del daño verdaderamente ocasionado, sin exageraciones y dentro de ciertos límites. Este criterio se recomienda no sólo respecto del daño sino en referencia a cualquier otra especie de lucro.

4. RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR

4.1 Responsabilidad por culpa

No pudiéndose exceder el *conductor* en el uso conforme a la naturaleza de la cosa, cualquier actuación por fuera de los términos señalados contractualmente en su derecho al *frui*, lo hará responsable por los daños que se causen. A modo de ejemplo de esta clase de situaciones, COSTA⁵⁴² hace referencia a diferentes casos del Digesto, como el de una mula dañada por someterla a una carga excesiva, en D.19.2.30.2.; el de un esclavo herido por el arrendatario, en D.19.2.43; o el del arrendatario de un fundo que había talado los árboles, mencionado en D.19.2.25.5. También el autor hace mención

⁵⁴²*ibid.*, p. 53.

del texto D.19.2.25.3.⁵⁴³, donde se habla del deber del arrendatario de hacerlo todo conforme al contrato de arrendamiento, especialmente la obligación del colono en cultivar en tiempo el fundo y en cuidar las casas de campo.

Además de los anteriores, hay otros textos más significativos que se presentarán a continuación, pues ilustran bien el tratamiento que las fuentes le dan a la responsabilidad por negligencia del *conductor*. Recordemos que ya se ha mencionado que el arrendatario responderá por los daños causados a la integridad de la cosa, es decir, por todo daño sobrevenido por su culpa⁵⁴⁴. Y aunque no ha sido tarea fácil para la romanística elaborar una teoría general de responsabilidad contractual en el Derecho romano⁵⁴⁵, aquí abordaremos la cuestión, de manera breve y sin analizar de fondo la polémica que plantean los autores. Para ello, seguiremos de cerca a COSTA y a DE FALCO en sus obras citadas, teniendo como punto de partida los distintos fragmentos relativos al tema hallados en el título II libro XIX del Digesto.

⁵⁴³ Al analizar con detenimiento las circunstancias que rodean los casos, como el de la mula reventada por exceso de carga en D.19.2.30.2.; así como también el del *conductor* que ha lastimado al esclavo D.19.2.43, que si bien se tratan de un uso no conforme a la naturaleza de la cosa o a lo convenido, están ligados a conductas 'negligentes' del arrendatario, al igual que los propiamente sobre responsabilidad por culpa contemplados entre otros, en: D.19.2.30pr; D.19.2.25.4-7-8; D.19.2.19.1.; D.19.2.60.7.

⁵⁴⁴ VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho romano privado*, *op.cit.*, p. 422; ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano* (18ª Edición, corr. con la colaboración de J.A. Arias Bonet), Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1988. p. 574; ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, *op.cit.*, p. 427; ALEMÁN MONTERREAL, A., *El Arrendamiento...*, *op.cit.*, pp. 101 ss.; ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, Jovene, Napoli, 1958, pp. 523 ss; DE FALCO, I., '*Diligentiam Praestare*'... *op.cit.* p. 70

⁵⁴⁵ Como ejemplo de la discusión del tema puede verse a ALEMÁN MONTERREAL, A., *ibid*; para todos los efectos, sobre D.16.3.32, ver MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *Raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, Ed. Bosh, Barcelona, 1993, pp.198 ss. DE FALCO, I., '*Diligentiam Praestare*'... *ibid.* p. 70.

Conviene comenzar con el análisis de un texto tomado del libro VII de los *Digesta* de Alfenio, recogido en:

D.19.2.30.4. *Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem; coloni servus villam incendit non fortuito casu; non videri eam vim exceptam respondit, nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.*

Este pasaje habla del colono que recibió una casa de campo con la condición de devolverla sin deterioro, salvo por el caso de fuerza (*vim*) o el de vejez (*praeter vim et vetustatis*); sin embargo, un esclavo del *colonus* incendió la casa *non fortuito casu*. La respuesta, atribuible a Servio⁵⁴⁶, manifiesta que tal especie de fuerza no debía ser exceptuada, ya que las partes pretendieron exceptuar la fuerza extraña pero sin pactar que se tuviera como tal la intervención de un doméstico del colono. Algunos estudiosos han tenido sospechas sobre la autenticidad de la parte final⁵⁴⁷. Si bien se han mencionado algunos casos de negligencia del locatario, aquí se pretende analizar otro aspecto, como es la responsabilidad *ex locato* del *conductor rei*, en

⁵⁴⁶ DE FALCO, *ibid.*, pp. 71 ss.

⁵⁴⁷ Al respecto, *ibid.* Sin embargo, la apreciación de la autora, en que la parte final del fragmento es redundante, no parece de recibo, ya que al releerse el fragmento, parece más bien que tiene relación con la 'forma' misma del *respondit*.

los casos en que sea intervenga un tercero a su cargo el que cause daños a la *res locata*⁵⁴⁸.

Se discute si el pensamiento de Ulpiano, en su libro XVIII de comentarios al Edicto y recogido en D.9.2.27.11., representa el estado de la jurisprudencia del siglo tercero d.C., en contraste con la jurisprudencia antigua, o si corresponde al pensamiento de los compiladores justinianos. COSTA⁵⁴⁹, considera que el pasaje de Ulpiano corresponde al pensamiento de la Jurisprudencia del Siglo III d.C., sobre todo por la semejanza que presenta con otro texto de Ulpiano, recogido en D.19.2.11pr., donde no aparecen sustanciales alteraciones de los compiladores. Para entender mejor la cuestión, se deben ver cada uno de los textos:

D.9.2.27.11. Proculus ait, quum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato, vel ex lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere; et si uno iudicio res esset iudicata, altere amplius non agendum. Sed haec ita, si culpa colonus careret, ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuerit. Idem servandum et circa inquilinorum

⁵⁴⁸ Para COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, p. 57, esencialmente con respecto a *Ulp Coll 2. 7.9.* el locatario responde por los daños derivados a la cosa arrendada, por el hecho doloso o culposo de los siervos del *conductor*, este respondía en principio por aquél aparentemente con la acción noxal. Sabino se pronunciaba prefiriendo ceder en *noxae* al *locator* los siervos, culpables, mientras negaba que el *conductor* pudiese ser convenido *ex locato*. Esto, puede, evidentemente suscitar discusión.

⁵⁴⁹ *ibid.*, p. 55.

insulae personas scribit; quae sententia habet rationem.

D.19.2.11pr. (Ulp. 32, ed.) Videamus, an et servorum culpam, et quoscunque induxerit, praestare, conductor debeat; et quatenus praestet, utrum ut servos noxae dedat, an vero suo nomine teneatur, et adversus eos, quos induxerit, utrum praestabit tantum actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur? Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel hospites; et ita Pomponius libro sexagésimo tertio ad Edictum probat.

En el primer texto, haciendo referencia al parecer de Próculo, se contempla el incendio de una casa de campo provocado por los esclavos del colono, caso en el cual este es responsable ya sea por las acciones derivadas del contrato de arrendamiento o por la *lex aquilia*, pudiendo hacer entrega de los esclavos como indemnización definitiva. Asimismo se comenta que si los esclavos eran de mala fe y tenían malos comportamientos, y el colono no les hubiere impedido estar en la casa y el fundo arrendado, este último responde mediante

la acción de daño con injuria. En la parte final se añade que igual responsabilidad cabe respecto de los inquilinos de una casa.

El segundo pasaje, D.19.2.11pr., comienza con el planteamiento de dos cuestiones: ¿Deberá el arrendatario responder tanto de la culpa de los esclavos como de la de aquellos a quienes hubiere introducido en la casa, y hasta dónde llegará su responsabilidad? ¿Cumplirá con la reparación del daño entregando a los esclavos, se obligará también personalmente por culpa propia a responder por los perjuicios, o bastará con que ceda las acciones contra aquellos que hubiere introducido a su casa? Haciéndose alusión a una solución dada por Pomponio, se responde que el arrendatario debe responder en su propio nombre de la culpa de los esclavos y de quienes introdujo a su casa si hubiere cometido culpa al admitirlos.

Ahora bien, reconocer que en el texto D.19.2.11pr. se hace una referencia precisa a la culpa en la especie de *culpa in eligendo*, tal como hace DE FALCO, podría ser, en nuestra humilde opinión, demasiado arriesgado⁵⁵⁰. Pero también lo es aventurarse a asegurar o negar, de manera absoluta, que la parte final del pasaje “si tamen culpam...” es de procedencia clásica⁵⁵¹. Por esta razón, encontramos

⁵⁵⁰ DE FALCO, I., ‘*Diligentiam Praestare*’..., *op.cit.*, p. 91. Según la autora es posible leer por lo menos un esbozo de la problemática concerniente al comportamiento culposo; en un sentido similar COSTA, E. *La locazione...*, *op.cit.*, p. 55, reconoce una responsabilidad personal del *conductor* más allá de los términos de la *noxae datio* y sobre el fundamento de una negligencia a él imputable en la escogencia de los siervos puestos en contacto con el fundo, ello al respecto de D.9.2.27.11 de Ulpiano.

⁵⁵¹ Según COSTA, E. *La locazione...*, *op.cit.*, p. 56, nt. 1, a favor de la interpolación se pronuncia PERNICE, A., *Labo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, 2, Halle, 1895, p. 257, N. 2, el cual resalta como señal de la mano justiniana la designación de *hospites* dada a los siervos. Más no parece que el pasaje se ocupe sólo de la responsabilidad por el

factible compartir las apreciaciones de COSTA, quien considera que las palabras recientemente citadas corresponden, en efecto, al pensamiento de Ulpiano y, por ende, representan el estado de la jurisprudencia del tercer siglo después de Cristo.

Hecha esta reflexión, y continuando con el pasaje, queda por aclarar la cuestión que plantea el jurista, ya mencionada, sobre cómo podría librarse el *conductor* de las consecuencias que surgen por los daños ocasionados por los siervos o dependientes, y si esto fuese posible cediendo a estos últimos en *noxao*, si se tratase de *extraneus*, cediendo al *locator* las acciones que contra tales terceros, causantes del daño, tendría.

Lo cierto es que el *conductor* puede ser responsable *quasi ob propriam culpam*, y será requerido *ex locato* por sus actos culposos, así como también se obligará por los actos culposos de sus esclavos y de la culpa de aquellos que, al tener como 'suyos', introdujo a la casa. De este modo, puede decirse que se le opondrá una culpa en la escogencia del personal, y es allí donde, ciertamente, es posible considerar, junto con COSTA⁵⁵², PERNICE⁵⁵³ y SCHULZ⁵⁵⁴, que ha tenido incidencia la mano compilatoria⁵⁵⁵.

hecho de los siervos propios o no, sino más bien en general de la responsabilidad, por el hecho de los siervos, como por el de los libres *quoscumque induxerit*.

⁵⁵² COSTA, E. *La locazione...*, *op.cit.*, pp. 55 ss.; 56 nt. 1 y 2.

⁵⁵³ PERNICE, A., *Labeo...*, *op.cit.*, p. 257, N. 2., cit. por *ibid.*, pp. 56 ss.

⁵⁵⁴ "SCHULZ, F., *Die haftung für das verschulden der angestellten im klassischen römischen recht*, en *Grünhuts Zeitschrift*, XXXVIII, 1911, pp. 32 ss., congettura che nel testo originaio, rimaneggiato, secondo chégli pure ritiene dai compilatori, e ridotto da questi quale appare nel fr. 11 D. h. t., Ulpiano trattasse la questione generale 'an et servorum culpanpraestare *conductor* debeat'; e che suddistinguesse poi il caso di colpa dei servi propri del detto

Empero, se comparte la opinión de COSTA⁵⁵⁶, en el sentido de que si al *conductor* no le es imputable negligencia, la responsabilidad se entenderá limitada todavía a la obligación de dar en *nox*a a los siervos autores del daño. Por otro lado, debe advertirse que, en el pasaje en discusión, la responsabilidad *suo nomine* se realiza independientemente de cada convención (*etsi nihil convenit*), lo que se reafirma con la lectura del pasaje contenido en D.9.2.27.11 de Ulpiano⁵⁵⁷.

En lo que se ha explicado brevemente hasta aquí, se observa que la responsabilidad que se analiza en D.19.2.11pr., será cualificada en época posterior como *culpa in eligendo*, pero, para llegar a tal articulación sólo será a través de consideraciones socio-económicas del contrato de *locatio* e indudablemente al criterio de la *bona fides*.

Es necesario detenerse ahora en otro pasaje de Ulpiano, recogido en:

D.19.2.11.4. (Ulp. 32, ed.) *Inter conductorem et locatorem, ne in villa urbana foenum*

conduttore e quello dei servi estranei (inducti), e che per codesti casi suddistinti egli desse diverse risoluzioni. I compilatori avrebbero soppresso la risoluzione relativa al primo caso ed avrebbero riferita solamente quella relativa al secondo, attribuéndole valore e portata generale". En COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, p. 56 nt. 1.

⁵⁵⁵ En idéntico sentido Nerazio en D.9.2.27.9 de Ulpiano. Es el caso de incendio sobrevenido en el edificio arrendado por la negligencia del *fornicarius*, se antepone que el *conductor* será tenido *ex locato*, *si negligens in eligendis ministeriis fuit*.

⁵⁵⁶ COSTA, E. *La locazione...*, *op.cit.*, p. 56, para quien esta limitación en últimas a la *nox*a, corresponde al pensamiento de los juristas clásicos antes que a los justinianeos.

⁵⁵⁷ Se puede decir en este punto que se comparte la explicación que fundamentalmente presenta DE FALCO, I., '*Diligentiam Praestare*'..., *op.cit.*, p. 79 ss, relacionada con la aplicación del principio de la buena fe en la '*locatio*' como fundamento de la responsabilidad derivada del contrato mismo. Según DE FALCO, LUZZATTO, G.I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1938, no aplicó el principio de la buena fe a todas las hipótesis de '*locatio*', contradiciendo la tesis por él compartida de la unidad.

*componeretur; composuit, deinde servus igne
illato succendit; sit Labeo, teneri conductorem
ex locato, quia ipse causam praebuit inferendo
contra conductionem.*

Aquí se relata el caso en el cual, a pesar de que en un comienzo se acuerda entre arrendador y arrendatario no acomodar heno en la casa de campo, este último lo acomoda allí y luego, habiendo llevado fuego un esclavo, el heno se enciende de forma imprevista. En consecuencia, se obliga el arrendatario por la acción de locación porque él mismo ocasionó el daño al acomodar el heno contra lo que se convino en el contrato.

En éste texto no se ve la posibilidad para el *conductor* de librarse de la responsabilidad dando en *nox*a al esclavo, lo que parece muy lógico puesto que está de por medio el desconocimiento a lo convenido contractualmente, por lo que cabe asumir que aquí no se presenta una responsabilidad por la escogencia del siervo sino más una contravención a lo pactado, '*contra conductionem*' según el dicho de Labeón y referido por Ulpiano, quien sostiene la responsabilidad del *conductor* en cuanto ha contrariado el *contractus*.

Conviene regresar nuevamente sobre un texto de Labeón tomado del Libro V de las obras póstumas compendiadas por Javoleno, y que se recoge en:

*D.19.2.60.7. Servum meum mulionem
conduxisti, negligentia eius mulus tuus periit; si
ipse se locasset, ex peculio duntaxat, et in rem
verso damnum tibi praestitutum dico, sin autem
ipse eum locassem, non ultra tibi praestitutum,
quam dolum malum et culpam meam abesse;
quodsi sine definitione personae mulionem a me
conduxisti, et ego eum tibi dedissem, cujus
negligentia iumentum perierit, illam quoque
culpam me tibi praestitutum aio, quod eum
eligesem, qui eiusmodi damno te afficeret.*

En este pasaje, de gran importancia para la materia que se analiza pero de cuya autenticidad aún se duda⁵⁵⁸, se relata la *locatio* de un siervo para mulero, que causa la muerte, por negligencia, de uno de los mulos de quien lo tomó en arriendo. Interesa advertir que, con este ejemplo, se hace referencia no tanto a la impericia sino a la negligencia "... *negligentia eius mulusperiit*".

Labeón se anticipa y hace una distinción. En primer término, la respuesta del jurista se refiere a la *locatio operarum*: un *servii* que da

⁵⁵⁸ DE FALCO, I., '*Diligentiam Praestare*'..., *op.cit.*, p. 74 ss., según la cual, CANNATA, C.A., *Per lo studio della responsabilita per colpa nel diritto romano classico*, La Goliardica, Milano, 1969, p. 254, not. 3, considera la segunda parte del fragmento interpolada sobre el presupuesto de que la justificación está en poder fundar la responsabilidad solo en el dolo, da en efecto por descontado que se trate de un esclavo *peritus*, en cuanto es un *mulio*. CANNATA considera genuina la primera parte con exclusión de la referencia a la culpa. En cambio, para SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, p. 373, los compiladores justinianos lo habrían sacado de una obra fundamentalmente clásica, y el epítome de Giavoleno no estaría alterado.

en arriendo sus servicios (*siipse se locasset*) y que ocasiona, por su negligencia, el fallecimiento de uno de los mulos incurre, entonces, en culpa, mientras que quien contrató sus servicios tendrá la *actio de peculio* contra el *dominus* o, en su lugar, la *actio de in rem verso*. En segundo lugar, determina si el *dominus* da al esclavo en arriendo (locación de cosa) para luego contrastar las consecuencias dependiendo de si hubo, o no, designación por parte del *locator*: si no la hubo, el *dominus* responderá por la culpa del muletero negligente; en cambio, si hubo designación, el *locator* se libera demostrando la falta de dolo o culpa⁵⁵⁹.

Hasta aquí, es posible considerar que se ha realizado una breve presentación del tema sobre responsabilidad por culpa en la *locatio rei*, con el apoyo de los autores citados, especialmente la situación de dicha responsabilidad en el título II del libro XIX del Digesto⁵⁶⁰.

4.2. Responsabilidad por custodia

Esta clase de responsabilidad le cabe al inquilino si se considera que tiene la obligación de cuidar y conservar la cosa para ser restituida al momento de la terminación del contrato. Sin embargo, el tema, tanto en la doctrina romanística como en los textos, no se encuentra expuesta con tanta claridad, generándose una serie de interrogantes,

⁵⁵⁹ DE FALCO, I., *ibid.*, p. 76 ss, manifiesta que la razón de ser de ello está en que al *locator* se le reprochará la ligereza al no haber acertado en la escogencia del esclavo alquilado, de las cualidades que requieren normalmente a un mulero y, en cada caso al hombre medio.

⁵⁶⁰ No está de más, observar en D.19.2.19.2 de Ulpiano, que respecto de la responsabilidad por culpa del colono, en caso de haber estropeado alguna de las cosas dadas en concepto de apero, se obliga por la acción de locación (*ex locato eum teneri*).

que resultan pertinentes plantear para abordar de manera adecuada este asunto.

En este orden de ideas, cabe preguntarse si la responsabilidad por custodia se predica de los bienes inmuebles o solo de los bienes muebles; si se trata de una clase especial de diligencia⁵⁶¹; si se debe, entonces, enmarcar el concepto de custodia dentro de la teoría de la culpa; o si esta nace en virtud de un pacto expreso como aparentemente se observa en el *receptum*. No se pretenden resolver estos cuestionamientos sino colocarlos de presente a la luz de la doctrina y su tratamiento, siguiendo las fuentes para así, luego, poder expresar una opinión al respecto.

Con esto en mente, y enfocándonos ahora en lo que nos señalan las fuentes, encontramos que en ellas esta clase de responsabilidad se suele denominar como *custodia praestare*⁵⁶², cuya traducción podría ser la de “responder por custodia”⁵⁶³. En el latín de los jurisconsultos, la palabra custodia tiene dos significados generales: por un lado, la

⁵⁶¹ “Le opinioni che si sono succedute sulla portata della *custodia*, come criterio di determinazione della responsabilità, possono essere raggruppate, nonostante le loro differenze, in due categorie: quella più Antica, che si riallaccia alla configurazione giustiniana, per cui la *custodia* non è che un tipo particolare di *diligentia*, quella *custodiendae rei* (e che viene altresì qualificata come *exacta*, *exactissima*), la quale rimane un criterio soggettivo di determinazione, prospettata dai pandettisti sotto il profilo dogmatico, viene ripresa da alcuni autori a cavaliere fra il nostro ed il secolo scorso (Lusignani, Ferrini, Bonfante, Mitteis) sotto il profilo storico, attribuendo ai postclassici le indubie tracce di responsabilità oggettiva esistenti anche nelle fonti giustiniane”. TALAMANCA, M, *Custodia (Diritto romano)*, Enciclopedia del Diritto, XI, Italia, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 562.

⁵⁶² Se la encuentra así en Gayo 3.206; Dig. 13.6.10; 17.2.52.3.; 18.6.3. y 19.1.36.

⁵⁶³ Al respecto, dice Serrano-Vicente: “En el campo de la *cura rei quam debitor creditor praestare debet*, hemos podido observar como, la custodia se emplea habitualmente, según el testimonio de las fuentes conservadas, en relación con *praestare*, como objeto de ese verbo. De este modo se puede afirmar que es el verbo *praestare* el que proporciona a la custodia la especificidad en su uso dentro del campo de las obligaciones”. SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare: La Prestación de Custodia en el Derecho romano*, Editorial Tebar, Madrid, 2006, p. 49.

vigilancia, la conservación y el cuidado generalmente de las cosas⁵⁶⁴; por otro, la posibilidad de tenencia efectiva, donde el termino custodia se emplea en el lenguaje jurídico con muy diversos significados, custodia es el lugar donde se recluye, el recluso, quien lo vigila y la acción de recluir⁵⁶⁵.

Asimismo, aparece con el sentido de guarda, de vigilancia en relación con la posesión de las *res mobiles*⁵⁶⁶ y en especial de los animales, exceptuando el hombre⁵⁶⁷, según se manifiesta en el siguiente fragmento de Paulo donde, citando a Nerva el hijo, se afirma que se poseen las cosas muebles, excepto el esclavo, añadiendo que, mientras estén bajo custodia, se puede llegar a adquirir la posesión natural de aquellas:

*D.41.2.3.13. (Paul, 54 ed.). Nerva filius res mobile
excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint,*

⁵⁶⁴ D.4.9.1.3.; 32.84; 33.7.12.35.; 34.2.39.1; 40.12.35.; 41.2.44. pr. De algunos *missi in possessionem* se dice que tiene la *custodia rerum* (Dig. 36.4.5 pr; 41.2.3.23; 42.4.12) o que tienen las cosas *custodiae causa* (Dig.41.5.2. pr.; 41.2.10.1.; 43.17.3.8.), en donde custodia también significa supervigilancia. Cfr. *La custodia ventris* (Dig. 25.3.) y la *custodia partus* (Dig. 25.3.; 25.4.), en GUZMÁN BRITO, A., *La Responsabilidad Objetiva por Custodia en el Derecho romano y en el Derecho Moderno, con una referencia especial a la regla periculum est emptoris*, Revista chilena de Derecho, Vol 24, No. 1, Santiago, 1997, pp. 179-199.

⁵⁶⁵ PAVON TORREJON, P. *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*, CSIC, Madrid, 2003, pp. 76 ss. nt. 28-30; 37-38, presenta los siguientes testimonios: lugar donde se lleva a cabo el acto de restringir o confinar –sinónimo de cárcel-, Caes. Civ. 3, 104,3; personas que se encuentran encarceladas, Sue, Tib, 61; en relación con el acto de custodiar, Quintiliano, Declam., 277, p. 130,13. Citado por SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare...*, *op.cit.*, p. 55, nt. 45.

⁵⁶⁶ METRO A., *L' obbligazione di custodire nel diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1966, pp. 32 ss., cit. por SERRANO-VICENTE, M., *ibid.*, p. 55 nt. 46.,

⁵⁶⁷ "Y se excluye el hombre no sólo por la especial posición del esclavo en el desarrollo de la economía familiar que excluía la posibilidad de su control permanente, sino por el distinto régimen de conservación de la posesión que se les aplica en relación con el resto de cosas muebles. Mientras que la posesión del esclavo se conserva hasta que no se produzca un hecho posesorio incompatible con el antecedente, la posesión de las otras res mobiles no se conserva cuando dejan de estar bajo nuestra custodia aunque nadie las posea. -D.41.2.47. (Pap., 46, Quaest.) 'Quod rerum mibilium neglecta atque omisa custodia, quanvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnus adferri consuevit' y Papiniano invoca la autoridad de Nerva hijo. Cfr. A. METRO, *L'obbligazione di custodire*, nt. 62 y p. 38 y ss. La expresión *excepto homine* es considerada una interpolación por ALBERTARIO, E. *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milano, 1946, pp. 137 ss". Véase SERRANO-VICENTE, M., *ibid.*, p. 55. nt. 47.

hactenus possidere, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus. nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

El texto es interesante en cuanto hace la distinción entre *possessio*, *custodia* y *naturalis possessio* para decir que un mueble se posee en tanto esté bajo la custodia del poseedor. Se entiende, en cambio, por *possessio naturalis* lo que nosotros llamamos “tenencia”, o sea, el contacto directo y físico de nuestro cuerpo con la cosa, que constituye la base material de toda posesión. De todos modos, el pasaje aclara que para poseer civilmente no es necesario que en todo momento se esté en contacto físico con la cosa, ya que es suficiente que la cosa esté bajo nuestra custodia, es decir, poder ejercer su tenencia efectiva en el momento en que así se requiera.

Para esclarecer mejor las ideas, el fragmento trae los siguientes ejemplos. Si se llegara a encontrar un ganado o un vaso que, estando perdidos, no eran buscados, ambos dejarían de ser poseídos porque el poseedor inicial, o sea, aquel que los perdió, no podría llegar a su tenencia efectiva porque ya no están bajo su custodia. No obstante,

si la cosa está momentáneamente perdida en un lugar que la pueda encontrar el poseedor con una búsqueda diligente, este no la deja de poseer porque todavía se mantiene bajo su custodia, ya que buscándola puede todavía ejercer la tenencia efectiva.

Al respecto, una parte de la doctrina considera que se debe observar que el texto comentado limita expresamente el concepto de custodia a los bienes muebles, cosa que se corrobora a través de los ejemplos. Con respecto a los bienes inmuebles, se evidencia que, por el contrario, nunca se habla de custodia en el sentido antes señalado. En relación con esto, el profesor GUZMÁN BRITO, dice:

La razón está, en que los juristas, terminaron por aceptar que hubiera posesión de inmuebles aun sin una efectiva tenencia ni posibilidad inmediata de tal, como sucede en los predios de temporada (*saltus hiberni vel aestivi*), que se habitan durante un tiempo del año y se deshabetan en el resto. En este último caso, estrictamente se dejan de tener y no puede decirse que, empero, queden bajo la custodia del poseedor, porque éste no puede llegar a la tenencia, con solo querer hacerlo. Con todo, se los posee *animus tantum*⁵⁶⁸ decían los juristas.

⁵⁶⁸ Paulo. Sent. 5.2.1.; Dig. 41.2.3.11.; 41.2.27; 41.2.44.2.

En consecuencia, la idea de custodia es inútil en materia de inmuebles.⁵⁶⁹

Ahora, en contra de dicha visión reducida del empleo del término custodia, encontramos la opinión de autores como VAN DEN BERGH⁵⁷⁰, TALAMANCA⁵⁷¹, HERRERA BRAVO⁵⁷² y LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA⁵⁷³, quienes estiman que el concepto de custodia no puede ser encasillado en un simple deber de vigilancia o de tenencia física de la cosa. Más bien, según su criterio, el concepto debe entenderse como un presupuesto autónomo de responsabilidad contractual, que debe ser analizado en los diferentes casos en concreto sin que sea posible deducir una regla general aplicable en todos los casos.

Esta última perspectiva se refleja en las fuentes, donde se evidencia que tal relación no existe, siendo la responsabilidad por custodia un

⁵⁶⁹ GUZMÁN BRITO, A., *La Responsabilidad Objetiva...*, *op.cit.*, pp. 179-199.

⁵⁷⁰ Esta es la posición de VAN DEN BERGH, C.G.J.J., *Custodiam Praestare: custodiability for failing custodia*, en TRG. 43 (1975) 59-72, cuando afirma que la custodia no se convierte en una categoría general y abstracta de valoración del incumplimiento, porque su sentido literal (guarda, vigilancia, cuidado) permanece demasiado prominente, pero no logra captar el verdadero sentido del *custodia praestare* como obligación en cuanto alude a la existencia del paso de la custodia/vigilancia a la de custodia/responsabilidad. Cfr. En SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare...*, *op.cit.*, p. 57.

⁵⁷¹ TALAMANCA considera que durante la época clásica no se presentó un principio uniforme de aplicación. El criterio de responsabilidad que supone la custodia, dada su estructura, resulta limitado a dos direcciones: Ante todo, no es dado encontrar una relación obligatoria en la cual se responda solamente de custodia; la segunda dirección sería que se trata no de un criterio general de determinación de la responsabilidad (el cual existe solo en derecho justineano), sino un criterio típico de algunos supuestos de hecho obligatorios. TALAMANCA, M., *Custodia...*, *op.cit.* p. 562.

⁵⁷² En igual sentido se pronuncia HERRERA BRAVO, cuando aduce que un análisis de simple derivación semántica y motivos textuales hacen pensar a simple vista que tal responsabilidad estuviese estrechamente ligada a la actividad de vigilancia, es decir, que representa la falta de ejercicio de tal actividad. HERRERA BRAVO, R., *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito*, en Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro de la enseñanza (1936-1986), III, Fundación Seminario de Derecho romano Ursicino Álvarez, Madrid, 1988, p. 1408.

⁵⁷³ En este sentido, LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, afirma que aquello que justifica la disposición edictal de los *recepta*, es la especialísima responsabilidad de los mismos, en cuanto sobrepasa en gran medida los límites ordinarios de la responsabilidad contractual. LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M., *Receptum, argentarii, receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, en Derecho romano de obligaciones: homenaje al prof. J.L. Murga Gener, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 721-728.

concepto abstracto pero independiente. Como bien afirma HERRERA BRAVO:

“Así lo reflejan textos como GAYO 3.207, que muestran cómo, de situaciones en las que se impone una relación de custodia (depósito) no se desprende la homónima responsabilidad, y otros como D.16.3.1.35, D.13.6.5.10 y D.13.6.10.1., muestran que la custodia es una abstracta repartición del riesgo, que no guarda una relación concreta con la actividad de vigilancia y que representa lo que KUNKEL llama responsabilidad por caso fortuito atenuada.”⁵⁷⁴

4.2.1. EL RÉGIMEN DE LA *CUSTODIAM PRAESTARE* EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL DERECHO ROMANO. LA NOCIÓN, A TRAVÉS DE LAS DISTINTAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES

Las diversas acepciones del término custodia son un reflejo de la manera como se ha interpretado el concepto a través de las sucesivas etapas de evolución del Derecho romano, que se ha visto marcado por las diferentes posiciones doctrinales que se suscitan alrededor del tema⁵⁷⁵. No obstante sus diferencias, de acuerdo con

⁵⁷⁴ HERRERA BRAVO, *La custodia como obligación...*, *op.cit.*, p. 1410. Además de los fragmentos citados por el autor, hay que tener en cuenta del libro XIX título II del Digesto los fragmentos 12, 13.7, 25.3, 29, 60.9, 55pr. y 40; también D.16.3.1.9 y D.19.5.17.3 que permiten observar, junto con los respectivos de D.4.9, que no hay homogeneidad.

⁵⁷⁵ Esas posiciones doctrinales se pueden encontrar en las inscripciones que encabezan los fragmentos, puesto que en ellas figuran los nombres de los autores de las sentencias, ya lo

TALAMANCA, las opiniones acerca del alcance de la custodia como criterio para determinar la responsabilidad pueden agruparse en dos categorías.

La primera de ellas es la más antigua y la que se refiere a la configuración justineana, por la cual la custodia no es un tipo particular de diligencia de la *custodiendae rei* y que también está calificada como exactísima, lo cual sigue siendo un criterio subjetivo para determinar la responsabilidad. Tal interpretación, proyectada por los padectistas desde un punto de vista dogmático, atribuye a los postclásicos los indudables trazos de responsabilidad objetiva que se mantenían vigentes en las fuentes justineanas, perspectiva recogida por algunos autores entre los siglos XIX y el XX, tales como LUSIGNANI, FERRINI, BONFANTE y MITTEIS.

En cuanto a la segunda categoría, ya en la doctrina del siglo XIX tanto BARON, de manera aislada, como PERNICE, de forma más limitada, habrían individualizado el concepto clásico de la custodia como responsabilidad objetiva, opinión que sería más dominante sobre todo a partir de la postura de SECKEL en el *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*. Esta segunda interpretación permanece, salvo por las dudas de algunos que deciden retornar a la

sean de las obras extractadas o porque son citados en aquellas. Para conocer mejor sobre esta interpretación respecto de las inscripciones de los pasajes que integran el Digesto, véase MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Inscriptiones sive legum auctores sive auctores collectiorum?*, en Revista General de Derecho Romano, No. 18, 2012

antigua caracterización subjetiva del concepto, como la predominante, hasta nuestros días⁵⁷⁶.

Continuando con la exploración de la evolución del concepto, y apoyándonos en SERRANO-VICENTE para lograr una visión más detallada al respecto, vemos que, entretanto, la ciencia pandectística, la cual retoma los resultados obtenidos por los juristas medievales⁵⁷⁷, plantea la cuestión de la responsabilidad por custodia sobre la base de la existencia de evidentes contradicciones en el Corpus Iuris Civiles con respecto a la materia. Por consiguiente, el deseo de los pandectistas es encontrar una visión unificadora del problema de la responsabilidad que resolviera las contradicciones.

Un primer intento de ello lo encontramos con HASSE⁵⁷⁸, para quien la palabra custodia, en las fuentes, sirve para definir una actividad que se relaciona más con la *diligentia* que con un criterio de responsabilidad, con excepción de la *actio ex recepto de natutae, caupones et stabularii* en donde la custodia se relaciona con *casus*⁵⁷⁹. Años después, PERNICE escribió su trascendental obra *Labeo*⁵⁸⁰, en donde, al analizar el tratamiento dado a la custodia, por primera vez

⁵⁷⁶ TALAMANCA, M., *Custodia...*, pp. 562 ss.

⁵⁷⁷ "Vid. MAFFEI, D., *Caso fortuito y responsabilità nell'età dei glossatori*, Milano, 1957. Para las épocas posteriores interesa la primera parte de la monografía de CARDILLI, R., *L'obbligazione di praestare*, I-62", cit. por SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare...*, *op.cit.*, p. 61, nt. 64.

⁵⁷⁸ J. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts*, Bonn, 1838, pp. 258 ss., cit. por SERRANO-VICENTE, M., *ibid.*, p. nt. 67.

⁵⁷⁹ Vid LUZZATTO, G.I. *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, en BIDR 63, 1960, p. 50, cit. por SERRANO-VICENTE, M., *ibid.*, p. nt. 67.61 nt. 47.

⁵⁸⁰ PERNICE, A., *Labeo...*, *op.cit.*, I-V, Halle, 1873-1892.

se observa la existencia de un cambio en el sistema de responsabilidad contractual producido en el propio Derecho clásico⁵⁸¹.

Así pues, sostiene PERNICE que la responsabilidad por custodia⁵⁸² fue desde la época republicana un criterio independiente de la responsabilidad por diligencia, respondiéndose por el hurto y probablemente por el daño no violento de las cosas encomendadas, con base en la *fides*⁵⁸³. Consistiría en una responsabilidad de carácter objetivo, con el límite del *damnum fatale*, sin que se tuviese en cuenta el comportamiento del deudor.

A partir de la época adrianea se fusiona con la prestación de diligencia, presentándose sólo como culpa *in custodiendo*. En opinión de PERNICE, la custodia nace en el ámbito del *receptum nautarum*, que se constituye en su paradigma⁵⁸⁴. En situación semejante se encontraría el *horrearius*, posiblemente como una asunción expresa, así como el *fullo* y el *sarcinator*, y a los que añade el *redemptor silvarum*. La transformación adrianea habría extendido la responsabilidad por custodia a otros deudores, entre ellos al comodatario y el acreedor pignoraticio⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare...*, *op.cit.*, p. 62

⁵⁸² PERNICE, A., "*Custodia*", *Labeo...*, *op.cit.*, VIII, B 2,1,4, Halle, 1878, pp. 339-360. Sobre la cual vid. los comentarios de CANNATA C.A., *Custodia*, y ROBAYE, R. *L'obligation de garde*, p. 27, según comentarios de SERRANO-VICENTE, M., *ibid.*, p. 62 nt. 69

⁵⁸³ PERNICE, A. *ibid.*, p. 359. En SERRANO-VICENTE, M., *ibid.*

⁵⁸⁴ PERNICE, A. *ibid.*, p. 347, que considera "ausdruck ' recipere ' zeigt, diese Verpflichtung auf sein Treuwort (fides); sein besonderes Verhältniss erscheint also durch einen Nebenvertrag begründet." De este modo, se considera que la responsabilidad del nauta es reconducible a la *fides*, en virtud del convenio. En SERRANO-VICENTE, M., *ibid.*

⁵⁸⁵ Cfr. LUZZATTO, G.I. *Spunti critici in...*, *op.cit.*, p. 50.

Con el paso del tiempo, la intuición de PERNICE se convirtió, indudablemente, en el punto de partida de la teoría de C.A. CANNATA sobre la responsabilidad por custodia, la cual se ha impuesto en las últimas décadas como fundamento de la *communis opinio*. CANNATA⁵⁸⁶ afirma que la construcción clásica de la responsabilidad por custodia no fue debidamente comprendida en el periodo postclásico; de ahí que los compiladores interpretaron la locución *custodiam praestare* como una responsabilidad más por culpa, consistente en el incumplimiento de una previa obligación de vigilar, de cuidar o conservar.

En otras palabras, concluyeron que en las hipótesis clásicas el obligado tenía un deber de *diligentia in custodiendo* que justificaba la atribución del riesgo de la *custodia* a quien estaba obligado a la restitución. Esto significa que no se entendió adecuadamente la característica propia de la *custodia praestare*, a partir de la cual los clásicos habían construido la noción y que consistía en que, para hacerla efectiva, no era necesario demostrar que se había presentado de manera evidente la culpa del tenedor de la cosa en el cumplimiento de su deber de vigilar, cuidar o conservar la cosa.

A saber, esta responsabilidad radica en que no basta que el deudor demuestre que cuidó o vigiló la cosa correctamente, ya que, por tratarse de una responsabilidad objetiva, se responde por el solo hecho de que la cosa sufra deterioro o pérdida en su poder, salvo en

⁵⁸⁶ CANNATA, C.A., *La responsabilità contrattuale*, en Iura, 43, 1992, p. 164.

caso de acaecimiento de un hecho irresistible e imprevisible. Tal deber aparece en aquellas situaciones en que la conservación de la cosa se confía a uno de los contratantes que detenta la cosa en provecho propio y que, viniendo obligado a la restitución, la pérdida de la misma le hace incurrir en responsabilidad⁵⁸⁷.

Este mismo enfoque lo encontramos en DE ROBERTIS⁵⁸⁸ al expresar la dificultad que se presenta al pretender aclarar con exactitud el fundamento de la responsabilidad objetiva, que marcaba el criterio de custodia en la época clásica:

La gran questione con cui abbiamo preliminarmente a confrontarci è quella in ordine al senso e alla portata degli interventi innovativi di Giustiniano sui testi classici utilizzati. Su de essi la moderna dottrina –dal Seckel al Kunkel, dall’Arangio-Ruiz al Luzzato, dal Berti al Cannata- appare singolarmente discorde, specie per quel che riguarda il ruolo tenuto –ai fini de lla imputazione di responsabilità- da alcuni parametri di valutazione come quelli di *diligentiae*

⁵⁸⁷ IGLESIAS, J., *Derecho romano...op. cit.*, p. 495; tal deber va aparejado a situaciones en que la conservación de la cosa se confía a uno de los contratantes. Detentando la cosa un contratante en provecho propio y viniendo obligado a la restitución, la pérdida de la misma le hace incurrir en responsabilidad.

⁵⁸⁸ DE ROBERTIS, F., *Responsabilità contrattuale (Diritto romano)*, Enciclopedia del Diritto, XXXIX, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p.1056.

di *culpa*, attinenti (almeno aparentemente) al momento subbiettivo.⁵⁸⁹

Por último, podemos ver cómo PERNICE aborda, igualmente, el tema de la evolución del concepto, al tocar el asunto relacionado con la reclamación de la obligación del *custodiam praestare*, que es interpretada por unos como una referencia a la simple actividad de custodiar, pero por otros como una figura particular de responsabilidad objetiva por el hurto, extensible también al daño de la cosa debida y que debe ser restituida⁵⁹⁰. Es esta extensión la que permite considerar la aplicación de la responsabilidad por custodia al evento de la *locatio conductio rei*, como se verá más adelante.

4.2.2. NEGOCIOS JURÍDICOS EN LOS QUE SE APLICA EL CRITERIO CLÁSICO DE *CUSTODIAM PRAESTARE*.

Ahora bien, pese a la transformación que se le dio al concepto clásico de custodia en la en la compilación justineana, se pueden apreciar ciertas relaciones negociales en los que subsiste la obligación de custodia como una especie de responsabilidad objetiva, las cuales para una mayor comprensión del tema, se detallan a continuación.

⁵⁸⁹ "Sull'accezione di *culpa* nel senso di causa v., per tutti, MITTEIS I., *Das römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 322", DE ROBERTIS, F., *Responsabilità contrattuale...*, op.cit., p. 1056 nt. 22.

⁵⁹⁰ KUNKEL, W., *Diligentia*, en ZSS 45, 1925, pp. 266 ss.; ARANGIO RUIZ V., *Responsabilità contrattuale...*, op.cit.; LUZZATO, G., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, I: La responsabilità per custodia*, Giuffrè Editore, Milano, 1938. En PERNICE, A., "*Custodia*", *Labeo...*, op.cit., VIII, B 2,1,4, Halle, 1878, pp. 339-360, cit. por SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare...*, op.cit., p. 62

Inicialmente, tenemos noticia de este tipo de relaciones con Gayo, cuando este trata las obligaciones *ex delicto*, en 3.205 y 3.206, sobre la responsabilidad del *fullo* y el *sarcinator*, por un lado, y del comodatario, por otro. En el caso de los primeros dos, el fundamento de la responsabilidad está en la doble circunstancia de haber recibido, en primer lugar, mercancías que el deudor debe devolver y, en segundo lugar, un precio por la labor que debe realizar. En cuanto al comodatario, la responsabilidad se fundamenta en el hecho de recibir la cosa para tenerla en comodato⁵⁹¹.

Téngase en cuenta que los lavaderos desarrollan la lavandería en áreas abiertas y el sastre remendón remienda los vestidos en las esquinas de la calle, por lo que lo más urgente era imponerles el riesgo del hurto⁵⁹². IGLESIAS admite que tal delito de hurto pueda dañar a quienes detentan la cosa en virtud de un contrato que lleva adherida la responsabilidad por *custodia*. En general, las acciones de hurto competen a toda persona que esté interesada en la

⁵⁹¹ A este respecto IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, *op. cit.*, p. 495, expresa: "Gayo nos habla del *fullo*, del *sarcinator* y del comodatario, que son responsables por razón de la *custodia*, y respecto de las cosas que les fueron entregadas para limpiar o arreglar (...) Los casos del *fullo* y del *sarcinator* –que no sabemos si tenidos como únicos por Gayo, o si este los refiere *demonstrandi causa*- fueron extendidos, probablemente, a la *locatio operis faciendi* y a la *locatio rei utendae*, cuando recaen sobre cosas muebles. Tomando por base la singular responsabilidad vinculada originariamente al *receptum* (...), así como el vendedor, por razón de la cosa vendida y todavía no entregada."

⁵⁹² El evento típicamente deducido de la *custodia* es el *furtum*, en lo que concuerdan, ARANGIO RUIZ V., *Responsabilidad contrattuale...*, *op.cit.*, p. 127; TALAMANCA, M, *Custodia...*, *op.cit.*, p. 562; PARIS, J., *La responsabilité de la custodia en droit romain*, Recueil Sirey Paris, 1926, pp. 95 ss. ; y ALEMÁN MONTERREAL, A., *El Arrendamiento...*, *op.cit.*, p.103. Para PARIS, J., *La responsabilité...*, *op.cit.*, pp. 47 ss, la responsabilidad del *fullo* y del *sarcinator* se explica por la operación económica: *custodiae nomine ex locato tenetur*.

conservación de la cosa: *cuius interest rem salvam esse licet diminus non sit*⁵⁹³.

Otro caso sería el consagrado en D.4.9.1, sobre la responsabilidad de los posaderos por las cosas que reciben en depósito de sus clientes alojados, *receptum cauponum*⁵⁹⁴, concepto en el que se comprenden también los navegantes y estableros. En contra del posadero o navegante, el edicto del pretor daba una *actio de recepto* al cliente para que le respondiera por cualquier pérdida o deterioro de la cosa⁵⁹⁵ derivados de un hecho del posadero mismo, de sus empleados o de sus huéspedes⁵⁹⁶, incluyendo el hurto⁵⁹⁷, sin necesidad de tener que probar dolo o culpa del posadero o del autor del daño, y sin que el posadero pudiera exonerarse sino por el acaecimiento de un caso fortuito o de una fuerza mayor⁵⁹⁸.

4.2.3. RESPONSABILIDAD POR CUSTODIA EN LA *LOCATIO CONDUCTIO REI*

Teniendo presentes los anteriores conceptos, pasemos a ver la cuestión en la *locatio rei*⁵⁹⁹. Una premisa derivada de una de las

⁵⁹³A este respecto IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, *op.cit.*, p. 476, sostiene: "como dice el propio Gayo, la *actio furti* es concedida a tales personas siempre que sean solventes; en el caso de que sean insolventes, como el propietario no puede conseguir de ellas una indemnización, tiene esta dicha *actio*".

⁵⁹⁴ D.4.9.1. Dice el Pretor: "Dare acción contra los navieros, mesoneros y estableros que no restituyan lo que de cualquier persona hubiesen asumido bajo su custodia..."

⁵⁹⁵ D.4.9.3.1. y D.4.9.3.5.

⁵⁹⁶ D.4.9.1.; D.4.9.6.3.; y D.47.5.1.6.

⁵⁹⁷ D.4.9.3.1-2; D.4.9.3.5; D.4.9.4pr.; D.19.2.40; D.47.5.1.4.

⁵⁹⁸ Esta excepción fue aconsejada por Labeon, según se lee en la parte final de D.4.9.3.1.

⁵⁹⁹ Una aproximación al tema de responsabilidad por custodia es posible con los siguientes autores: ARANGIO RUIZ, V. *Responsabilità contrattuale...*, *op.cit.*; LUSIGNANI, L., *La responsabilità per custodia secondo il diritto romano, I, Il receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, Modena, 1902; SARGENTI, M. *Problemi della responsabilità contrattuale*, en

obligaciones principales del arrendatario, restituir la cosa arrendada al vencimiento del contrato, permite concluir con COSTA que el *conductor* está llamado a responder por los daños ocasionados a la cosa por el hecho de terceros, o con ocasión de eventos naturales, si se ha omitido la guarda y preservación de la misma con diligencia y cautela⁶⁰⁰. Al respecto, ARIAS RAMOS afirma que cuando la prestación a que está obligado el deudor consista en conservar durante un cierto tiempo una cosa y luego devolverla, la conducta que debe observar puede decirse que se reduce a custodiar⁶⁰¹. En efecto, el autor dice que custodiar es una modalidad que presenta la diligencia a que está obligado el deudor⁶⁰².

Como se anotaba con anterioridad, acerca de si el *conductor rei* es responsable de la *custodiam praestare*, se han planteado notables discusiones⁶⁰³. Para ARANGIO RUIZ⁶⁰⁴ el único punto que debe ser

SDHI, 20, 1954, pp. 136 ss.; ALBANESE, B., *D.13.6.19 e D.19.2.41 nel quadro dei problema della "custodia"*, en Studi in onore di Giuseppe Grosso, I, Milano, 1968, pp. 79 ss.; HERRERA BRAVO, R., *La custodia como obligación...*, op.cit., p. 1408; PARIS, J., *La responsabilità...*, op.cit., p. 96; REYES, *Il caso fortuito*, cit.; CANNATA, C.A., *La responsabilità contrattuale*, op.cit., p. 164; TALAMANCA, M., *Custodia...*, op.cit., p. 562; VOLTERRA, E., *Instituciones...*, op.cit., p. 616.; ALEMÁN MONTERREAL, A., *El Arrendamiento de servicios...*, op.cit.; DE FALCO, I., *'Diligentiam Praestare'...*, op.cit.; LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M., *Receptum argentarii...*, op.cit. p. 723.

⁶⁰⁰ COSTA, E., *La Locazione...*, op.cit., p. 57.

⁶⁰¹ No solamente en la *locatio rei* es elemento central el *frui licere*, tal como se observa en D.19.2.9pr., no debe pensarse, tampoco, que podría reducirse solamente al *custodiam praestare*. Véase, para mayor claridad D.19.2.15.2 *in fine*, teniendo en cuenta una posible interpolación (Longo, *Sul regime...*); igualmente en esta perspectiva D.19.2.24 cuya referencia es genuina; interesante es también D.16.3.1.9.

⁶⁰² ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, op.cit. p. 575. Se debe anotar que, para este autor, en un principio la responsabilidad nacía solamente cuando la ejecución de la obligación se había imposibilitado por *factum debitoris* esto es, por un acto positivo del deudor. Pero, en las obligaciones de buena fe, como el alcance y contenido de las mismas se moldeaba con la elástica expresión de la fórmula *quid quid dare, facere, praestare oportere ex fide bona*, la jurisprudencia pudo permitirse un análisis minucioso de la conducta del deudor, apreciando en ellas no solo actos contra la lealtad o *FIDES* (dolo), sino un comportamiento contrario al cuidado o *diligentia* (culpa). Apareció así una medida, más delicada que la materialista del *factum debitoris*, de la responsabilidad del obligado.

⁶⁰³ Partidarios de la tesis afirmativa SCHULZ y SHEKEL; de la negativa HAYMANN y VÁZNY.

⁶⁰⁴ ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, op.cit., pp. 130 ss., el autor explica la responsabilidad por custodia principalmente (y en origen exclusivamente) en la imposición, al detentador de una cosa, del riesgo por el hurto cometido por otro, y entiende el hurto como un

observado, independientemente de la exégesis, es el de la poca probabilidad de una regla que se adapte igualmente a todos los *conductores rei*. Por consiguiente, lo que importa es ver dónde y cuándo concurre la oportunidad de imponer al *conductor* la responsabilidad objetiva. Sin embargo, para este autor, la obligación de custodia sólo cabe respecto de cosas muebles, como se puede ver en los comentarios insertos⁶⁰⁵.

Retomando el tema de la obligación de la custodia en la *locatio rei*, parece claro que el *conductor* es responsable de la preservación y defensa de la cosa, esto es, de la prestación de "diligencia" (custodia), tal y como se lee en C.4.65.28: "en el juicio, así de locación como de conducción, se comprende el dolo y la custodia, pero no también el accidente al que no se puede oponer resistencia"⁶⁰⁶. En este texto se consigna lo que sería una regla general respecto de las diversas hipótesis de *locatio rei*⁶⁰⁷.

También se discute acerca de si la responsabilidad por custodia solamente se predica, en la *locatio rei*, respecto de las cosas

desplazamiento de la cosa (*subreptio*), y afirma: "non si é mai potuto chiamare a respondere di custodia il detentore di un immobile, e in particolare l'affittuario o l'inquilino; mentre l'opportunità può presentarsi nelle locazioni di mobili. Se a ciò si fosse posto in mente, si sarebbe evitato di chiamare in causa tutto un grupo di testi che, riferendosi agli'immobili, é fuori di questione; e l'esegesi si sarebbe fatta molto agevole."

⁶⁰⁵ Véase nota 550.

⁶⁰⁶ Para SCHULZ, F., *Die haftung für das verschulden...*, *op.cit.*, cit por COSTA, E., *La Locazione...*, *op.cit.*, p. 57, la responsabilidad *suo nomine* del *conductor* por el hecho de los siervos propios, sería introducida por el derecho justineano; sin embargo, COSTA cree que la responsabilidad del *conductor* por la custodia de la cosa arrendada, es una regla sobresaliente, y no representa para nada una innovación justiniana. C.4.65.28: « *In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constant.* »

⁶⁰⁷ Para precisar en un ejemplo la regla anterior, véase D.19.2.12: "Sed etsi quilibet extraneus ignem iniecent, damni locati iudicio habebitur ratio.", al disponer que, si cualquier extraño prende fuego, se tendrá cuenta el daño en el juicio de locación.

muebles, quedando excluidos los inmuebles⁶⁰⁸. Como mencionábamos al expresar su criterio, ARANGIO RUIZ⁶⁰⁹ observa implícito el requisito de la movilidad de la cosa en el siguiente pasaje:

D.40.12.13.1 (Gai ad ed) *Item certum est, tam res nostras, quam res alienas, quae tamen periculo nostro sunt, in hanc actionem deduci, veluti commodatas et locatas; certe depositae apud nos res, quia nostro periculo non sunt, ad hanc actionem non pertinent.*

La acción se refiere, según Gayo, no sólo a las cosas en propiedad del supuesto patrono, sino también a aquellas que se encuentran a su riesgo, y aduce como ejemplo aquellas recibidas por él en comodato o en arrendamiento.

Sin embargo, no parece conveniente el argumento de una posible movilidad como requisito excluyente, tal y como se puede deducir en textos como D.19.2.25.3.⁶¹⁰, D.19.2.29.⁶¹¹, D.19.2.40.⁶¹², y

⁶⁰⁸ SECKEL, SCHULZ, HAYMANN, VÁZNY son aquí los que protagonizan la discusión, que ha quedado planteada supra sobre si la obligación de custodia en general cabe predicarse sobre los bienes inmuebles en aquellos contratos en que se detenta la cosa con la obligación de restituirla.

⁶⁰⁹ ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, *op.cit.*, pp. 134 ss.; el autor afirma que la referencia al comodato y al depósito señala la idea de una cosa mueble (con su característica especial de desplazamiento, movilidad); dice el autor que el texto (D.40.12.13.1), "se refiere a la acción dirigida contra el hombre libre que ha estado prisionero de alguno en calidad de supuesto siervo, para el resarcimiento de los daños que en tal condición ha ocasionado a los objetos contenidos en la casa patronal."

⁶¹⁰ D 19.2.25.3. *Conductor omnia secundum legem conductiois facere debet, et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempora faciat, ne intempestiva cultura deteriore fundum faceret; praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat.* El fragmento establece la obligación del arrendatario de hacerlo todo conforme al contrato de arrendamiento, y ante todo debe cuidar el colono de hacer a su tiempo las labores de campo, para que el cultivo fuera de tiempo no deteriore el fundo; además debe tener cuidado de las

D.19.2.41.⁶¹³, D.19.2.55pr.⁶¹⁴, D.19.2.60.9.⁶¹⁵. Todos ellos son muy significativos en materia de responsabilidad por custodia en la *locatio rei*, puesto que evidencian la presencia de la responsabilidad objetiva en situaciones disímiles que no suponen indispensable el criterio de movilidad para todas las ocasiones. Por lo tanto, aunque dicho criterio eventualmente esté presente, no se puede afirmar que se trate de una característica fundamental.

A esto último se puede añadir, con respecto al pasaje de Gayo que ARANGIO RUIZ interpreta como fundamental para excluir la responsabilidad en el arrendamiento de inmuebles, que no es posible

casas de campo, de suerte que las tenga sin deterioro. Es una responsabilidad objetiva en el cuidado del fundo que se analizará más adelante con todo detalle.

⁶¹¹ D.19.2.29. *In lege locatione scriptum eran: "redentorum silvam ne caedito, neve ciugito, neve deurito, neve quem cingere, caedere, urere sinito": quaerebatur, utrum redentor, si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet, an etiam ita silvam custodire, Respondi verbum "sinere" utramque habere significationem, sed locatorem potius id videre voluisse, ut redemptor non solum, si quem cau vidisset silvam caedere, prohiberet, sed uti curaret et dare operam, n equis caederet.* En este texto de Alfeno se plantea que en el contrato de arrendamiento se había pactado expresamente: "no corte el arrendatario el bosque, ni lo descortee, ni lo queme, ni deje que alguien lo descortee, corte, o queme", por lo que cabe preguntarse, ¿debería acaso el arrendatario prohibirla, si hubiese visto que alguien hacía alguna de estas cosas o custodiar también el bosque de modo que nadie pudiese hacerla? A lo que respondió, que la palabra "dejar" tiene ambas significaciones, pero que parece que el arrendador más bien quiso, no solamente que el arrendatario lo prohibiese, si por causalidad hubiese visto que alguien cortaba el bosque, sino que cuidase y procurase que nadie lo cortase. Siendo otro ejemplo de la obligación de custodia en inmuebles.

⁶¹² D.19.2.40. "Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat." En este fragmento, Gayo ordena que el que recibe retribución por la custodia de alguna cosa, responde del riesgo de esta custodia, sin distinguir sobre qué clases de bienes recae dicha obligación de custodiar.

⁶¹³ D.19.2.41. "Sede de damno ab alio dato agi cum eo non posse iulianus ait; qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit; quae sententia Marcelli probanda est." En este texto Ulpiano, expone el criterio de Juliano, quien considera que no puede ejercitarse acción contra él por el daño ocasionado por otro, ya que con qué cuidado se puede evitar ese daño? Pero según Marcelo, sí que puede ejercitarse acción, en caso de que hubiera podido vigilar para que ese tercero no causara daño o si el daño lo causó el mismo vigilante, debiéndose según Ulpiano, aprobar la opinión de Marcelo.

⁶¹⁴ D.19.2.55pr. "dominus horreorum effractis et compulatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum receipt". En este fragmento, Paulo dispone que el dueño de almacenes no se obliga porque hayan sido abiertos con fractura y robados, si no se encargó de su custodia.

⁶¹⁵ D.19.2.60.9. "Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter convenerit". En el texto Labeo opina, respecto de la custodia de cosas, que el dueño de un almacén debe responder a los arrendatarios no debe necesariamente responder el propietario del inmueble al almacenista de la totalidad de los almacenes, a menos de haberlo convenido así en el contrato de arriendo.

considerarlo de gran peso frente a la *locatio*, ni por su contenido ni por la *sedes materia*. Más aún, tampoco puede alcanzar a ser regla general, pudiéndose aceptar que es apenas un requisito aparente. A nuestro modo de ver, los pasajes que se mencionan, y otros que se analizarán posteriormente, son claros cuando en materia de responsabilidad por custodia en la *locatio rei* incluyen tanto bienes muebles como inmuebles.

Dicho esto, es necesario advertir que no es nuestra intención negar que D.40.12.13.1 se refiera al riesgo de la custodia *periculum custodiae*. Lo que se pretende aquí es dejar abierta la discusión y poner en evidencia que la custodia está presente en la *locatio rei* no sólo respecto de bienes muebles; y que lo cierto es que, a nuestro juicio, la dificultad del tema y los pocos argumentos para evidenciar la presencia de este deber en todos los contratos, especialmente en la *locatio rei* sobre bienes inmuebles, hacen que sea más confiable y aceptada la tesis de la movilidad como requisito de aplicación de esta figura.

Sostenemos, pues, y sin objeción alguna, que los pasajes dan testimonio claro sobre el origen de la figura y que la obligación de custodia es evidente, ciertamente con la mayoría de los ejemplos, en los contratos que versan sobre los bienes muebles con el ánimo de protegerlos de acciones dañinas provenientes de terceros, especialmente del hurto. Pero igualmente reconocemos otro grupo de

textos que permiten afirmar que la obligación de custodia también se puede predicar en el arrendamiento de inmuebles.

Consideramos oportuno añadir que, así como no es conveniente una óptica en donde se limita el deber hacia los bienes muebles, tampoco lo es una interpretación que se centra únicamente en el hurto como causa de la responsabilidad por custodia. Lo anterior tan solo conduciría a restarle importancia a la labor activa de prevención que se debe dar en relación a todos los aspectos del cuidado de la cosa en la *locatio conductio rei*.

Por otra parte y en vista de lo anterior, se puede concluir que, independiente de su relación con la movilidad o no de la cosa, y en un ámbito de aplicación amplio y generalizado de la figura de la custodia, es posible deducir la presencia de una responsabilidad objetiva. Para mejor desarrollar este último elemento de objetividad, se hace necesario acudir a diversos pasajes que permitan proyectar el estado de la cuestión. Se encuentra, entonces, el siguiente texto de Ulpiano, recogido en:

D.19.2.9.4. (Ulp., 32 ed.) Imperator Antoninus cum patre, quum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit: "Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest, iudicio locati casum praestare non cogaris, atque

*temporis, quod insecutum est, mercedes ut
indebitas recuperabis.*

El rescripto de Severo y Caracalla acotado por Ulpiano, exime de responsabilidad al *conductor* de un rebaño que ha sido víctima de abigeato. El desafortunado arrendatario deseaba saber si debía o no responder frente a la *actio locati* por el resarcimiento del perjuicio al dueño del rebaño⁶¹⁶, a lo cual Caracalla responde negativamente, diciendo "no serás obligado por la acción de locación a responder de este accidente", si se prueba que los ladrones robaron sin fraude (*citra fraudem*) del *conductor*⁶¹⁷.

Para COSTA, con el inciso *citra tuam fraudem* se deja entrever, en vista de la dificultad inherente a la guarda de la cosa arrendada y en vista de la difusión que en la provincia tenía el abigeato, una intención de valorar el contenido de la conducta del *conductor* con una amplitud inusitada respecto de los casos normales⁶¹⁸.

⁶¹⁶ No es del caso aquí tomar partido en la discusión acerca del destinatario del rescripto, tal vez un pastor, *conductor gregis pascendi*, ni tampoco en la afirmación relativa a una '*fattispecie*' de *locatio rei*; para SCHULZ, F., *Die haftung für das verschulden...*, *op.cit.*, p. 32, cit. por ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, *op.cit.*, p. 136, se trata de un caso de fuerza mayor; otros (HAYMANN, VÁŽNÝ) sostienen que siendo el abigeato ni mas ni menos que un hurto, el rescripto estaría diciendo que el *conductor* del rebaño no responde de la custodia. ARANGIO RUIZ, V., *ibid.*, pp 136 ss., debate el punto a la luz de la acción privada de hurto; se considera que lo adecuado es partir de la esencia misma de la responsabilidad por custodia, su carácter objetivo y su relación con la diligencia empleada. En este sentido, ARANGIO afirma que D.13.6.15.2 (...*dolum, culpam, diligentia, custodia*) presenta es una tautología.

⁶¹⁷ A este respecto véase FERRINI, C., *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale: estratto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta dal Prof. E. Pessina*, L'Erma, Roma, 1976, pp. 224 ss. Para ARANGIO RUIZ, V., *ibid.*, p. 137, interesante es el caso de la *effractura latronum*, en el cual el *custodiam praestare* es un elemento natural entre el *horrearius* y sus clientes, como puede leerse en D.19.2.60.6 y 9; por otra parte, el caso de *effractura* puede considerarse como un caso de fuerza mayor.

⁶¹⁸ Para BARON, J., *Diligentia exactissima diligentissimus pater familias oder die Haftung für custodia*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, no. 52, 1869, pp. 44 ss, cit. por COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, p. 58, en el derecho positivo justiniano la responsabilidad del *conductor* por

En un pasaje de Hermogeniano, se evidencia claramente un criterio objetivo de imputación de la responsabilidad, que hallamos en la siguiente forma:

D.19.2.12 (Hermog, 2 iur epi.) *Sed etsi quilibet extraneus ignem iniciarit, damni locato iudicio habebitur ratio.*

Aquí se nos indica directamente: "pero aunque cualquier extraño hubiese prendido el fuego, se tendrá cuenta del daño en el juicio de locación". Se puede afirmar que la responsabilidad es objetiva, por lo que se trata de un texto notablemente clásico⁶¹⁹, pues en I.3.24.5⁶²⁰ se inserta la regla postclásica, aquella según la cual la custodia debe ser la que un diligentísimo padre de familia emplea en sus negocios propios: "no es tanto un riesgo que se achaca a alguno, sino un comportamiento subjetivo del detentador sobre la cosa"⁶²¹. Conviene

la custodia llega a los límites de la fuerza mayor, y para LUSIGNANI, L., *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano, I: "receptum nautarum, cauponum, stabulariorum" e li altri casi di "locatio-conductio"*, Parma, 1903, pp. 52 ss, cit. por COSTA, E., *ibid.*, p. 57, la responsabilidad del *conductor* en el Derecho clásico no excedía los límites de la culpa.

⁶¹⁹ Ya en el derecho justineano predomina un criterio subjetivo en los términos atrás expuestos.

⁶²⁰ I.3.24.5: «*Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet; quam si praestiterit, et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.*» Con este carácter subjetivo consagra la ley colombiana la responsabilidad del arrendatario en la conservación cosa. Art. 1997.- "El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. Faltando a esta obligación, responderá de los perjuicios; y aún tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro." En la legislación española, también la responsabilidad es de carácter subjetivo, al tenor de las siguientes disposiciones: Art. 1561. "El arrendatario debe devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable." Art. 1563. "El arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya."

⁶²¹ ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, *op.cit.*, p. 132, según el cual "nel sistema giustiniano possiamo ritenere per fermo che l'obbligo della diligenza è eguale per tutti conduttori qualunque sia l'oggetto."

aclarar que el pasaje deriva de la *Res cotidianae*, pero tal derivación no significa verdaderamente que sea genuinamente clásico; sin embargo, no se excluye que probablemente haya sido elaborado sobre un principio antiguo.

Vale la pena mencionar un pasaje tomado del libro III del Digesto de Alfeno compendiado por Paulo y que encontramos en D.19.2.30.2, siendo este otro texto evidente en relación con una responsabilidad objetiva:

*D.19.2.30.2 Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, quum amiore onere conductor eas rupisset consulebat de acione; respondit, vel lege Aquilia vel ex locato recte eo eum agere; sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, quum mulas agitasset, ex locato, etiamsi alius eas rupisset, cum conductore recte agi.*⁶²²

En este ejemplo, se entregan las mulas en arriendo con el pacto de no exceder determinada carga en peso, pero el *conductor*, habiendo excedido el peso indicado, revienta las bestias (*rupisset*). Para ARANGIO RUIZ, el viejo jurista republicano afirma el carácter acumulativo de la acción *ex lege Aquilia*, la acción penal por el daño,

⁶²² D.19.2.30.2. "Uno que había dado en arrendamiento mulas para determinada carga, habiéndolas reventado el arrendatario con mayor carga, consultaba respecto a su acción; respondió, que con razón ejercitaba él o la acción de la ley Aquilia, o la de locación; pero que la de la ley Aquilia podía ejercitarse solamente contra aquel que entonces hubiese andado con las mulas, y la de locación, aunque otro las hubiese reventado, con razón se ejercita contra el arrendatario".

y de la acción contractual *actio locati*, aclarando, eso sí, que entre las dos hay una diferencia: en tanto que la primera compete contra aquél que ha cargado las mulas excesivamente, la segunda se intenta contra el *conductor* aunque haya sido otro el que cargó las mulas *cum eo agi posse*⁶²³.

Otro pasaje que debe ser observado, por tratar explícitamente la materia, nuevamente gira en torno al problema de la movilidad y de la *actio furti*⁶²⁴. El fragmento refiere que si alguno hubiese arrendado una cosa y se la sustraen por su culpa podrá ejercitar la acción de hurto. Así reza el texto:

D.47.2.14.12 (Ulp.ad Sab.) *Quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius surrepta sit res.*

Para ARANGIO RUIZ, la parte final sería espuria y prácticamente encaminada a sustituir la responsabilidad por custodia por aquella responsabilidad por culpa. Por consiguiente, plantea leer pura y simplemente "*quod si conduxerit quis habebit furti actionem*", una propuesta que, al cercenar parte importante del pasaje para su

⁶²³ ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, *op.cit.*, p.135, el jurista italiano considera que, en un sistema como aquél del *Corpus Iuris*, que fundamenta la responsabilidad sobre la culpa y sus derivados, la parte final del pasaje de Alfeno se entiende como relativa a la obra de persona dependiente del *conductor* o por él autorizada; razonamiento muy cierto aunque el pasaje limita las posibilidades; el autor concluye afirmando que la limitación no es propia del texto, el cual resulta de otro modo concebido y elaborado para ser relacionado a un criterio de responsabilidad objetiva.

⁶²⁴ D.47.2.14.12: Ulpiano comentarios a Sabino. "*Quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius surrepta sit res.*" (*Pero si alguno hubiere tomado en arrendamiento alguna cosa, tendrá la acción de hurto, si por su culpa hubiere sido sustraída la cosa.*)

exégesis, lleva a poner el interés y retornar sobre el párrafo precedente, que trata del siervo dado en precario, del hurto acaecido y la acción correspondiente⁶²⁵.

Sin embargo, es posible proponer, desde nuestra humilde opinión, una lectura del pasaje un tanto distinta, que sea acorde con fragmentos ya vistos con antelación y que dan cuenta de situaciones similares, con la finalidad expresa de proponer una interpretación encaminada a demostrar una responsabilidad objetiva. En este orden de ideas, consideramos que una reconstrucción más lógica sería "*quod si conduxerit quis, si subrepta sit res habebit fructu actionem*"⁶²⁶, sin importar si se trata o no de un siervo o de alguna cosa mueble. Cabe añadir que, al leerse en este orden, se denotan aquí las mismas características del *fullo* y el *sarcinator* para otorgar le *actio furti*. Puede concluirse, entonces, que todo *conductor* de cosa que sea víctima de hurto cuenta con la *actio furti*, puesto que es de su interés recuperar la cosa que está obligado a restituir al dueño.

⁶²⁵ D.47.2.14.11: Se puede preguntar si tendrá la acción de hurto el que en precario había rogado un esclavo, habiendo sido este sustraído. Y como no hay contra él acción civil, porque el precario es semejante a una donación, y por ello se consideró necesario también el interdicto, no tendrá la acción de hurto. Mas después de haber sido dado el interdicto opino que él responde también de la culpa, y que por tanto puede ejercitar también la acción de hurto. ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, *op.cit.*, p. 134, manifiesta que el párrafo 12 continúa el discurso del 11, y el objeto es siempre el siervo: cosa mueble, en atención a lo cual la responsabilidad del *conductor* por la custodia es perfectamente acorde con la regla que hemos leído en las Instituciones 3.24.5. Ciertamente el pasaje de las Instituciones cita como ejemplo situaciones en las que se observan cosas muebles, pero, el pasaje es posclásico y la regla justiniana es la misma para todos los 'subtipos' de *locatio* en los términos expuestos.

⁶²⁶ Al exponer el texto diciendo que: "si alguno hubiere tomado en arrendamiento alguna cosa, si por su culpa hubiere sido sustraída la cosa, tendrá la acción de hurto", no sólo se evita cercenar el texto, sino que adquiere una coherencia con lo visto en este título sobre la responsabilidad del *conductor*.

Otro pasaje cuyo contenido debe ser analizado, por cuanto se refiere concretamente a la *locatio conductio rei* y por la discusión que suscita su redacción, es el descrito en:

D.19.2.25.3. *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriore fundum faceret; praeteria villaram curare agüere debet, ut eas incorruptas habeat*

Para GUARINO, se trata de la obligación del arrendatario de conservar en buen estado la cosa, y su responsabilidad estaba fijada en los límites de la custodia⁶²⁷. Además, podemos observar que el texto es una clara muestra de la responsabilidad por custodia en la locación de fundo, cuando, con la expresión *colonus curare debet*, se hace referencia a que el colono debe hacer en forma oportuna las labores del campo para que el cultivo a destiempo no deteriore la productividad del terreno⁶²⁸.

La presencia del verbo *curare* se ha venido interpretando como la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa, en este caso, referida a las obligaciones contractuales. De la expresión que le sigue en este

⁶²⁷ GUARINO, A., *Diritto privato romano*, op.cit, p. 807, nt. 875

⁶²⁸ La responsabilidad del *conductor* por la custodia, descrita en este texto, es perfectamente acorde con la regla ya analizada e inserta en las Instituciones 3.24.5. Ciertamente el pasaje de las Instituciones cita como ejemplo situaciones en las que se observan cosas muebles, pero, el pasaje es posclásico y la regla justiniana es la misma para todos los 'subtipos' de *locatio* en los términos expuestos.

párrafo, *villarum curam agere debet*, se desvela la responsabilidad objetiva, en la cual el *conductor* debe cuidar las casas de campo de suerte que las tenga sin deterioro.

Del mismo modo, la imposición de una obligación activa de vigilancia de parte del *conductor*, esto es, de custodia sobre la cosa arrendada, puede observarse a la luz de un pasaje ya citado, pero que reiteramos por su pertinencia en el tema que se analiza:

*D.19.2.29 (Alf.7, Dig). In lege locationis scriptumerat: "redemptor silvam ne caedito, neve cingito, neve deurito, neve quem cingere, caeder, urere sirrito; quaerebatur, utrum redemptor, si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet, an etiam ita silvam custodire, ne quis id facere possit? Respondi, verbum <sinere> utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum, si quem casu vidisset silvam caedere, prohiberet, sed uti curare et daret operam, ne quis caederet."*⁶²⁹

⁶²⁹ COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, p. 61: "Para COING, H., en *Zür Methodik der republikanischen Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung*, en *Studi in Onore di Vincenzo ARANGIO RUIZ*, Vol I., Jovene, Napoli, 1953, el pasaje en comento estaría interpolado en la parte final [*sed uti curaret et darte operam, ne quis caederet*]".

En esta ocasión, la *lex locationis* impone al *conductor* de un fundo cuidar la selva allí existente "*neve quem cingere, caedere urere sinito*" importa para él la obligación de *curare et dare operam ne quis caederet*, más la medida de la custodia ordinaria; y le impone el empleo, en la guarda del fundo, de cautelas y provisiones mayores a las que usualmente le sería exigida si se tratara de otra clase de fundo, pues no basta que él se abstenga de ciertas conductas perjudiciales al bosque, debiendo adicionalmente, impedir que cualquier extraño lo llegare a deteriorar.

En el mismo sentido debe verse D.19.2.30.4⁶³⁰, que trata sobre un pacto en el arrendamiento de fundo con el cual el *conductor* se obliga a restituir, al término del contrato, la villa allí existente íntegra del deterioro que no dependa de vejez o fuerza mayor⁶³¹. Esta hipótesis se deduce de la parte final "*...non videri eam vim exceptam respondi, nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse*".

Así también, respecto de la responsabilidad objetiva en la locación de un fundo, debe observarse otro texto, en donde se formula el abandono que hace el *conductor* de un fundo, ante la llegada de un

⁶³⁰ D.19.2.30.4. (Alf, 7, Dig.) "Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem; coloni servus villam incendit non fortuito casu; non videre eam vim exceptam respondit, nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestare, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse" (Un colono había recibido la casa de campo con esta condición, que la devolviera sin deterioro, salvo el caso de fuerza, y el de vejez; un esclavo del colono incendió la casa no por caso fortuito; respondió, que no se consideraba exceptuado este caso de fuerza, y que no se pactó esto, que si algún domestico la hubiese incendiado no sería aquel responsable de ello, si no que ambos quisieron exceptuar la fuerza extraña.)

⁶³¹ Para COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, p. 62, este pacto servía para limitar la responsabilidad del *conductor*, por la custodia de la cosa, de peligros de extraños que la amenacen. Debe decirse que no se eximía el arrendatario de la responsabilidad que le incumbe por los daños que pueden derivarse del hecho culposo de los propios siervos.

ejército que procede a quitar las ventanas y otras piezas adheridas a la vivienda, y que, por ello, debe darle aviso al *locator* y responder por la acción de locación, a menos que demuestre que ni pudo impedir ni tampoco dar la señal de alarma para quedar, así, exonerado de responsabilidad. El pasaje en comento es el siguiente:

D.19.2.13.7. (Ulp., ad, ed.) *Exercitu veniente migravit conductor, deinde hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt; si domino non denuntiavit, et migravit, ex locato tenebitur; Labeo autem, si resistere potuit, et nos resistit, teneriait; quae sententia vera est; sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri.*

En este pasaje el jurista afirma que si el *conductor domino non denuntiavit*, y además emigró (*migravit*), queda obligado por la acción de locación; Ulpiano cita la opinión de Labeón, quien confirma nuevamente la presencia de una necesidad de previsión y cautela “*si resistere potuit, et non resistit, teneriait*”, respecto del contenido de la responsabilidad por custodia.

Finalmente, conviene analizar diversos pasajes que se refieren a casos de responsabilidad en la *locatio horrearum*, que terminan de confirmar la presencia del criterio y, por ende, de la teoría de la responsabilidad objetiva en la *locatio rei*. En este caso en particular, el *dominus horrearum* es un propietario de unos almacenes y en tal

calidad, los coloca a disposición de otras personas, para que éstas depositen bienes de su propiedad y en la que se evidencia una operación de *locatio conductio rei*⁶³², donde el *horrearius* sería el *locator* y los clientes *conductores*.

Para mejor comprensión del tema, es necesario reseñar un texto en el compendio que hace Javoleno de las obras póstumas de Labeo y que se encuentra en:

D.19.2.60.9. *Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter convenerit.*⁶³³

No es caso aquí, tampoco, proceder al análisis y la eventual discusión sobre la naturaleza de la operación económica alrededor de la figura. Lo que nos interesa es más bien resaltar que, en la jurisprudencia clásica, la responsabilidad por custodia del "*horrearius*" frente a los clientes que colocan sus cosas en los almacenes aparece como una regla indiscutible.

⁶³² PARIS, J., *La responsabilité...*, *op.cit.*, pp. 96 ss. Este autor encuentra un doble sentido en la expresión *horrearius*, uno que designa a la persona encargada de cargar y guardar las cosas del otro en los almacenes, probablemente por un salario; y otro sentido, que designa al propietario del local, almacén o graneros (*dominum horreorum*); VÁŽNÝ, *La custodia*, *op.cit.*, p. 37 citado por PARIS, J., *ibid.*, p. 96, ve en la *Custodia horrearii* un caso especial de "custodia" del *locator rei*.

⁶³³ D.19.2.60.9. "Opino que de la custodia de las cosas, de que el dueño de un almacén debiese responder a los arrendatarios, no debe al almacenista él que dá en arrendamiento la totalidad de los almacenes, si en la locación no se hubiese convenido lo contrario". Según PARIS, J., *La responsabilité...op.cit.*, por la interpolación del texto, se pronuncia EISELE, F., *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, en ZSS, 13, 1892, p. 152. Se nota en el pasaje la distinción entre *horreorum* (almacenista) y *horreario* (dá en arriendo la totalidad de los almacenes), menciona claramente la responsabilidad por custodia del *domini horreorum*, excluyendo de ella al *horrearius* o como dice PARIS el *tenancier des magasins généraux*.

En otro pasaje de Labeón, se describe como el arrendador de un almacén tuvo el propósito de no recibir a su riesgo joyas ni metales preciosos, pero que luego, a sabiendas que estaban almacenando oro, plata y perlas, y no impedirlo, queda obligado a responder por ellas:

*D.19.2.60.6. Locator horrei propositum habuit,
se aurum, argentum, margaritam non recipere
suo periculo; deinde quum sciret has res inferri,
passus est; proinde eum futurum tibi obligatum
dixit, acsi propositum fuit remissum; videtur.*

El deber de custodia es indicada con la expresión *recipere suo periculo*, la cual el profesor ARANGIO RUIZ considera que se discute sobre los límites que el "*horrearius*" puede imponer públicamente a su responsabilidad, y de la derogatoria tácita a la misma limitación, que se reconoce en el hecho de haber recibido conscientemente los objetos⁶³⁴.

Entonces, es posible afirmar que el "*horrearius*" responde por la custodia, que el *custodiam praestare* es un elemento natural del contrato entre el *horrearius* y sus clientes, pero que no responde por la *vis maior*. Para ratificar esta aseveración conviene reseñar el siguiente texto:

⁶³⁴ ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, *op.cit.* pp. 118 ss.

D.19.2.55. (Pau, 2 Sent) *Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit; servi tamen eius, cum quo contractum est, propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt.*⁶³⁵

Del mismo modo, interesa observar que en C.4.65.1. se establece el principio de la custodia y el exoneramiento en caso de *effractura*⁶³⁶. El *horrearius* no responde de la violencia irresistible, natural o humana que acceda a su almacén y destruya el contenido; es responsable, en cambio, de cada cosa que ingresa en el almacén y de su eventual pérdida, no interesa si a causa del personal o de otro cliente. Es evidente aquí, la similitud con la responsabilidad del *nauta*⁶³⁷.

En conclusión y conforme a lo expuesto, parece clara la presencia de la responsabilidad por custodia en la *locatio rei*; los pasajes mencionados atrás dan sustento a la afirmación. Hemos referido, además, de tal responsabilidad en el arrendamiento, la situación en la *locatio horrearum* por su cercanía con la *locatio rei*, y en los *receptanautarum* por su cercanía con la *locatio operarum*, aunque las

⁶³⁵ D.19.2.55pr. *El dueño de almacenes no se obliga porque hayan sido abiertos con fractura y robados, si no se encargó de su custodia; pero los esclavos de aquel con quien se contrató, pueden ser reclamados para ser sometidos al tormento para que hagan revelaciones respecto a los edificios.* Para ARANGO RUIZ, este pasaje de Paulo 2 Sent., ha dado lugar a grandes dudas; por otra parte, este pasaje debe verse junto con C. 4.65.4, se trata aquí también de la *effractura latronum*, esta última de la cual no responde el "*horrearius*" más sí expresamente de la custodia (D.19.2.60.6; C.4.65.1.).

⁶³⁶ La *effractura* se considera *vis maior*.

⁶³⁷ ARANGO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, op.cit., pp. 118 ss; PARIS, J., *La responsabilité...*, op.cit., pp. 96 ss.

referencias sean tangenciales. Muy a nuestro pesar, hemos omitido los interesantes casos de la responsabilidad por custodia del acreedor prendario y del *inspector*, debido a que sobrepasan el espacio y el propósito del presente trabajo.

CAPITULO VII

CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El contrato de arrendamiento debe darse por terminado cuando se presentan causas que conlleven la imposibilidad de procurar el uso y disfrute de la cosa por el arrendador. Esto puede ocurrir debido a circunstancias que no dependen de la simple voluntad del arrendador, sino que están condicionadas, ya sea por situaciones externas, que necesariamente conducen a la imposibilidad de que el contrato cumpla su objeto, ya sea por situaciones que se originan en causas legales.

Adicionalmente, encontramos otras causales de extinción del contrato, pero que ya provienen de la voluntad unilateral del *locator* o también por voluntad exclusiva del *conductor*. Estas se fundamentan especialmente en el incumplimiento de las obligaciones que emanan naturalmente del contrato o de aquellas que se hubieren pactado expresamente al momento de realizarse el acuerdo inicial. Procederemos a analizar cada una de estas situaciones.

1. POR DESTRUCCIÓN MATERIAL DE LA COSA ARRENDADA

Esta causase desprende de la naturaleza misma del contrato, ya que el arrendatario busca disfrutar la cosa y a cambio, realiza el pago de la *merces*. De esta manera, si la cosa se destruye totalmente, el *locator* no podrá cumplir con su obligación de permitir al *conductor* el goce de la cosa por la imposibilidad física de hacerlo y, por consiguiente, el *conductor* no tendrá que cumplir con su obligación de pagar la *merces*.

La destrucción total o parcial de la cosa arrendada nos lleva a hacer una referencia expresa al *periculum*, es decir, al riesgo de la destrucción o deterioro de la cosa por motivos ajenos a los contratantes, o sea, por una *vis maior*, ocurrida sin culpa ni dolo de alguna de las partes. Si la cosa arrendada perecía por caso fortuito, el *conductor* que no podía disfrutar de ella cesaba de pagar la *merces*, quedando en consecuencia los riesgos a cargo del *locator*. Acerca de los problemas del riesgo en la *locatio rei* hemos hablado en un acápite anterior, al tratar el *periculum locatoris* que conlleva como consecuencia la *remissio mercedis*.

Al respecto encontramos los comentarios al edicto de Ulpiano, en D.19.2.15.2⁶³⁸, comentado más arriba, al hablar de las obligaciones

⁶³⁸ D.19.2.15.2.- *Si Vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus, Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; si qua tanem vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri*

del arrendatario. En dicho pasaje, se puede resaltar especialmente la parte final del mismo: "*...Sed et si ager tarrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, dammo domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit*".

De lo expresado aquí, se es claro que en caso de un terremoto, o sea de una fuerza mayor, que arruine el campo de modo tal que no vuelva nunca a su estado anterior o, dicho de otro modo, que ocasione la pérdida de la cosa arrendada de forma que impida al arrendatario el uso o disfrute de la cosa en los términos pactados dentro del contrato de arrendamiento, éste es un riesgo que debe ser soportado por el arrendador y no por el arrendatario.

Esto significa que el contrato debe darse por terminado sin que el arrendatario deba seguir pagando el precio del arriendo desde el momento en que ocurrió el siniestro⁶³⁹. Similar situación se describe en un fragmento tomado del Libro XXXII de comentarios al edicto de Ulpiano recogido en,

praestare cogatur; sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse; idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager tarrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, dammo domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

⁶³⁹ El Código Español, al tratar el tema de la destrucción de la cosa arrendada en su Art. 1568, ordena que se de aplicación a los artículos siguientes: Art. 1182.- "Queda extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora"; Art. 1183.- "Siempre que la cosa se hubiere perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1.096"; Art. 1101.- "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas"; Art. 1124.- "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso en que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe".

D.19.2.19.6pr. Si quis, quum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis, rectissime Mela scripsit, ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum...

2. POR EL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO

La duración del arrendamiento es la que se fije en el contrato, por lo que la expiración de dicho plazo pactado produce la terminación del contrato de arrendamiento⁶⁴⁰. Pero antes de abordar los diferentes tipos de términos, comencemos por evocar las circunstancias históricas en las que se desarrollaron.

Como bien se sabe, los peregrinos que vienen a Roma para ejercer el comercio al por mayor, como grandes negociantes que eran, tienen la necesidad de alquilar inmuebles para instalar tanto a su familia como la sede de su establecimiento de comercio. Interesa observar que,

⁶⁴⁰ KASER, M., *Derecho Privado Romano, op.cit.*, p.130: "Si en el contrato se fija un determinado tiempo (En arrendamientos rústicos el plazo ordinario es de cinco años), cada una de las partes podrá, solamente, por causa de infracción contractual de la otra parte, dar por extinguido el contrato. Si el arrendamiento se concertó por tiempo indeterminado, puede la relación cesar en cualquier tiempo, por decisión unilateral de las partes. Si el *conductor* una vez expirado el plazo, continúa con el disfrute de la cosa, se considerará el contrato tácitamente prorrogado. No existe despido o desahucio, concebido como negocio jurídico, y solamente como fáctica cesión del contrato (expellere del arrendador, relinquere, migrare del arrendatario)."

aunque los arrendamientos urbanos⁶⁴¹ están regulados de manera diferente a los arrendamientos de predios rústicos, ambos tienen en común que son contratos celebrados generalmente por personas económicamente débiles, ya que los ciudadanos de cierta posición social cuentan con medios de fortuna que les permitía habitar en casa propia.

Al intensificarse el comercio y crecer el número de habitantes, también se hace necesario albergar aquellos artesanos y demás personas que se dedican a ejercer todo tipo de oficios, buscando satisfacer y proveer a las necesidades de la nueva urbe. Por esta razón, la insuficiencia de vivienda al final de la república y durante los dos primeros siglos del principado se hace sentir con todo su rigor.

De esta manera, las personas que están obligadas a vivir en inmuebles arrendados, se hallan a merced de los acomodados, los cuales imponen a su arbitrio y según sus propios intereses los términos en que se debe desarrollar el contrato de arrendamiento⁶⁴².

Es evidente la falta de sentido social y el interés estrictamente

⁶⁴¹ BELTRÁN LLORIS, F., *Lo mejor del arte romano*, Ediciones Contrastes S.A, Madrid, 1997, p. 42: "Las casas romanas urbanas eran principalmente de dos tipos: la llamada domus o casa señorial y los bloques de pisos para las clases menos acomodadas. De estas últimas no se constatan restos en Italia. Esta ausencia se puede achacar a varios motivos: por una parte, el ya aducido carácter señorial de las zonas excavadas; por otra, la situación de la zona antigua bajo el solar de *Santiponce* y por último, la propia constitución de este tipo de edificios, realizados en general con materiales poco duraderos que han dejado escasos restos. Esto no nos debe llevar a error, al considerar que la mayor parte de la población de Italia perteneciera a las clases adineradas. En realidad *la domus* o casa señorial albergaba no solo a la familia dueña del edificio, sino también a todas aquellas personas que se dedicaban al servicio o la administración doméstica (esclavos y personas de categoría social inferior). Además, la parte exterior de estas *domus* contaban con una serie de dependencias dedicadas a la fabricación, almacenamiento y venta de distintos productos que los romanos denominaban *tabernae* (tabernas). Estas tabernas eran pequeñas tiendas que a menudo servían también de vivienda al trabajador que las ocupaba. De modo que como vemos el término "casa" hace referencia a una realidad bastante distinta a lo que se identifica en la actualidad con ese término.

⁶⁴² NICOLET, C. *Roma y la conquista del mundo mediterráneo*, Editorial Labor S.A., Calabria, 1982, pp. 99 y SS.

comercial que motiva estos contratos⁶⁴³, razón por la cual, posteriormente, los compiladores intentan mejorar el contrato de arrendamiento en beneficio de los arrendatarios⁶⁴⁴.

2.1. Contratos a tiempo determinado expresa o tácitamente⁶⁴⁵

Volviendo ahora a la duración del contrato de arrendamiento, este puede ser a tiempo expresamente determinado por las partes, es decir, a un plazo pactado de antemano. Por ejemplo, a cinco años, a cuatro años, etc. Por consiguiente, el contrato se extinguiría con el cumplimiento del plazo pactado para su duración, sin necesidad de previo aviso.

⁶⁴³ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico, op.cit.*, pp. 520 y 521.

⁶⁴⁴ NICOLET, C., *Roma y la conquista...*, *op.cit.*, p. 102: "En la época del Imperio las viviendas de la clase popular sufrieron, bajo ciertos aspectos, una verdadera regresión. El excesivo aumento de la población trajo aparejada la necesidad de construir, no ya pequeñas casas particulares como se había hecho hasta entonces, sino grandes inmuebles de departamento que comprendían hasta 7 u 8 pisos. Estos edificios tenían vastas piezas separadas por medio de tabiques de madera. Las casas de departamentos de la burguesía y del pueblo, de las que existen importantes vestigios en antiguas regiones, nos revelan concepciones arquitectónicas asombrosamente modernas. Eran construcciones de dos o tres pisos que correspondían a igual número de departamentos, cada uno de los cuales disponía de una entrada independiente. Todos tenían, sin embargo, en común el patio interior. En la planta baja era frecuente encontrar tiendas. Las casas de ostia estaban provistas de grandes ventanas que se abrían a la calle, características que las diferencian de las viviendas pompeyanas."

⁶⁴⁵ En el Derecho colombiano, la Ley 820 de 2003, dispone en su Art. 5º.- "El término del contrato de arrendamiento será el que acuerden las partes. A falta de estipulación expresa se entenderá celebrado por el término de un año". La Ley 29 de 1994, que regula los arrendamientos urbanos en España, dispone en su Art. 9.- "1. La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a 5 años, llegado el día del vencimiento del contrato éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si ésta fuere posterior. Corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición. 2. Se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que no se haya estipulado plazo de duración o éste sea indeterminado, sin perjuicio del derecho de prórroga anual para el arrendatario, en los términos resultantes del apartado anterior".

Por otra parte, también es posible que las partes no fijen un plazo para la duración del arrendamiento, pero este aún puede deducirse tanto de su objeto como de la finalidad para la cual se presta la cosa dada en alquiler. Por ejemplo, se puede arrendar una vivienda, junto con su taberna y bodega, mientras la vigencia de determinada feria o mercado, lo que permite deducir que, finalizada la temporada, el contrato se entiende extinguido.

También puede ocurrir que la duración se determinarse con referencia a otros elementos, ya fuera acudiendo a los usos locales o a la forma de pactarse la renta, esto es, por meses, años o días⁶⁴⁶, siguiendo siempre las reglas de la buena fe que caracteriza al contrato de arrendamiento, tal y como lo dicen Diocleciano y Máximo Valerio en el siguiente texto:

*C.4. 65.19. Imp. Diocletianus et Maximianus
Valerio: "Circa locationes atque conductiones
maxime fides contractus servanda est, si nihil
specialiter exprimatur contra consuetudinem
regiones. Quodsi alii remiserunt contra legem
contractus atque regiones consuetudinem
pensiones, hoc aliis praeiudicium non possit
afferre."* diocl. et maxim. aa. et cc. iulio*

⁶⁴⁶ Este criterio lo encontramos hoy en el Art. 1581 del Código Civil español, con referencia a los predios urbanos. La norma dice así: "Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término".

*valentino. * <a 293 s. v k. mai. heracleae aa.*
conss.

Aquí se detalla que en los predios urbanos, el contrato de arrendamiento se regía por costumbres totalmente diferentes a la de los predios rurales, por lo que el tiempo era libremente convenido por las partes, generalmente al arbitrio del arrendador, que era la parte dominante de la relación. Añade que el plazo expresamente determinado por las partes extingue el contrato sin necesidad de dar aviso previo. Esta regla tiene su excepción, como es el caso en que se presente la tácita reconducción o *relocatio tacita* en el cual, como lo veremos más adelante, el contrato se prorroga por un año, si se trata de fundos rústicos, o hasta que el *locator* así lo solicite, si se trata de predios urbanos.

Si se fija un plazo en los contratos sobre inmuebles, éste obliga a las partes, pudiéndose afirmar que la tácita reconducción es una figura tendiente a volver indefinido el contrato⁶⁴⁷. De igual manera, si se ha negociado un pacto expresamente por las partes, el *locator* no podrá exigir la devolución de la cosa antes del vencimiento del plazo y el *conductor* no puede abandonar el inmueble antes del vencimiento del término⁶⁴⁸. En otro aspecto, una constitución de Zenón⁶⁴⁹ castiga la

⁶⁴⁷ LÓPEZ PEDREIRA, A. *Emptio Tollit Locatum...*, *op.cit.*, p. 64.

⁶⁴⁸ Una Constitución de Zenón, C.4.65.34, atenta a las particulares condiciones agrícolas y sociales de la época, facultó a ambas partes para apartarse del arrendamiento dentro del primer año, así en Italia como en las provincias.

⁶⁴⁹ C.8.4.10pr.: *Imperator Zeno.*- « *Non ab re est, quemadmodum possessionis alienae invasores tam vetus quam praesens sacra constitutio censuit puniendos, nec conductoribus et possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem*

injusta oposición del *conductor* a restituir al vencimiento del plazo, como si se tratara de invasión de la posesión ajena.

Si bien es cierto que en el Derecho clásico el *conductor* podía abandonar la tenencia de la cosa, no quedaba liberado de cumplir con su obligación periódica de cancelar la *merces*, hasta la extinción del plazo. En el Derecho justineano esta obligación se restringe hasta el límite de los daños e intereses⁶⁵⁰.

Así, lo encontramos en un texto de Paulo en sus comentarios al Edicto, donde se faculta al dueño del predio a demandar al inquilino o colono, sea una casa o un fundo arrendado por un quinquenio y que fuere abandonado antes de cumplirse el plazo, el que se reseña en el siguiente fragmento:

D.19.2.24.2. (Paul., 34 ed.) *Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum iis statim agere.*

En similar sentido se pronuncia Paulo en una sentencia de su libro II, al establecer que si se hubiere abandonado antes de tiempo el fundo

rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus adlegatio competeret, duxerint resistendum, et non protinus, id est non expectato iudiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. » * zeno a. sebastiano pp. * <a 484 d. v k. april. constantinopoli theodorico cons.>

⁶⁵⁰ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano, op.cit*, p. 497.

sin una justa causa, puede ser demandado por el dueño con el fin de pagar las rentas del alquiler del tiempo restante, según lo recopilado en:

D.19.2.55.2. Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabile causa deseruerit, ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in it, quod eius interest, indemnitas servetur.

Una variación a las disposiciones anteriores se encuentra en el texto que se inserta a continuación, donde el *conductor* viene obligado a pagar la totalidad de la *merces* cuando abandona el fundo sin justa causa antes del tiempo convenido, pero no tendría que pagar suma alguna si el abandono obedeciera a una fuerza mayor. Así se expresa en el siguiente pasaje:

D.19.2.27.1. (Alf, 2 Dig.) Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem, necne? Respondit, si causa fuisset, cum periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilominus debere.

2.2. Contratos de arrendamiento a tiempo realmente indeterminado

En segundo lugar, se pueden encontrar otra clase de contratos, aquellos en que no se hubiere señalado expresamente un plazo o éste no se hubiere podido deducir según la finalidad del contrato o cualquier otro elemento que permitiese determinarlo. Estos contratos indeterminados sólo pueden extinguirse a petición de cualquiera de las partes, puesto que su misma indeterminación conlleva a que, mientras el *locator* permita el uso y disfrute del bien y el *conductor* pague la renta de alquiler, el contrato se mantenga de manera indefinida en el tiempo, pudiendo incluso subsistir hasta la muerte del arrendador.

Por eso es posible, dentro de esta última clasificación, hablar de las locaciones perpetuas, que se convierten en la legislación justineana en la enfiteusis, de la que se hablará más adelante. De esta manera, los arrendamientos pactados bajo un plazo extintivo indeterminado, se prolongan en el tiempo hasta que surja una de estas dos situaciones: la manifestación de voluntad expresada por cualquiera de las partes, o que el contrato se entienda prorrogado por la aquiescencia tácita de las partes.

En la primera de las hipótesis se tiene que cualquiera de las partes podía terminarlo unilateralmente, sin necesidad de dar un preaviso con la debida antelación a la otra, siendo suficiente la manifestación

de voluntad o el comportamiento de hecho de cada uno de los contratantes⁶⁵¹. Por consiguiente, es posible la manifestación del *locator*, al exteriorizar su voluntad de dar por terminado el contrato desalojando al *conductor* (*expellere, repellere*), según se ha reseñado en un texto de Pomponio de comentarios a Sabino y compendiado en el siguiente fragmento:

*D.19.2.4: (Pomp, 16 ad Sab) Locatio precarive
rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset
dedisserve, vellet, morte eius, qui locavit, tollitur*

En este texto se expresa la posibilidad de que se pacten tanto el arrendamiento como en el precario a ruego, bajo una condición resolutive meramente potestativa de la voluntad del acreedor, esto es, hasta que quisiera quien hubiera entregado la cosa en arrendamiento o precario, añadiendo que el contrato quedaba resuelto por la muerte del arrendador. Se tiene también que la actuación puede provenir unilateralmente del *conductor*, abandonando el predio o devolviendo la cosa mueble al *locator* (*relinquere, migrare, dicendere, deserere*) con miras a dar por terminado el contrato.

En cuanto a la segunda posibilidad que se presenta ante el no señalamiento del plazo de duración del contrato, y en el cual ninguna

⁶⁵¹ Adicionalmente, en el Derecho romano no se conoció la figura jurídica del desahucio o la manifestación unilateral de una de las partes, dada con cierta anticipación, sobre su voluntad de dar por terminado el contrato. FLORIS MARGADANT, G., *El Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 401.

de las partes manifiesta su deseo de terminar la relación contractual, se nos presentan dos situaciones de acuerdo al tipo de predio. Si atañe a un predio rural, se entiende que el contrato se prorroga por un año más, a razón del ciclo anual de las cosechas y tiempo necesario para recoger los frutos, y así sucesivamente se entiende renovado año por año, incluso si el primer plazo hubiere sido el de un lustro⁶⁵².

Por otro lado, si corresponde a un predio urbano⁶⁵³, el contrato va renovándose por tiempo igual al que se hubiere habitado, es decir, día a día, siempre y cuando no se haya pactado un plazo cierto para el arrendamiento. Así lo determina un texto de Ulpiano, recogido en este pasaje:

⁶⁵² El espíritu de este pasaje del Digesto, se mantiene vigente en las legislaciones contemporáneas. Así es como en la legislación española, encontramos que dispone el Art. 1577.- "El arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o mas años obtenerlos. El de tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas".

En el Código Civil colombiano la norma relacionada se encuentra en el capítulo relativo al arrendamiento de predios rústicos. Art. 2043.- "No habiendo tiempo fijo para la duración del arriendo, deberá darse el desahucio con anticipación de un año para hacer cesar. El año se entenderá del modo siguiente: El día del año en que principió la entrega del fundo al colono, se mirará como el día inicial de todos los años sucesivos, y el año de anticipación se contará desde este día inicial, aunque el desahucio se haya dado algún tiempo antes. Las partes podrán acordar otra regla, si lo juzgaren conveniente".

⁶⁵³ Para el arrendamiento de inmuebles urbanos, también se consagra una solución para los casos de arrendamientos a plazo indeterminado tanto en la legislación colombiana como en la española. El Código Civil colombiano en su Art. 2009: "Desahucio cuando no se fija el tiempo del arriendo.- Si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciendo a la otra, esto es, noticiándolo anticipadamente. La anticipación se ajustará al período o medida del tiempo que regula los pagos. Si se arrienda a tanto por día, semana, mes, el desahucio será respectivamente de un día, de una semana, de un mes. El desahucio empezará a correr al mismo tiempo que el próximo período". Respecto de la legislación española, En la nueva Ley 4 de 2013 sobre flexibilización y fomento del mercado de vivienda, promulgada el 4 de junio de 2013, se establece en su Art. 9-2.- "Se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que no se haya estipulado plazo de duración o éste sea indeterminado, sin perjuicio del derecho de prórroga anual para el arrendatario, en los términos resultantes del apartado anterior".

D.19.2.13.11 (Ulp, 32, ed) Qui impleto tempore conductionis rimansit in conductione, non solum reconduxisset videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, et si Republicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post tinitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso quod tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in excerptis certum tempus conductionis comprehensum est.

Es importante resaltar en este punto las llamadas “locaciones perpetuas” que serán las que en época justineana vayan a dar nacimiento al derecho de Enfiteusis.

2.3. La *locatio perpetua*

El arrendamiento de uso y disfrute se podía convenir por tiempo indeterminado, según se deduce del fragmento C.4.65.10, cuando menciona que los arrendamientos a perpetuidad se transmiten a los herederos⁶⁵⁴. Semejante tratamiento, según G.3.145., se daba a los herederos en los *praedia municipi*, entregados a título de locaciones perpetuas en donde existía el contrato, transmitiéndose así a los herederos el Derecho hasta que desistiera una de las partes⁶⁵⁵. Sobre locaciones perpetuas se encuentran los siguientes textos:

Gayo 3.145. Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, veluti si qua res imperpetuum locata sit, quod euenit in praediis municipum, qae ea lege locantur, ut, quandiu uegtigal praestetur, neque ipsi

⁶⁵⁴ Gayo 3.145 – Gordiano C. 4.65.10 El emperador GORDIANO, Augusto, á POMPONIO.- Desconoces el camino de la verdad, estimando que los herederos del arrendatario no suceden en los arrendamientos, porque, si el arrendamiento es perpetuo, se transmite á los herederos, y si temporal, durante el tiempo de la localización le incumple también al heredero la carga del contrato. Dada á 8 de las Calendas de marzo, bajo el consulado de Gordiano y de Aviola (239).

⁶⁵⁵ LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit Locatio, op.cit.*, p. 67.

*conductorī neque heredi eius praedium auferatur;
sed magis placuit locationem conductionemque
esse.*

*C.4.65.10: Imperator Gordianus.- "Viam veritatis
ignoras in conductionibus non succedere heredes
conductoris existimans, cum, sive perpetua
conductio est, etiam ad heredes transmittatur,
sive temporalis, intra tempora locationis heredi
quoque onus contractus incumbat." * gord. a.
pomponio sabino. * <a 239 d. viii k. mart.
gordiano et aviola cons.>*

2.4. Reconductio o relocatio t cita⁶⁵⁶

Cuando el contrato tiene un término sealado para su vencimiento, una vez transcurrido éste lo propio sería que se diera por terminado el contrato y se procediera por parte del arrendatario a restituir el inmueble. Sin embargo, es posible que el arrendatario siga en la tenencia del inmueble y continúe cumplidamente con el pago del

⁶⁵⁶ En el Derecho colombiano la Ley 820 de 2003, se dispone en su Art. 6 .- "Todo contrato de arrendamiento para vivienda urbana se entenderá prorrogado en iguales condiciones y por el mismo término inicial, siempre que el arrendatario haya cumplido con las obligaciones a su cargo y se avenga a los reajustes del canon autorizados por las normas legales". La Ley 29 de 1994, en el derecho español, dispone en su Art. 10. Prórroga del contrato.- "Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquel, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con un mes de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovar el contrato. Al contrato prorrogado, le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviera sometido".

alquiler, sin que el arrendador manifieste su oposición a dicha situación.

En este punto es importante analizar los siguientes interrogantes:

¿Quién toma la iniciativa de prorrogar el contrato, el *locator* o el *conductor*? ¿Se entiende que hay una renovación tácita del contrato ante la voluntad de las partes de mantenerlo vigente? ¿Estamos frente a la *relocatio* tácita o *reconductio* tácita?

Al respecto, se encuentra el pasaje de Ulpiano tomado del Libro XXXII de sus comentarios al Edicto y recogido en *D.19.2.13.11*.⁶⁵⁷, donde se expresa la figura de la tácita reconducción al disponer que no solo quien ha cumplido el tiempo del arrendamiento permanece en la cosa arrendada y vuelve a tomarla en arriendo, sino que también se considera que subsisten obligadas las prendas, siempre y cuando las prendas no fueran constituidas por un tercero, porque en este caso,

⁶⁵⁷ *D.19.2.13.11 (Ulp, 32, ed) "Qui impleto tempore conductionis rimansit in conductione, non solum reconduxisset videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, et si Republicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductionis praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post tinitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso quod tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in exscriptis certum tempus conductionis comprehensum est". (No solamente parecerá que el que cumplido el tiempo del arrendamiento permaneció en la cosa arrendada, volvió a tomarla en arriendo, sino que también se considera que subsisten obligadas las prendas. Pero esto es verdad de este modo, si otro no había obligado por él una cosa en el primer arrendamiento; porque será necesario nuevo consentimiento de aquel. Lo mismo será, también si se hubieren dado en arriendo predios de la República. Mas lo que hemos dicho, que por el silencio de una y de otra parte se considera que el colono volvió a tomar en arrendamiento, se ha de entender de modo, que se considere que renovaron la misma locación por aquel mismo año, que callaron, no también por los siguientes años, aún si desde un principio se había señalado acaso un lustro para el arrendamiento. Pero si tampoco en el segundo año después de finido el lustro se hubiere tratado nada en contrario, también se considera que subsistió la misma locación para aquel año; porque por lo mismo, que callaron, se considera que consintieron, y esto mismo se ha de observar después en cada año. Mas en los predios urbanos usamos de otro derecho, que cada uno se obligue por el tiempo que los hubiere habitado, si en escritura no se consignó tiempo cierto para el arrendamiento).*

se requiere el consentimiento de éste para entender renovada la garantía.

En texto se sirve del verbo *reconducere*, mientras el verbo *relocare* se utiliza en el pasaje que se inserta a continuación, donde se expresa que en caso que se hubiese pactado que se volvería a dar en arrendamiento una obra, si llegado el plazo de terminación no se hubiere arrendado a un tercero, se entenderá renovado el contrato por igual plazo y bajo la misma condición:

*D.19.2.13.10. Si lege operis locande
comprehensum esset, ut, si ad diem effectum
non esset, relocare id liceret, non alias prior
conductor ex locato tenebitur, quema si eadem
lege relocatum esset; nec ante relocari id potest,
quema dies efficiendi praeteriisset.*⁶⁵⁸

Algunos intérpretes emplean el término *relocatio* adicionando el adjetivo tácita, pero dicha expresión no parece ser usado por los romanos con este significado, sino con el significado de arrendar a una tercera persona⁶⁵⁹.

Por otra parte, existe otro texto de Ulpiano, tomado del Libro LXXI de sus comentarios al Edicto, de apariencia similar al reseñado antes e

⁶⁵⁸ D.2.1310. "Si en un pacto para dar en arriendo una obra se hubiese consignado, que si para tal día no se hubiese hecho, sería lícito volverla a dar en arriendo, el primer arrendatario no se obligará por la acción de locación de otro modo, que si se hubiese vuelto a dar en arrendamiento con la misma condición; y no puede volverse a dar en arriendo antes que hubiese pasado el día de terminarse".

⁶⁵⁹ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, op.cit., p. 518.

inserto en D.19.2.13.11. Aquí nuevamente se le da un valor positivo al silencio de las partes, al interpretar en éste la voluntad de que se continúe con el contrato, ya que esta manifestación no requiere ciertamente ni de palabras, ni de escrituras, sino que se convalida por el nudo consentimiento:

*D.19.2.14. (Ulp. 71, ed) Qui adcertum tempus
conducit, finito quoque tempore colonus est;
intelligitur enim dominus, quum patitur colonum
in fundo esse, ex integro locare; et huiusmodi
contractus neque verba, noque scripturam,
utique desiderant, sed nudo consensu
convalescunt. Et ideo si interim dominus furere
coeperit, vel decesserit, fieri non posse Marcellus
ait, ut locatio redintegretur; et est hoc verum.⁶⁶⁰*

En el texto se da a entender que las partes continúan comportándose como si el contrato continuara vigente. Es decir, que el *conductor* se mantiene en la tenencia del bien una vez concluido el plazo y el *locator* no le pide la restitución, entendiéndose que ha sido prorrogado en las mismas condiciones del anterior, en cuanto al precio y el plazo.

⁶⁶⁰ D.19.2.14. "El que toma en arrendamiento hasta cierto tiempo, es colono aún después de transcurrido el tiempo; porque se entiende que el dueño, consintiendo que el colono permanezca en el fundo, lo da nuevamente en arrendamiento; y semejantes contratos no requieren ciertamente ni palabras, ni escrituras, sino que se convalidan por el nudo consentimiento. Y por esto, si entretanto el dueño hubiere comenzado á enloquecer, hubiere fallecido, dice Marcelo, que no puede hacerse que se renueve el arrendamiento; y esto es verdad."

Ahora bien, como indica CICOGNA⁶⁶¹, a pesar de la aparente similitud de los dos textos, en realidad cada uno repara sobre diferentes situaciones. En el primer texto, la *relocatio tacita* aparece ya como una premisa, mientras que la importancia directa está en las palabras *sed etiampignora videntur durare obligata*. Y si llegara a quedar alguna duda, viene además confirmada por las palabras *sed hoc ita verum est, si nos alius pro eo in priore conductione res obligaverat*, que indican que se están refiriendo a las garantías⁶⁶².

Por consiguiente, el objetivo del fragmento D.19.2.13.11., además de hacer referencia a las garantías, es el de fijar la duración de la tácita reconducción, que aquí da ya por establecida sin entrar a prejuzgar las razones de la misma. No ocurre lo mismo con D.19.2.14., que sanciona este principio y además presenta, frente al supuesto anterior, el consentimiento concurrente de las partes, *fundo esse patitur*, que parece indicar que el tácito consentimiento habrá de referirse sólo a estos supuestos, sin que pueda ser generalizado. Tampoco se deja de precisar que todo lo anterior solo es posible bajo el supuesto de que ninguna de las partes haya perdido su capacidad de consentir.

⁶⁶¹ CICOGNA, G. *Sulla così detta relocatio tacita*, en Archivio giuridico "Filippo Serafini", 74, 1905, pp. 259 ss., en LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit Locatum*, *op.cit.*, p. 60.

⁶⁶² Puede integrarse este fragmento con C.4.65.7: *Imperator Alexander Severus.- Si, cum hermes vectigal octavarum in quinquennium conduceret, fidem tuam obligasti posteaque spatio eius temporis expleto, cum idem hermes in conductionem ut idoneus detinerentur, non consensisti, sed cautionem tibi reddi postulasti, non oportere te posterioris temporis periculo adstringi competens iudex non ignorabit.* * alex. a. septimio terentiano mil. * <a 227 pp. v id. ian. albino et maximo cons.>

Otro problema que se plantea es el de determinar si, como consecuencia de esta renovación o *relocatio tacita*, se entiende que se ha contraído un nuevo contrato o, por el contrario, lo que hay es una prórroga del contrato anterior. Según la mayoría de la doctrina⁶⁶³, puede entenderse que se trata de una nueva locación, especialmente de acuerdo con D.19.2.13.11. Sin embargo, CICOGNA afirma que, en relación con los textos citados, puede mantenerse una dualidad de criterios pues se habla tanto de *reconduxisse videri, ovideantur eandem locationem renovasse* como de *eadem locatione conductor permanserit*, este último en C.4.65.16⁶⁶⁴. Incluso, agrega, dentro de este último texto hay otra contradicción pues habla de *renovare eandem locationem* mientras que Ulpiano, en D.19.2.14., habla de *ex integro locare*.

Ahora bien, aun en el supuesto de que se tratase de la prórroga del mismo contrato, lo que no se va a mantener, a pesar de que se mantengan las condiciones del mismo, es su duración. Por ello, aun cuando el contrato, tratándose de fundos rústicos, fuera de cinco años, una vez transcurridos éstos se entiende que la renovación será por un año y así sucesivamente para los años posteriores.

⁶⁶³ Especialmente GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, Libro XIX, (traduc. Italiana F. Serafini), Milano, 1907, pp. 46 ss.; WINDSCHEID, B. *Diritto delle Pandette II*, (Trad. Italiana de Fadda y Benn), Torino, p. 402; FERRINI, C., *Manuale di Pandette* (4ª Edición), Milano, 1953, pp. 701 ss.

⁶⁶⁴ C.4.65.16: *Imperatores valer., gallien.- Legem quidem conductionis servari oportet nec pensionum nomine amplius quam convenit reposci. sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum et in eadem locatione conductor permanserit, tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur. * valer. et gallien. aa. et c. aurelio timotheo. * <a 260 pp. iiii k. aug. saeculare ii et donato cons. >*

La razón de ser de esta modalidad parece estar en la naturaleza misma del arrendamiento de *praedia rustica* y al silencio mismo de las partes. Dado que el comportamiento de estas últimas debe interpretarse según las reglas de la buena fe, resulta lógico que la *relocatio* se entienda realizada por el período más breve posible, sin dejar de tener en cuenta que en los arrendamientos de predios rústicos, por la lógica misma de la recolección de los frutos o al sistema del cultivo propio de estos fundos, se entiende que este período es normalmente el del año agrícola⁶⁶⁵.

Ahora bien, respecto de los *praedia urbana*, según el parecer de Ulpiano, en ellos se usa otro derecho:

D19.2.13.11. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.

No obstante lo expresado en el texto y a pesar de la aparente contradicción respecto de los predios rústicos, en realidad se está siguiendo un mismo criterio⁶⁶⁶; es decir, entender hecha la *relocatio tacita* por el período de tiempo más breve siempre que sea posible su utilización, según las reglas de la buena fe. Como en estos

⁶⁶⁵ Afirma CICO GNA, G., *Sulla cosi detta...*, *op.cit.*, p. 264, que este texto no es sino la expresión de un caso concreto y de la norma relativa al mismo, que llegaría sin embargo, a tener alcance general. En contra podría citarse la opinión de COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, p. 104, que afirma que al menos en el Derecho clásico, la renovación del contrato se haría por el mismo tiempo que habría tenido el contrato primitivo.

⁶⁶⁶ CICO GNA, *ibid.*, p. 269, indica que en la *habitatio* se concreta el *frui* de los fundos urbanos locados. En LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit Locatum*, *op.cit.*, p. 60.

arrendamientos es posible obtener el beneficio en cualquier momento, y la renovación diariamente, no hay que establecer para la tácita reconducción una duración tan larga como la que se establece para los *praedia rustica*, donde solo una vez al año se obtienen los frutos.

Es por esta razón que, según indica GLÜCK⁶⁶⁷, en materia de *praedia urbana* el Derecho romano no ha establecido ningún término para la duración de la renovación tácita del mismo y, mientras no se diga nada por parte de alguna de las partes, se debe entender que el contrato se sigue prolongando en el tiempo. De esta forma, por ejemplo, si la renta es por meses, este se prolongará mensualmente mientras siga pagándose la renta mensual y hasta que una de las partes ponga fin al mismo.

3. POR MUERTE

Ahora resulta pertinente examinar si la muerte de una de las partes es o no causa de extinción del contrato.

3.1. Por la muerte del *locator*

Al iniciar el análisis de esta causal, encontramos que no hay opinión

⁶⁶⁷ GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, op.cit., p. 58.

unánime, tal y como lo podemos apreciar en los pasajes que se reseñan. Por un lado podemos encontrar aquello en los que se indica que la muerte del arrendador hace cesar la *locatio conductio*. En este sentido, encontramos la opinión de Pomponio, en el Libro XVI de sus comentarios a Sabino y reseñado en D.19.2.4., al igual que un texto de Paulo citando a Cassio, en el libro IX de comentarios a Plauto, reseñado en D.34.3.18,

Así tenemos que en D.19.2.4., se establece, de manera directa y clara, que tanto la locación como el precario a ruego, hecha bajo condición meramente potestativa de la voluntad del arrendador, se extinguen por la muerte del que daba en arriendo, mientras que en D.34.3.18., el colono puede ejercitar la acción de testamento contra el heredero para hacer cesar el arriendo ante la muerte de su arrendador:

*D.19.2.4. (Pomp, 16, ad Sab) Locatio precariive
rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset
dedisserve, vellet, morte eius, qui locavit,
tollitur.⁶⁶⁸*

*D.34.3.18. (Paul. 9, ad Plautium). Cassius:
etiamsi habitatio eo modo legata esset,
gratuitam habitationem heres praestare deberet;*

⁶⁶⁸ D.19.2.4.- "La locación ó el ruego de precario hechos de este modo, hasta que quisiera el que hubiese entregado en arrendamiento la cosa, ó la hubiese dado, se extinguen por la muerte del que la dio en arrendamiento".

et praeterea placuit, agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione; quod rectissime dicitur.

Al mismo tiempo encontramos el texto del D.19.2.32, donde se expone, de manera más compleja, que a la muerte del arrendador de un fundo, quien a su vez se lo entregó en legado a un tercero, queda al arbitrio del colono seguir cultivando el fundo o desistir del contrato, quedando así facultado para decidir si continúa o no con el contrato vigente puesto que aunque la obligación contractual se mantiene con el heredero, el fundo es ahora de propiedad de un tercero con quien puede tener discrepancias. Así se dice en:

D.19.2.32. (Jul. 4, doctr. Minicio) Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit; Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quodsi colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere, sicuti si quis rem, quam vendidisset, necdum tradidisset, alii

*legasset, heres eius emtori et legatario esset
obligatus*⁶⁶⁹.

Por consiguiente, el colono no puede ser obligado a cultivar el fundo puesto que esto no entraría en los intereses del heredero, con quien mantiene el vínculo contractual. No obstante, si el colono tiene intención de continuar el contrato y el legatario se lo impide puede intentar una acción contra el heredero.

De lo anterior se desprende que la muerte del *locator* no hace necesariamente cesar el contrato de arrendamiento. Aunque continuar con el contrato puede resultarle indiferente al heredero, puede que no al legatario, quien, aun así, no puede obligar al colono a que continúe con el cultivo del fundo⁶⁷⁰. Ahora bien, si bien es cierto que la muerte del *locator* no es razón suficiente para que termine el contrato, es posible que el causahabiente del bien no quiera mantenerlo. Entonces podrá darlo por terminado asumiendo las consecuencias jurídicas que de dicha terminación unilateral se

⁶⁶⁹ D.19.2.32: "Uno que había dado en arrendamiento por muchos años un fundo para que se cultivase, falleció, y legó este fundo; dijo Cassio que no podía ser obligado el colono á cultivar el fundo, porque nada le importaría al heredero. Pero si el colono quisiera cultivarlo, y se le prohibiese por aquel a quien hubiese sido legado el fundo, tiene el colono acción contra el heredero, y este quebranto corresponde al heredero, así como si alguno hubiese legado á otro la cosa que hubiese vendido, y que aun no hubiese entregado, su heredero estaría obligado al comprador y al legatario".

⁶⁷⁰ Otros textos que plantean dudas acerca de si la muerte es o no causa de extinción del contrato, serían D.19.2.9.1. "si fructuarius locaverit fundum in quinquenium et decesserit herede eius non teneri ut fruit praestet." (si el usufructuario hubiere dado un fundo en arrendamiento por un quinquenio, y hubiere fallecido, no queda obligado su heredero a permitir que lo disfrute"; o en D.19.2.24.5. "Qui in plures annos fundum locavera, testamento suo damnavit heredem, ut conductorem liberaret, si non patiatur heres eum reliquio tempore frui; este ex conducto actio; quodsi patiatur, nec mercedes remittat, ex testamento tenetur." (Uno que había dado en arrendamiento un fundo por muchos años, obligó en su testamento a su heredero a que considerase pagado al arrendatario; si el heredero no permitiera que él disfrutara por el tiempo restante, hay la acción de conducción; pero si lo permitiera, y no condonase las pensiones, se obliga en virtud del testamento."

llegaren a derivar. No obstante, la tendencia doctrinal es que la muerte del *locator* no es razón suficiente para que termine el contrato, pero si el nuevo propietario quiere darle fin, debe soportar las consecuencias jurídicas que de ella se desprenden⁶⁷¹.

Es importante para precisar y concluir sobre los textos antes mencionados, el concepto del profesor F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN al concluir que, la muerte del arrendador sólo extingue el arrendamiento cuando se ha hecho sin sometimiento a término, sometido exclusivamente a la propia voluntad del arrendador. Así se afirma con carácter general, en D.19.2.4: "El arrendamiento... hecho hasta que el arrendador quiera, se extingue por la muerte del que arrendó..."⁶⁷²

3.2. Por la muerte del *conductor*

Existe controversia en considerar si la muerte del arrendatario extingue, en todo caso, el contrato. En Derecho clásico la condición de arrendatario no se transmite a los herederos⁶⁷³. Así se expresa en un texto recogido en:

⁶⁷¹ MOLNAR, I., *Le cause di estinzione del contratto d il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella locatio conductio*, en *Labeo* 32, 1986, p. 304., en LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit Locatum*, *op.cit.*, p. 72.

⁶⁷² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op. cit.*, p. 314.

⁶⁷³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *ibid.*, p. 314

D.19.2.60.1 (Lab. 5 post.) "Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo."⁶⁷⁴

Una Constitución del Gordiano del año 239, reseñada en C.4.65.10, estableció que al *conductor* de fundos rústicos le sucediera siempre el heredero, por lo que a su muerte, en caso de tenerlos, no se extingue la *locatio*:

C.4.65.10. Imp. GORDIANUS A. POMPINIO. Viam veritatis iguoras, in conductionibus non succederé heredes conductoris existimans, quum, sive perpetua conduction est, etiam ad heredes transmittatur, sive temporales, intra temporá locationis heredique on us contratus incumbat⁶⁷⁵.

Algunos autores consideran que depende de la voluntad del sucesor el extinguir el contrato, pero este comportamiento no se encuentra en las fuentes claramente justificado⁶⁷⁶.

En Derecho justineano, la condición de arrendatario es transmisible *mortis causa*, con el fin de que el heredero tenga derecho a

⁶⁷⁴ D.19.2.61.- "Estimo que el heredero del colono, aunque no es colono, posee no obstante para el dueño."

⁶⁷⁵ C.4.65.10:"...desconoces el camino de la verdad, estimando que los herederos del arrendatario no suceden en los arrendamientos, porque, si el arrendamiento es perpetuo, se transmite también á los herederos, y si temporal, durante el tiempo de la localización le incumbe también al heredero la carga del contrato"

⁶⁷⁶ MAYER-MALY, cit. por IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, *op.cit.*, p. 382.

completar el tiempo señalado por su causante en el contrato. De esta manera, en el pasaje de las Instituciones que se reseña a continuación, se protege la condición de heredero, en perjuicio de los intereses del propietario⁶⁷⁷, permitiéndose al heredero subrogarse en el lugar del causante arrendatario:

Inst.3.24.6. Mortuo *conductore* intra tempora
conductionis, heres eius eodem iure in
conductionem succedit.⁶⁷⁸

Con base en los anteriores textos, que desde la época imperial el arrendamiento no se extingue por la muerte del arrendatario, quedando sus herederos con la obligación de continuar con la carga del mismo. En conclusión, el fallecimiento de cualquiera de los contratantes no es causa suficiente para producir la extinción del arrendamiento, ya que el contrato lo continúan los respectivos sucesores, quienes se subrogan en la misma posición jurídica de sus causantes, y, en consecuencia, los derechos y obligaciones del *locator* y del *conductor* fallecido pasan a los herederos. Esto es posible porque el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles no es un contrato que puede ser clasificado como *intuitu personae*⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 314.

⁶⁷⁸ Inst. 3.24.6. "Muerto el arrendatario durante el tiempo del arrendamiento, le sucede en él con el mismo título su heredero".

⁶⁷⁹ En la legislación española se regula en forma detallada, en la Ley 29 de 1994, modificada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, las consecuencias jurídicas que se derivan de la muerte del arrendatario, para la relación contractual. Dice el Art. 16. "Muerte del arrendatario.-1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato: a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de

4. POR MUTUO DISENTIMIENTO

Esta forma de extinción del contrato de arrendamiento surge del principio según el cual las cosas se deshacen como se hacen. Así se puede concluir del siguiente fragmento:

Inst. 3.29.4. Hoc amplius, esse obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolventur. Nam si Ticio et Seyo inter se consenserit, ut fundum Tuculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde, re nondum secuta, i test neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione et in ómnibus contractibus. Qui ex consensus descendunt, sicut iam dictum est.⁶⁸⁰

afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. c) Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes. d) Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento. e) Los hermanos del arrendatario en quienes concurra la circunstancia prevista en la letra anterior. f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por ciento, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con este durante los dos años anteriores al fallecimiento. Si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido...”

⁶⁸⁰ Inst. 3. 39.4- “Además, las obligaciones que se contraen por el solo consentimiento, se disuelven por una voluntad contraria, porque si Ticio y Seyo han convenido en la venta del fundo Tusculano a Seyo por cien escudos de oro, y enseguida, antes de ningún hecho de ejecución, es decir antes de que haya habido pago de precio o entrega del fundo, convienen en separarse de esta compra y de esta venta, quedan mutuamente libres. Lo mismo sucede en el arrendamiento y en todos los contratos formados por el solo consentimiento.”

Por ser la *locatio conductio* un contrato consensual, esto es, aquel contrato que puede ser concluido "*nudo consensu*" mediante consentimiento no formal, no se requería nada más para su perfeccionamiento⁶⁸¹. Así, aplicando el principio romano según el cual "toda obligación puede extinguirse por medios análogos a aquellos que sirvieron para crearla", debe concluirse que, si bastó para formar el vínculo jurídico el mutuo acuerdo entre el acreedor y el deudor o aquel entre el *locator* y el *conductor*, ese mismo acuerdo de voluntades debía ser suficiente para extinguir la obligación por *mutuo disenso* siempre y cuando se tratara de contratos consensuales.

Este efecto extintivo de las obligaciones se produce de pleno derecho con tal de que el mutuo disenso se produzca antes que haya comenzado a ejecutarse el contrato total o parcialmente. De esta forma, se extinguen simultáneamente todas las obligaciones nacidas del contrato, puesto que ninguna de ellas ha tenido cumplimiento y, por consiguiente, no ha habido ninguna modificación al contrato celebrado entre las partes⁶⁸².

El acuerdo en contrario a la obligación contraída viene designado en las fuentes⁶⁸³ con la expresión *contrario consensus* o *contraria voluntas*. Constituye el *contrarius actus* de los contratos

⁶⁸¹ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, *op.cit.*, p. 501

⁶⁸² En el Derecho colombiano la Ley 820 de 2003 dispone en su Art. 21.- Terminación por mutuo acuerdo. "Las partes en cualquier tiempo y de común acuerdo podrán dar por terminado el contrato de vivienda urbana."

⁶⁸³ D.50.17.35; D.18.5.3; C.4.45.1; D.46.3.80.

consensuales, y se presenta como un modo de extinción de las obligaciones por simple pacto, pero con la característica de que, a diferencia de lo que ocurre con el pacto de *non petendo*, opera *ipso iure*⁶⁸⁴.

No obstante lo anterior, ¿qué sucede cuando una de las partes ejecutó ya su obligación? Aún bajo esta hipótesis se admitió que el mutuo disentimiento podía producir sus efectos si las cosas eran previamente restablecidas a su estado inicial⁶⁸⁵.

Un texto de Neracio, aunque referido a la compraventa, pero que puede aplicarse a situaciones similares originadas en otros contratos, recogido en D.18.3.5. del libro V de Pergaminos y citando a Aristón, dice que cuando el contrato hubiera tenido un comienzo de ejecución, como sucedía si en una compraventa el vendedor hubiese entregado la cosa vendida antes del pago del precio, aquella podía disolverse por el mutuo disentimiento previa restitución de las cosas al estado anterior a la celebración del contrato:

D.18.3.5. Lege fundo venditio dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emtor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emtor interim eos sibi suo quoque iure percipere; sed

⁶⁸⁴ Véase CARAMÉS FERRO, J. M., *Curso de Derecho romano, op.cit.* p. 519.

⁶⁸⁵ PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho romano, op.cit.* p. 499. Si no se realiza esa restitución o si se ha hecho imposible, como podría ser cuando la cosa ha desaparecido, *el mutuo disentimiento* ya solo puede tener los efectos de un 'pacto de remisión', procurando tan solo, una excepción de pacto, a la parte que no ha ejecutado la obligación.

sifundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his iudicium in, emtorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

5. POR LA CESACIÓN DEL DERECHO DEL LOCATOR SOBRE LA COSA ARRENDADA

5.1. Extinción del usufructo⁶⁸⁶

El arrendamiento termina cuando cesa el Derecho del arrendador sobre la cosa arrendada⁶⁸⁷, siendo un ejemplo de ello el caso de usufructo extinguido antes del término de duración señalado en el contrato de alquiler. Al extinguirse ese derecho se finalizará también

⁶⁸⁶ En Derecho colombiano, se regula en el C.C. Art. 2019: "Extinción de la cosa por culpa del arrendador.- Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta, será obligado a indemnizar al arrendatario". En la legislación española, igualmente, causas distintas a las de la venta del inmueble pueden dar lugar a la terminación del contrato de arrendamiento. Estas quedan expresadas en la Ley 4 de 2013, que reforma la ley 29 de 1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos de la siguiente manera: "Artículo primero... Los artículos 4, 5, 7, 9 a 11, 13 a 20, 23 a 25, 27, 35 y 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, quedan modificados como sigue: (...) Siete. El artículo 13 queda redactado en los siguientes términos: 'Artículo 13. *Resolución del derecho del arrendador*. 1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento. Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9. 2. Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley' ".

⁶⁸⁷ IGLESIAS, J. *Derecho romano...*, *op.cit.* p. 381.

el contrato de arrendamiento, debido a que el usufructo es un derecho temporal y personalísimo⁶⁸⁸. Al respecto encontramos el siguiente texto:

*D.19.2.9.1. (Ulp, 32 ed) Hic subiungi potest, quod Marcellus libro Sexto Digestorum scripsit, si fructuarius locaverit fundum in quinqueannium, et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis, quam insula exusta teneretur locator conductor. Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fructus est, pensionem praestet, Marcellus quaerit, quemadmodum praestare, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem. Et magis admittit, teneri eum; et est aequissimum...*⁶⁸⁹

El usufructuario, aunque no puede transmitirle a otro su derecho, sí puede permitir su ejercicio por otra persona recibiendo a cambio los frutos civiles derivados del contrato de alquiler, siendo lícita esta percepción. Por esta razón, tiene la posibilidad de arrendar la cosa

⁶⁸⁸ Al respecto y para profundizar en el tema de usufructo y su protección como derecho real, véase MOHINO MANRIQUE, A., Acerca del régimen procesal del derecho de usufructo, en Revista General de Derecho romano, No. 9, 2007.

⁶⁸⁹ D.19.2.9.1: "Se puede añadir aquí lo que escribió Marcelo en el libro sexto del digesto, que si el usufructuario hubiere dado un fundo en arrendamiento por un quinquenio, y hubiere fallecido, no queda obligado su heredero á permitir que lo disfrute, no de otra suerte, que habiéndose quemado la casa no se obligaría el arrendador al arrendatario. Pero pregunta Marcelo, si se obligará el arrendatario por la acción de locación á pagar el alquiler a prorrata del tiempo que disfrutó del arrendamiento, así como lo pagaría, si hubiere tomado en arrendamiento los servicios del esclavo usufructuario, ó la habitación. Y admite como más probable, que quede el obligado; y es muy justo..."

usufructuada⁶⁹⁰. En el precedente texto, se plantea la hipótesis de un usufructuario que, habiendo arrendado la cosa usufructuada por 5 años, muere antes de transcurrido ese tiempo, situación que no obliga al heredero a permitir que disfrute la cosa arrendada el *conductor*, pero que si obliga a este último a pagar la merces a prorrata del tiempo que disfrutó del arrendamiento.

En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ DE BUJÁN, para quien, siendo el usufructuario el titular efectivo y real del *ius utendi* y del *ius fruendi* puede a su vez, ceder el ejercicio de estos derechos de los cuales es titular, constituyendo un arrendamiento sobre la cosa que tiene en usufructo, según lo afirma el pasaje D.19.2.9.1., siendo lógico que los derechos del arrendatario sobre el efectivo uso y disfrute de la cosa, estén condicionados por el Derecho real de usufructo que en relación con la cosa tiene el arrendador⁶⁹¹.

5.2. Venta de la cosa arrendada

Otro evento en donde termina el arrendamiento por el cese del Derecho del arrendador sobre la cosa arrendada se presenta en los casos en que el *locator*, antes de transcurrido el término del contrato, vende la cosa arrendada.

⁶⁹⁰ LÓPEZ PEDREIRA A., *Emptio Tollit Locatum*, op.cit, p. 70.

⁶⁹¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., p. 299.

5.2.1. RELACIÓN ENTRE EL COMPRADOR Y EL CONDUCTOR

En el contrato de arrendamiento, al transmitirse la propiedad del fundo, esto es, cuando el *locator* vende el inmueble arrendado, no transmite la obligación contraída entre *locator* y *conductor*, por lo que el comprador, como nuevo propietario, puede expulsar al arrendatario en virtud del Derecho de propiedad que le transmite el vendedor. El comprador no tiene por qué tolerar una relación obligatoria contraída por el vendedor que podía vender el fundo⁶⁹².

En consecuencia, la venta o transmisión a título personal faculta al comprador para hacer expulsar al *conductor*; esto se admite en diversos textos romanos; entre los fragmentos más significativos se escogen los que se insertan a continuación:

D.30.1.20.2. (Ulp., 2 resp) *Fructus ex fundo pure legato post aditam hereditatem a legatarios preceptos ad ipsum pretinere, colonum autem cum herede ex conducto habere actionem*⁶⁹³.

D.19.1.13.30. (Ulp., 32 ed) *Si venditor habitationem vel fundum exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus magis esse Servius putabat ex*

⁶⁹² El comprador no hace parte del arrendamiento, y por tanto, una vez que ha comprado, el arrendamiento no tiene valor para él, de forma que puede expulsar impunemente al arrendatario, lo que se expresa con la regla *emptio tollit locatum*, expresado en el aforismo que se conoce en castellano como: "venta quita renta", que se verá a continuación.

⁶⁹³D 30.1.20.2 "Los frutos percibidos por el legatario, después de adida la herencia de un fundo legado puramente, le pertenecen a él mismo, pero el colono tiene contra el heredero la acción de conducción"

*vendito esse actionem: denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat*⁶⁹⁴.

D.19.2.25.1. (Gai, 10 ed prov) *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*⁶⁹⁵

C.4.65.9 *Emptori quidem fundi necesse non est stare <sinere> colonum, cui prius dominum locavit, nisi ea lege emit. verum si probetur aliquo pacto consensisse ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur.*⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ D.19.1.13.30. "Si el vendedor hubiere exceptuado la habitación, para que a un inquilino, o a un colono, le sea lícito habitarla, de suerte que le sea lícito disfrutarla hasta cierto tiempo, opinaba Servio, que es mas cierto que hay acción de venta. Finalmente, dice Tuberón, que si este colono hubiere causado daño, ejercitando el comprador la acción de compra, puede obligar al vendedor a que ejercite contra el colono la acción de locación para que entregue al comprador todo lo que hubiere conseguido".

⁶⁹⁵ D.19.2.25.1. "El que dio en arrendamiento a alguno un fundo para disfrutarlo, o la habitación, si por alguna cosa vendiera el fundo, o la casa, debe cuidar de que también con el comprador le sea lícito al colono disfrutar, y al inquilino habitar por el mismo pacto, de otra suerte, aquel a quien se le hubiere prohibido ejercerá contra él la acción de conducción."

⁶⁹⁶ C.4.65.9 "El comprador de un fundo no está ciertamente obligado a conservar el colono a quien el dueño anterior le dio en arrendamiento, si no compró con ésta condición. Pero si se probare que en algún pacto consintió que permaneciera en el mismo arrendamiento, aunque haya sido sin escritura, está obligado por la acción de buena fe a cumplir lo que se pactó".

5.2.2. LA EMPTIO TOLLIT LOCATUM

La situación anterior queda mejor analizada a la luz del principio de la *emptio tollit locatu*, o sea, las consecuencias de la venta del bien sobre el contrato de arrendamiento. En Roma, la relación nacida del contrato de arrendamiento sólo rige entre arrendador y arrendatario, por lo cual, en virtud del vínculo contractual solo entre ellos pueden existir las obligaciones derivadas del contrato así como el ejercicio de las correspondientes acciones en caso de su incumplimiento.

El arrendador, en los casos en que era dueño⁶⁹⁷, conservaba el Derecho de propiedad sobre la cosa arrendada, siendo el *conductor* un simple tenedor de la cosa entregada por el *locator*, ya que el arrendador en virtud del contrato solo se comprometía a permitir el *uti frui: quod ei frui non licuisset*⁶⁹⁸. De esta manera, es posible concluir que el arrendador, conservando el *ius disponendi* sobre la cosa, puede enajenarla sin tener que consultar el interés del arrendatario, y por ello se explica que el principio *emptio tollit locatumo Kauf bricht Miete*, esto es, venta quita renta, tuviera toda

⁶⁹⁷ D.19.2.9 y D.19.2.6 donde el usufructuario tiene derecho para arrendar. También el mismo derecho a subarrendar pone de presente que no es necesario que el arrendador sea el dueño de la cosa para celebrar el contrato de arrendamiento, como se observa en D.19.2.30, D.19.2.8, D.19.2.7.

⁶⁹⁸ D.49.14.50. (Paul, 3, decr).-«Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos ; sed colonum quidem percipere eos debere, emtorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset, atque si hoc ipsum in emendo convenisset ; pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem, quod quidem domino colerentur, universos fructus habere, si vero sub colono, pensionem acciper... ».

su vigencia en el Derecho romano clásico y fuera recogida continuamente por la jurisprudencia justineana⁶⁹⁹.

El arrendador-propietario, al disponer de su derecho de propiedad vendiendo el fundo, no trasmite al comprador la obligación contraída entre él y el arrendatario, razón por la cual permite a este adquirente desconocer el contrato de arrendamiento⁷⁰⁰. Lo cierto es que el comprador no debe asumir la obligación personal contraída por el vendedor en el contrato celebrado con el arrendatario. El comprador es un tercero en el contrato de arrendamiento y, como adquirente de derecho real sobre la cosa, tiene la facultad de hacer expulsar al arrendatario⁷⁰¹.

La venta o la transmisión a título singular es una expresión del Derecho de propiedad en su mayor amplitud. Efectuada la venta por medio de la *emptio-venditio* u otro título legítimo para la transmisión y la *traditio*, la propiedad se habrá trasladado al comprador y este podrá hacer uso pleno de la misma, lo cual implica que podrá ejercer el uso y goce de la cosa⁷⁰².

Sin embargo, la subsiguiente expulsión del *conductor* por parte del comprador no libera de responsabilidad contractual al arrendador.

⁶⁹⁹ COSTA, E. *La locazione...*, *op.cit.*, p. 69.

⁷⁰⁰ GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 159.

⁷⁰¹ "Para comprender bien esta situación de controversia o confrontación de derechos, es necesario recordar de nuevo que el arrendatario no tiene un derecho real sobre la cosa arrendada, sino que sólo es titular de un derecho de crédito frente al arrendador que le faculta para exigirle, y eventualmente reclamarle el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento celebrado". FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, *op.cit.*, p. 303.

⁷⁰² LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit Locatum*, *op.cit.*, pp 114 ss.

Esto quiere decir que la venta con expulsión del arrendatario facultaba al arrendatario para actuar contra el vendedor por el resarcimiento del daño causado, en ejercicio de la *actio ex conducto*. Por el contrario, frente al comprador el arrendatario no tendría ninguna acción, por ser aquel un tercero extraño al contrato de arrendamiento y tener un derecho real sobre la cosa, lo que excluye esta posibilidad de acción en su contra⁷⁰³.

Con la *actio ex conducto*, el *conductor* contará con el mecanismo para tratar de obtener el *id quod interest*, es decir, el resarcimiento del daño que el incumplimiento le haya generado; es decir, podrá obtener la devolución proporcional del precio que pagó por anticipado y los perjuicios causados por su terminación, como se verá a continuación, al tratar de las consecuencias de la *emptio tollit locatum*.

5.2.3. CONSECUENCIAS DE LA VENTA DE LA COSA ARRENDADA

Cuando el *conductor* se ve impedido de ejercer su derecho como arrendatario o restringido en él por prohibición de un tercero titular de derechos reales, puede exigir la indemnización al arrendador como resarcimiento por el incumplimiento del contrato y los perjuicios

⁷⁰³ En este sentido SCHULZ, F., *Derecho romano Clásico, op.cit.*, p.522; D'ORS, A, *Derecho Privado Romano, op.cit.*, 564; GUARINO, A., *Diritto Privato Romano, op.cit.*, p. 807, COSTA, E. *La locazione...,op.cit.*, pp. 68 ss; ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho romano, cit.*, 349; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano..., op. cit.*, p. 303.

causados⁷⁰⁴. La obligación de resarcimiento por el incumplimiento es jurídicamente exigible a través de la acción derivada de ese contrato, la *actio ex conducto*⁷⁰⁵.

Es interesante observar el hecho de que la acción propia del contrato de arrendamiento sea el mecanismo jurídico para que el *conductor* exija la reparación por el incumplimiento, con lo que se demuestra que la venta celebrada por el arrendador no extingue esencialmente el contrato de arrendamiento. En cambio, la venta supone que deberá darse *la traditio* al comprador, lo que implica negar el disfrute al *conductor* tal y como se había acordado contractualmente con el arrendador, frente a lo cual el arrendatario exigirá la indemnización a través de la acción propia del contrato de arrendamiento.

Con la *actio ex conducto*, el *conductor* tendrá el mecanismo para tratar de obtener el *id quod interest*, es decir, el resarcimiento del daño que el incumplimiento haya generado. Con ello, entonces, pretenderá conseguir la devolución proporcional del precio que pagó por anticipado y los perjuicios causados por la finalización del

⁷⁰⁴ Al respecto ver LÓPEZ PEDREIRA, A, *Emptio Tollit Locatum*, *op.cit.*, pp. 116 ss, ARANGIO RUIZ. V., *Syntelesia Vincenzo ARANGIO RUIZ: Raccolta di studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto*, Jovene Editore, Napoli, 1964, p. 1200; KASER, M., *Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p.198, en el mismo sentido D'ORS A., *Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 555, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, *op. cit.*, p. 304, GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 161.

⁷⁰⁵ D.19.2.25.1. « *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactio et colono frui, et inquilino habitare liceat ; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto* ». Este fragmento refiere con claridad la situación que se desarrolla en este capítulo. Si quien hubiere dado en arrendamiento un fundo o una habitación y luego lo vende, debe asegurarse que el *conductor* pueda disfrutar del objeto del arriendo, pues de lo contrario, a quien se le prohibiere el disfrute, puede ejercer la *actio ex conducto*.

contrato, al tener que buscar un nuevo lugar para instalar su residencia o un nuevo fundo para cultivar.

Esta valoración se ejercería de acuerdo con los criterios de la *bona fides*. Así pues, el arrendador que haya impedido el goce al *conductor*, o pudiendo evitar que otro perturbe dicho goce no lo hace, se hace responsable del *id quod interest*; es decir, el daño equivaldrá al interés que tenía el *conductor* en el disfrute de la cosa locada así como las pérdidas que se le ocasionen al *conductor* al impedirsele el disfrute de la cosa arrendada. Así lo señala el siguiente pasaje:

D.19.2.33. (Afr. 7, Quaes) "Nam et si colonus tus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere deberis⁷⁰⁶."

En el fragmento de Paulo, que se inserta a continuación, se pone de presente la existencia de un contrato de compraventa que faculta al

⁷⁰⁶ D.19.2.33. "... Porque también si a tu colono se le prohíbe disfrutar el fundo por ti, o por uno a quien tú puedas impedirle que lo haga, le responderás de tanto cuanto a él le hubiere importado disfrutarlo, en lo que se comprenderá también su lucro; pero si se le impidiere por uno a quien tu no pudieras prohibírselo por su mayor fuerza o poder, no estarás obligado a nada más que a condonarle la pensión, o a devolvérsela."

comprador para mantener voluntariamente al *conductor* o para expulsarlo una vez se produzca la *traditio* de la cosa comprada. En este último caso, la entrega al adquirente genera para el arrendador la imposibilidad de cumplir con los términos del contrato de arrendamiento y, al ser expulsado del fundo, se genera inevitablemente a su favor la indemnización por los perjuicios causados, debido a que debe celebrar un nuevo contrato de arriendo en un nuevo fundo como consecuencia de la actuación voluntaria del *locator* de enajenar el predio arrendado:

D.19.2.24.4. (Paul, 34, ed) " Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquenuii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur; nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patiatur (3) fundo drui; nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit, et quantum per singulus annos compendii facturus erat, consequetur".⁷⁰⁷

Con todo lo anterior, se puede concluir que hay una limitación al alcance de la regla *emptio tollit locatum*. La regla se predicará para el

⁷⁰⁷ D.19.2.24.4. "El colono, si a él no le fuera lícito disfrutar, reclamará desde luego con razón respecto de todo el quinquenio, aunque el dueño del fundo le permita disfrutar en los demás años; pues no siempre se librá el señor porque permita disfrutar del fundo en el segundo o tercer año; porque el que expulsado de un arrendamiento se trasladó a otro fundo como colono, no ha de atender a los dos, ni estará obligado en razón de las pensiones, y conseguirá cuanta ganancia había de obtener en cada año,.."

comprador, ya que él es quien se verá facultado para exigir la expulsión al *colonus* o inquilino por alterar su derecho al uso y goce de la cosa adquirida. Pero la venta no extingue *ipso iure* la relación contractual con el arrendador y, como ya ha quedado señalado, es el impedimento de usar y gozar de la cosa arrendada la que generará la obligación subsiguiente de indemnizar.

A la par, la sucesión a título singular tendría un efecto similar al de la venta. Esto significa que en el caso del legatario éste recibe un derecho real sobre una cosa determinada, pero no las obligaciones personales contraídas por el causante, ya que él no viene a ocupar la misma posición del *de cuius*. En este caso, la adquisición del causahabiente no se verá vinculada de ninguna manera con la relación contractual que dio origen al contrato de arrendamiento, por lo que el legatario podrá optar entre mantener voluntariamente el contrato de arrendamiento o hacer expulsar al inquilino⁷⁰⁸.

Por el contrario, la sucesión por causa de muerte a título universal coloca desde el punto de vista jurídico al heredero en la misma posición del *de cuius*. Los sucesores a título universal continúan la personalidad de su causante y, por lo tanto, son los llamados a ejercer los derechos y asumir las obligaciones que en este momento se encontraban en cabeza del difunto. El heredero, entonces, asumirá todo vínculo personal contraído por el causante y toda carga real que pese sobre las cosas heredadas.

⁷⁰⁸ COSTA, E. *La Locazione...*, *op.cit.*, pp. 103 ss.

Esto significa que el heredero, al entrar en posesión de la sucesión, deberá respetar el contrato de arrendamiento constituido sobre la cosa, convirtiéndose en parte del mismo al asumir personalmente las obligaciones que se derivan del contrato de arrendamiento celebrado por el De Cujus. Es muy claro Ulpiano, en el libro 32 de comentarios al edicto, al disponer:

*D.19.2.19.8. Ex conducto actionem etiam ad heredem transire, palam est.*⁷⁰⁹

Aquí conviene detenerse un momento a fin de comprender las circunstancias materiales que afectaron las relaciones entre arrendador y arrendatario, y que hicieron que en la Roma del Imperio el contrato de arrendamiento tuviese un mayor desarrollo y predominio entre los demás contratos consensuales, algo que tampoco debería sorprendernos teniendo en cuenta los múltiples y detallados casos referidos en el Digesto vistos hasta ahora.

Para esta época, la utilización de las tierras en colonias agrícolas y la entrega de fundos en lotes individualizados a los ciudadanos que necesitaran de ellos se hace frecuente con la expansión de la dominación romana y el consecuente aumento de tierras provenientes de los territorios vencidos⁷¹⁰. Sin embargo, cuando al final crece el ritmo de las conquistas, muchas tierras quedan en manos del Estado. Una parte de este *ager publicus* es arrendada en

⁷⁰⁹ D.19.2.19.8. "Es evidente, que la acción de conducción pasa también al heredero."

⁷¹⁰ KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano, op.cit.*, p. 124.

beneficio del erario público, pero otra gran parte, en el curso del tiempo, es comprada a bajo precio por ciudadanos capitalistas especialmente por la nobleza dirigente, quedando ocupada sin título jurídico, para su cultivo, solo una fracción minoritaria⁷¹¹.

La afluencia de habitantes a Roma, atraídos por su actividad comercial generaba la necesidad de viviendas y locales comerciales sin que dichas personas, como se dijo en un principio, contaran con la capacidad de compra para ello. Así se da un avance del contrato, donde la figura del arrendador estaba representada por los nuevos grandes propietarios de tierras de Roma y los *conductores* por sus nuevos pobladores.

Al final de la República las condiciones por la insuficiencia de vivienda son angustiosas, debido a la abundancia de edificios públicos y a los espaciosos palacios y jardines de los grandes capitalistas. En los predios rústicos también se encuentra una situación semejante, puesto que, de acuerdo a la concepción económica romana, es más provechoso para los terratenientes arrendar pequeñas parcelas en sus dominios que dedicarlas al cultivo directo para percibir sus frutos con el riesgo que conllevaba la actividad económica agrícola⁷¹².

De allí se desprende la necesidad de los subarriendos como medida para contrarrestar la escasez de viviendas, pero también como una forma de ganarse la vida para quienes, al subarrendar, percibían por

⁷¹¹ *ibid.*, p. 124.

⁷¹² SCHULZ F., *Derecho romano clásico*, *op.cit.* p. 520

esta actividad un ingreso. En textos del Digesto se evidencia como algunos de los fundos tomados inicialmente en arrendamiento eran subarrendados por el *conductor* para percibir una ganancia adicional luego de pagar la renta mensual, los cuales evidencian la situación de los arrendatarios cuando su arrendador decidía vender el inmueble⁷¹³.

Esta situación pone de presente las difíciles condiciones por las que atravesaban los arrendatarios, tan necesitados de un lugar para habitar o un fundo para cultivar, y su desprotección frente a los propietarios, quienes hacían valer el *ius disponendi* que ha permanecido inalterado, para enajenar sus bienes inmuebles. El nuevo titular del Derecho real sobre la cosa arrendada al pretender entrar en posesión material del inmueble, entra en colisión con el ejercicio del *ius utendi et fruendi* que tiene el arrendatario en virtud del arriendo. De esta manera, el contrato de arrendamiento quedará extinguido, puesto que el nuevo propietario no tiene ninguna obligación con el arrendatario. Ante esta situación, solo le queda al

⁷¹³ Así lo expresan los fragmentos del Digesto, que recogiendo la opinión de Alfeno, Trofonio y Paulo, son de unánime opinión, al considerar que en caso de que el arrendatario, habiendo subarrendado el inmueble, no le ha sido posible uso y disfrute del bien inmueble arrendado, debiendo ser indemnizado por todo el perjuicio recibido al incumplir el arrendador con su obligación primordial. D.19.2.30. "Qui insulam triginta conduxerat, singula coenacula ita locavit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur; dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam; quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem aestimari; si autem non fuisset necesse demoliri, sed, quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti *conductoris* interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere". D.19.2.8. "nos videamus, ne non sexaginta praestanda, nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui conductione, tantundemque consequatur medius, quantum praestare debeat ei, qui a se conduxit, quoniam emolumentum conductionis ad comparationem uberius mercedis computatum maiorem efficit condemnationem. Et tamen primus *locator* reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum *conductorem* non vetuisset; quo iure utimur". D.19.2.7. "Si tibi alienam insulam locaveris quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet, quia ipse Titio tenearis in sexaginta".

arrendatario pedirle a su arrendador la correspondiente indemnización por daños y perjuicios⁷¹⁴.

5.2.4. PACTO A FAVOR DEL CONDUCTOR

No obstante, y sin abandonar este argumento histórico, es menester anotar que las circunstancias de los arrendatarios no siempre eran la más dramáticas. Podía ser posible que la venta de los bienes raíces, tanto urbanos como rurales, obedeciera a una verdadera necesidad de los propietarios, en particular aquellos que no eran nobles o terratenientes, avocados en ocasiones a contraer deudas cuantiosas garantizadas por sus bienes. En estos casos, los intereses de los propietarios arrendadores podrían quedar doblemente afectados por la necesidad de indemnizar a los arrendatarios expulsados de los predios por los nuevos propietarios de los inmuebles.

Esta situación contribuyó a que fuera frecuente en la venta de fundos arrendados la inclusión de una cláusula, *lex venditionis*⁷¹⁵, por la que el comprador se obligaba con el vendedor a tolerar el contrato de arrendamiento existente sobre el predio. Eso se desprende de varios textos, tal como el siguiente que se refiere expresamente al derecho que tiene el usufructuario para percibir todo lo que nace en el fundo, incluidos las pensiones de los campos previamente arrendados, si

⁷¹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano...*, op. cit., pp. 303-304

⁷¹⁵ TORRENT, A., *Excepciones pactadas a la regla emptio tollit locatum*, en *Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas*, v. 21, Zaragoza, 1967, pp. 263-271.

fueron incluidas, ya que, como en las ventas, al usufructuario le puede quedar excluida la facultad de repeler al arrendatario:

D 7.1.59.1. (Paul. 3, Sent.) "Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet: pensiones quoque iam antea arrendatorum agrorum [si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuaris conductorem repellere".⁷¹⁶

Asimismo, en este segundo pasaje se establece la posibilidad que el comprador haya adquirido el bien con la condición de conservar al colono, a quien el dueño anterior le dio en arrendamiento, y, aun cuando no hubiere dejado por escrito este compromiso, está obligado por la acción de buena fe a cumplir lo que se pactó:

C 4.65.9. "Emptori quidem fundi necesse non est stare <sinere> colonum, cui prius dominum locavit, nisi ea lege emit. verum si probetur aliquo pacto consensisse ut in eadem

⁷¹⁶ D 7.1.59.1. "Todo lo que nace en un fundo, o cuanto de él se percibe, pertenece al usufructuario, también las pensiones de los campos ya antes arrendados, si también éstas fueron especialmente comprendidas. Pero así como en la venta, si especialmente no hubiesen sido exceptuadas, puede el usufructuario repeler al arrendatario.

conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur".⁷¹⁷

Lo anterior se ve acentuado con el siguiente texto de Gayo, que hace explícito, de manera muy concreta, el deber del arrendador de realizar el pacto a favor del arrendatario al momento de perfeccionar el acuerdo de venta, de manera que, al quedar el inmueble en poder del comprador, le sea al colono lícito disfrutarlo. De lo contrario, ejercitará contra el vendedor, esto es su arrendador, la *actio conducto*:

D.19.2.25.1 (Gai, 10, ed.) *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactio et colono frui et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*.⁷¹⁸

El contrato de venta, así celebrado, imponía una obligación al comprador de no expulsar al colono o inquilino por el tiempo que a éste le faltaba para terminar el contrato. Por tanto, la expulsión del arrendatario, esto es, el incumplimiento a la cláusula pactada,

⁷¹⁷ C.4.65.9. "El comprador de un fundo no está ciertamente obligado a conservar el colono a quien el dueño anterior le dio en arrendamiento, si no compró con ésta condición. Pero si se probare que en algún pacto consintió que permaneciera en el mismo arrendamiento, aunque haya sido sin escritura, está obligado por la acción de buena fe a cumplir lo que se pactó".

⁷¹⁸ D.19.2.25.1. "El que dio en arrendamiento a alguno un fundo para disfrutarlo, o la habitación, si por alguna cosa vendiera el fundo, o la casa, debe cuidar de que también con el comprador le sea lícito al colono disfrutar, y al inquilino habitar por el mismo pacto, de otra suerte, aquel a quien se le hubiere prohibido ejercitará contra él la acción de conducción."

generaba la posibilidad de que el vendedor demandara al comprador por medio de la *actio venditi*, exigiendo la reparación por los daños causados por el hecho de ser demandado por el *conductor* por medio de la *actio conducti*.

De esta forma, el interés en insertar en el contrato de compraventa este pacto de protección al arrendatario, era tanto del arrendador como del arrendatario, de manera que el contrato de arriendo mantuviera su vigencia cuando al nuevo propietario se le hiciera la tradición del bien, librándose así el arrendador de las reclamaciones que le haría el arrendatario al no permitírsele el disfrute de la cosa durante el tiempo faltante del contrato.

Ha quedado señalado que el *conductor* no tenía un mecanismo judicial para defenderse contra el nuevo dueño y, en general, no contaba directamente con un instrumento para protegerse de terceras personas que pretendieran impedirle el disfrute de la cosa, entre quienes se contaba el nuevo propietario de la misma. La defensa de la cosa arrendada era un asunto que quedaba directamente en cabeza de su dueño y era al propietario a quien el Derecho civil le otorgaba los mecanismos para proteger su derecho. A esta situación de los arrendatarios, habría que añadir la dificultad para encontrar una nueva vivienda a la terminación de su contrato de alquiler.

El pacto llamado *perfrui sive habitare licere*, debió ser ampliamente reconocido y utilizado ya que es recogido en D.19.1.13.30⁷¹⁹, D.7.1.59.1⁷²⁰, D.18.1.68⁷²¹, D.19.2.58⁷²² y D.49.14.50⁷²³, así como en la Constitución de Alejandro Severo dirigida a Fusco, C.4.65.9, que después de precisar claramente la no obligatoriedad del comprador del fundo arrendado de conservar al colono, indica expresamente la posibilidad de que entre vendedor y comprador se haya pactado otra cosa⁷²⁴.

La posibilidad de celebrar el pacto *perfrui sive habitare licere* atenúa el principio de la *emptio tollit locatum*. A saber, el arrendador no será demandado por impedir el uso y el goce al arrendatario en el evento en que el comprador cumpla con las obligaciones contraídas en el

⁷¹⁹ D.19.1.13.1. (Ulp, 32 ed) "*Si venditor habitationem vel fundum exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem.*" En este fragmento se expresa que si en una venta se hace expresa excepción de la vivienda para que al inquilino le sea lícito habitarla, opinaba Servio que le sería lícito habitarla hasta cierto tiempo.

⁷²⁰ D.7.1.59.1. (Pau, 3 sent) "*Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet; pensiones quoque iam antea locatorum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditiones, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.*" Este fragmento permite que el usufructuario se haga dueño de los arrendamientos ya encontrados en el predio y al igual que en el contrato de venta si no fueron exceptuadas, puede el usufructuario repeler lícitamente al arrendatario.

⁷²¹ D.18.68.1. "*Si quum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedes nomine a conductore exergisses, id emtori accessurum esse, existimo, te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam dilligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam culpa.*" Próculo en el libro 4 de sus epístolas, establece que si se ha vendido una casa con el pacto de que el valor del arrendamiento debe ser del comprador, el cobro de dicha renta debe hacerse con diligencia y de buena fe pues el vendedor no puede actuar no solo con dolo sino tampoco de manera culposa.

⁷²² D.19.2.58. "*Insulam uno pretio totam locasti, et eam vendidisti ita, ut emtori mercedes inquilinorum accederent; quamvis eam conductore maiore pretio locaret, tamen id emtori accedit, quod tibi conductor debeat.*" En el texto de Labeo, compendiado por Javoleno se relata la venta de una casa cediendo el arrendador los contratos al nuevo propietario, quien tiene derecho a la renta pactada originalmente con el vendedor, así el arrendatario subarriende a mayor precio.

⁷²³ D.49.14.50. "*...Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono errant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universes; sed colonum quidem percipere eos debere, emtorem vero pensionem eius anni acceptarum, ne fiscus colono teneretur, quos ei frui licuisset.*" Papiniano y Messio introdujeron una nueva opinión, porque como los predios estaban en poder de colono, era injusto que se le quitasen todos los frutos; sino que el colono debía ciertamente percibirlos, y recibir el comprador la pensión de este año, para que el fisco no quedase obligado al colono.

⁷²⁴ LÓPEZ PEDREIRA A., *Emptio Tollit Locatum*, op.cit., p. 112

contrato de compraventa, es decir, con admitir la presencia del arrendatario. Por lo tanto, el arrendador estará cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento, con una duración determinada por un mínimo que será el término inicialmente convenido con el arrendatario. Este sería, así, un mecanismo para proteger los intereses, no solo de los arrendatarios, sino de los arrendadores que tuvieran la necesidad o la oportunidad de vender el fundo que se encontraba arrendado, sin tener que indemnizar al *conductor* por el incumplimiento del contrato.

5.2.4.1 Naturaleza del pacto a favor del *conductor*

Como ya se ha mencionado, el pacto que tenía por objeto el *habitare sive perfrui licere* para el *conductor* obedecía a una doble necesidad. Por un lado, se encontraba la precaria situación del arrendatario, quien con su derecho personal no podía defenderse de la expulsión que le provocara el comprador, quien sobreponía su derecho sobre la cosa. Por otro, se perjudicaban también los derechos del arrendador-vendedor, quien estaba ligado al arrendatario y a la subsiguiente indemnización derivada del incumplimiento por la entrega de la cosa que ha vendido y que se encontraba arrendada.

Esta situación, por consiguiente, forzaba la aparición de pactos que obligaran al comprador a mantener al arrendatario. En definitiva, el arrendador tenía un interés muy claro: evitar la posible acción que interpondría el arrendatario contra él al ser expulsado de la cosa

arrendada. Y era este afán el que lo motivaba, finalmente, a pactar con el compradora que se respetase el disfrute del bien que tenía el arrendatario.

Sin embargo, la naturaleza de esos pactos a favor del arrendatario ha sido discutida por diferentes autores por la posibilidad de ver en ellos estipulaciones y contratos a favor de terceros, los cuales, en principio, están prohibidos en Roma⁷²⁵. Es así como un contrato celebrado válidamente entre dos personas y dirigido a atribuir un derecho a un tercero, que no participó ni directa ni indirectamente en su celebración, no es válido en el Derecho romano⁷²⁶. La nulidad de los contratos a favor de terceros implica, entonces, que el contrato no produciría efectos entre las partes y tampoco con relación al tercero, quien no podría obtener mediante ningún tipo de acción el cumplimiento del beneficio estipulado en su favor.

Alguna parte de la romanística advierte una atenuación de esta regla, frente a situaciones donde el aparente beneficio para el tercero en realidad implicaba un beneficio para el estipulante. BONFANTE explica que esta teoría es de elaboración posclásica, específicamente, *justineanea*⁷²⁷. En este caso, no se consideraba nula la estipulación entre las partes, ya que el interés en el contrato radicaba en cabeza del estipulante y no del tercero.

⁷²⁵ Gayo 2.103, D.44.7.11, D.45.1.38.17, D.50.17.73.4., donde se establece que los contratos a favor de terceros son nulos.

⁷²⁶ DONADIO, G, *Voce: Il contratto a favore di terzi*, in *Novísimo Digesto Italiano (NNDI)*, IV, UTET, Torino, 1957.

⁷²⁷ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano, op.cit.*, pp. 380-381

Una derivación de dicha atenuación de la nulidad de los pactos en favor de terceros puede ser el caso de la *lex venditionis*, en el sentido que el *habitare sive perfrui licere* no sea considerada una estipulación a favor de terceros. Así, en vez de ser a favor del arrendatario, se valoraría como un pacto en el que se enfatizaría el interés del arrendador quien, evidentemente, obtendría un beneficio real al vender la cosa que él arrendó; solamente a partir de ese fin es cuando se beneficiaría el arrendatario⁷²⁸.

En este sentido se expresa TORRENT, para quien el hecho que el vendedor pacte con el comprador la no perturbación al arrendatario no significa que lo hace en interés del *conductor* sino que, por el contrario, lo hace en su propio interés para no verse perturbado por la acción de conducción que el arrendatario tendría en el evento en que fuera expulsado. Esta posición señala que este pacto no era una *stipulatio* a favor de un tercero, sino, un pacto en interés del arrendador. El autor señala como prueba segura de la intención del vendedor al hacer estos pactos como protección a su interés personal, el siguiente fragmento:

D.19.1.13.30. (Ulp, 32 ed) *Si venditor
habitationem vel fundum exceperit, ut inquilino
liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad*

⁷²⁸ En el análisis de la naturaleza de este pacto, FLORIS MARGADANT, señala que se trata de una excepción a la regla general de la nulidad de los pactos a favor de terceros, FLORIS MARGADANT, G., *El Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 400. Cfr. WESENBERG, G., *Verträge Zugunsten Dritter*, Weimar, 1949, pp. 41 ss. En el mismo sentido: ALBERTARIO, E., *I contratti a favore di terzi*, en *Festschrift Paul Koschaker*, II, Weimar, 1939, pp. 16 ss; BONFANTE, P., *I contratti a favore di terzi*, en *Studi er il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, pp. 210 y ss; BIONDI, B., *Contratto e stipulatio: corso di lezioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1953. Todo lo anterior en TORRENT, A., *Excepciones pactadas...*, *op.cit.*, p. 265.

*certum tempus magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem: denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat.*⁷²⁹

De este texto, indica TORRENT, se evidencian dos secuencias deslindadas: una sección que abarca desde el comienzo hasta la pausa demarcada por "*esse actionem*"; y la otra que continúa desde allí hasta el final "*fuerit consecutus, emptori reddat*". En la primera parte se evidencia la actitud indubitable del vendedor a exceptuar la habitación o en el fundo, con la *actio ex venditio* como medio procesal para hacer cumplir las cláusulas de la venta al comprador. Aún más, el fragmento, que provee de ciertos datos que no mencionan los otros textos, ofrece una prueba clara de la intención del vendedor de hacer la excepción cuando especifica que esta última se realiza solo hasta un determinado plazo.

La segunda parte del texto mostraría que la obligación contraída entre las partes de la compraventa no afecta en absoluto al arrendatario porque si éste causara daño al fundo, como el

⁷²⁹ D.19.1.13.30. "Si el vendedor hubiere exceptuado la habitación, para que a un inquilino, o a un colono, le sea lícito habitarla, de suerte que le sea lícito disfrutarla hasta cierto tiempo, opinaba Servio, que es más cierto que hay acción de venta. Finalmente, dice Tuberón, que si este colono hubiere causado daño, ejercitando el comprador la acción de compra, puede obligar al vendedor a que ejercite contra el colono la acción de locación para que entregue al comprador todo lo que hubiere conseguido".

comprador ha consentido la relación arrendaticia y esta es personal entre vendedor y colono, deberá el comprador dirigirse al vendedor por medio de la *actio ex empto* para que el arrendador, a su vez, continúe contra el arrendatario con la *actio ex locato*. De este modo, todo lo que consiguiera el vendedor como compensación o reparación sería entregado al comprador. Y finaliza TORRENT afirmando que “este análisis nos lleva a un sistema rígido de vínculos jurídicos y de acciones, con lo que cada relación contractual vincula a las partes y sólo entre ellas podrían ejercerse las respectivas acciones”⁷³⁰.

Adviértase que, a pesar de todo lo dicho sobre esta cláusula como un mecanismo que en cierta medida defendía los derechos de los arrendatarios, esta protección dependía de la voluntad de las partes que celebraban el contrato de compraventa. Se dejaba, así, de lado el interés del *conductor* en la permanencia en el uso y goce de la cosa arrendada. En definitiva, el cumplimiento del contrato de arrendamiento, de acuerdo a lo convenido con el *locator*, estaría pendiente de la eventualidad de éste acuerdo, razón por la cual ésta solución no constituía un verdadero medio jurídico para hacer valer los intereses de las clases menos favorecidas de la sociedad romana.

⁷³⁰ TORRENT A., *Excepciones pactadas...*, op.cit, p. 267.

5.2.5. MECANISMOS PROCEDIMENTALES PARA HACER VALER EL DERECHO DEL ADQUIRENTE

Una vez ocurrida la venta, surge, como es de esperarse, el Derecho del adquirente de usar y gozar la cosa. No obstante, considerando lo visto anteriormente, existe la posibilidad de que la cosa se encuentre en manos del arrendatario, por lo que cabría preguntarse, en primer lugar, qué acción tiene el adquirente para obtener la cosa arrendada y, en segundo, contra quién interpone dicha acción, es decir si se dirige contra el arrendador-vendedor o directamente contra el arrendatario.

En principio, el nuevo propietario se encuentra facultado para exigir la entrega por medio de la *actio ex empto* directamente al vendedor, quien está obligado a entregar la cosa objeto de la venta. Al mismo tiempo, el arrendador podrá exigir la restitución de la cosa arrendada al arrendatario, quien, al quedar impedido para usar y gozar la cosa, tendrá la facultad, por su parte, de exigir la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato⁷³¹.

Aparte de estas eventuales acciones en cadena, surge otro interrogante en relación a la posición del adquirente de la cosa y sus posibilidades frente a ella. Así, ¿podría el comprador ejercer la acción reivindicatoria, como acción propia que compete al dueño no

⁷³¹ En este sentido, SCHULZ F., *Derecho romano clásico*, op.cit., p. 522; D'ORS A., *Derecho privado romano*, op.cit., p. 564, GUARINO A., *Diritto Privato Romano*, op.cit., p. 807, COSTA, E., *La locazione...*, op.cit., pp. 68 ss, ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, op.cit., p. 349.

poseedor, con el fin de obtener la posesión de la cosa que está siendo detentada por un tercero? En el Derecho clásico, el vencedor dentro de un proceso de reivindicación es el dueño quirital, proceso en el cual debe probar su dominio frente al demandado, a quien no se le exigirá que demuestre ser propietario para estar legitimado pasivamente para actuar, esto es, para ser demandado, pero debe al menos ostentar la calidad de poseedor interdical⁷³².

En los comienzos de la época imperial, el simple detentador no tiene legitimación pasiva, puesto que sólo el poseedor es el que se hallaba legitimado pasivamente para ser demandado en un juicio de reivindicación. En caso de que el detentador llegara a estar ligado por un vínculo contractual con la cosa, debía recurrirse al ejercicio de la acción propia derivada del contrato⁷³³. Sin embargo, en época posclásica ya es posible ejercer la acción reivindicatoria para obtener la cosa de que se es dueño y que se encuentra en manos del arrendatario, sin desconocer, el Derecho personal derivado del contrato de arrendamiento, como ya se ha dejado dicho.

En este punto vuelve a tomar interés el texto del Digesto donde se establece que el arrendador que hubiere dado una casa comprada de buena fe en arrendamiento y ésta le fuere reivindicada sin dolo malo ni culpa, podrá ser absuelto de la obligación que tiene frente al

⁷³² KASER, M., *Derecho Privado Romano*, op.cit., p. 124.

⁷³³ IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, op.cit., 271.

arrendatario, si estuviera dispuesto a dar otra habitación no menos cómoda que la cosa que le había sido arrendada:

*D.19.2.9. (Ulp. 32, ed) Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, i sique sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur, frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem.*⁷³⁴

Retomando el punto sobre la época postclásica, sobre la posibilidad que el demandado en un proceso reivindicatorio fuera el simple detentador, como es el caso del arrendatario si necesariamente debía ser poseedor interdictal, es conveniente traer a colación en su totalidad el siguiente texto de Ulpiano. En él se comienza por exigirle al juez que su función en un proceso de reivindicación sea indagar la calidad con que el demandado posee la cosa, sin que importe para el caso por qué causa posee, debiendo restituirla al dueño si el demandado no propone alguna excepción. Y aunque algunos, como Pegaso, juzgaron que esta acción no era posible contra meros

⁷³⁴ D.19.2.9. "Si alguno me hubiera dado en arrendamiento una casa comprada de buena fé, o un fundo, y éste hubiere sido reivindicado sin dolo malo, ni culpa, dice Pomponio, que sin embargo se obliga a él por la acción de conducción, a favor de aquel que le sea lícito disfrutar de lo que tomó en arrendamiento. Pero si el dueño no lo consistiera, y el arrendador estuviera dispuesto a dar otra habitación no menos cómoda, dice que es muy justo, que sea absuelto el arrendador."

detentadores como los arrendatarios, Ulpiano considera que si puede ser demandado aunque no se le considere poseedor:

D.6.1.9. (Ulp. 16, ed) officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat; ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quindam tamen, ut pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae, locum habet in interdicto Uti possidetis, vel Utrubi. Denique ait, ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis ventrisve, nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.⁷³⁵

⁷³⁵ D.6.1.9. "Mas en esta acción el oficio del juez consistirá en esto, en que el juez inspeccione si es que el demandante posee. Y no importará al caso, por qué causa posea; porque luego que he probado que la cosa es mía, tendrá necesidad de restituirla el poseedor, que no opuso ninguna excepción. Pero algunos, como Pegaso, juzgaron que esta acción comprende sólo aquella posesión que tiene lugar en el interdicto Uti Possidetis o en el Utrubi. Finalmente, dice que no puede vindicarse de aquel en cuyo poder está depositada o prestada una cosa, o del que la tuviere en arrendamiento, o estuviese en posesión al objeto de conservar los legados, o por razón de la dote, o del vientre, o porque a él no se le deba caución con motivo de daño inminente, como quiera que de todos estos ninguno posee. Pero opino que se puede pedir a todos los que tienen la cosa y tienen facultad para restituirla".

Dada la contundencia de la parte final del texto, cabe entender que es posible que el demandado fuera el simple detentador de la cosa, siempre y cuando el retenedor no se encuentre en relación contractual con el actor⁷³⁶. Siendo posible que el comprador, nuevo dueño, actúe contra el arrendatario, logrará por la acción reivindicatoria expulsar al *conductor* y entrar en posesión de la cosa.

En otras palabras, el nuevo dueño adquirente de una cosa que se encontraba arrendada tiene durante época postclásica la posibilidad de entrar en posesión de la cosa, sin accionar contra su vendedor sino pidiendo la directamente al detentador material, quien se verá constreñido a la entrega. En este caso el arrendatario verá vulnerado su derecho surgido del contrato de arrendamiento. La condena tenderá a la restitución de la cosa, admitiéndose la ejecución directa *–manu militari–* sobre la cosa, con la asistencia de la autoridad pública⁷³⁷.

En conclusión, el mecanismo de protección para asegurarle al arrendatario permanencia en el inmueble que le ha sido arrendado es tan solo el pacto a su favor. Los mecanismos de expulsión del arrendatario se fueron haciendo más amplios a través de las diferentes épocas, siendo posible que sin mediar relación contractual entre el comprador y el arrendatario, aquel se encontrase legitimado para iniciar la acción directamente contra el arrendatario para

⁷³⁶ En este sentido ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, op. cit., p. 241.

⁷³⁷ D.6.1.68. IGLESIAS J., *Derecho romano...*, op cit., p. 271.

obtener la posesión material del bien, adquirido mediante contrato de compraventa celebrado con el arrendador, Lo anterior, sin menoscabo del Derecho del arrendatario para exigir una indemnización de perjuicios al arrendador, por el daño ocasionado por el incumplimiento del contrato, ya que éste ha finalizado antes del plazo convenido⁷³⁸.

5.2.6. LAS CONSECUENCIAS DE LA VENTA DEL INMUEBLE SOBRE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Tanto en el Derecho español⁷³⁹ como en el colombiano⁷⁴⁰ encontramos un específico interés de proteger al arrendatario. De esta manera, resulta pertinente analizar cuál es la regulación legal vigente en ambos países, cuando el propietario-arrendador vende el inmueble arrendado y cuáles son los derechos del inquilino frente a esta situación.

En Colombia, la motivación esencial está en la precaria situación de miles de personas, que no tienen la oportunidad de obtener vivienda por la imposibilidad de acceder a un crédito que les permita la

⁷³⁸ ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, op.cit., p. 241; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, op.cit., p. 304; IGLESIAS J., *Derecho romano...*, op.cit., p. 271.

⁷³⁹ C.C. español, Art. 1571.- "El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Si el comprador usa de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen".

⁷⁴⁰ C.C. colombiano, Art. 2019.- "Extinción de la cosa por culpa del arrendador.- Etinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta, será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le suceda en el derecho, no esté obligada a respetar el arriendo".

adquisición de la misma. En España, encontramos actualmente un interés por la figura, en momentos en que la crisis europea cercena la posibilidad del uso de recursos estatales para incrementar la construcción y, por ende, ampliar la oferta de vivienda protegida, la cual generalmente permite a las personas jóvenes adquirir su primera vivienda, a la vez que obtienen su primer empleo.

Pues bien, lo que podemos hallar en las legislaciones de los dos casos contemporáneos que nos conciernen es que, al igual que en la Roma clásica, el propietario-arrendador tiene la posibilidad de vender la cosa, sin que la relación personal generada por el arrendamiento impida llevar a cabo el negocio mediante el cual se transfiere la propiedad del bien. En razón a la transferencia del dominio que hace el propietario-arrendador, el adquirente del bien recibirá los atributos plenos de la propiedad como son el poder de disposición, el de goce y el de uso sobre el bien enajenado.

Así es como al momento de perfeccionarse la venta, de acuerdo con el Art. 1.461⁷⁴¹ del Código Civil español y el Art. 1880⁷⁴² del Código Civil colombiano, una de las obligaciones del vendedor es la de hacer tradición del mismo, es decir que, además de la transferencia de la propiedad, está obligado a efectuar la entrega real y material del bien objeto del contrato. Debido a esta obligación, surgida del contrato de compraventa, le es lícito al comprador exigir la entrega material del

⁷⁴¹C.C. español: Art. 1.461.- "El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta".

⁷⁴² C.C. colombiano: Art. 1.880.- "Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida".

bien a través de diversas acciones consagradas en el Código de Procedimiento Civil colombiano y la Ley de Enjuiciamiento Civil española que encontramos en el nuevo Código de Legislación Procesal. Ambos mecanismos que se pasan a reseñar a continuación.

Por un lado, en la legislación colombiana existen cuatro opciones que otorga la ley para obtener la posesión material del inmueble adquirido. Como primera opción, está el proceso denominado “Entrega del Tradente al Adquirente”, consagrado en el Art. 417 del Código de Procedimiento Civil colombiano. A través de él, podrá dirigir el comprador su acción contra el vendedor para que cumpla con su obligación de hacer entrega real y material del inmueble objeto del contrato de venta. Durante el trámite de dicho proceso, al inquilino no le es posible hacerse parte dentro del mismo y, por consiguiente, no podrá oponerse a la acción propuesta por el nuevo propietario del inmueble. Sin embargo, se advierte en la parte final del Art. 417 lo siguiente:

... Al practicarse la entrega, no podrá privarse de la tenencia al arrendatario que pruebe siquiera sumariamente, título emanado del tradente, siempre que sea anterior a la tradición del bien al demandante. En este caso, la entrega se hará mediante la notificación al arrendatario para que en lo sucesivo tenga al demandante como su arrendador, conforme al respectivo contrato; a

falta del documento, el acta servirá de prueba del contrato.

De acuerdo con la norma transcrita, en caso de que al momento de la diligencia aparezca un inquilino que alegue, siquiera con una prueba sumaria, ser el arrendatario del bien desde una fecha anterior a la venta, el comprador queda obligado a aceptar la relación contractual nacida con anterioridad al contrato de compraventa, de la cual era él totalmente ajeno hasta el momento de afrontar la diligencia de entrega. A partir de ese instante, el comprador debe, entonces, asumir el contrato en calidad de arrendador⁷⁴³.

Como segunda opción, el comprador podrá ejercitar otra acción judicial encasillada bajo el título de "Otros Procesos de Restitución de la Tenencia", y otorgada para distintos casos de restitución de inmuebles; para este caso específico hablamos del proceso concedido "al adquirente que no está obligado a respetar el arriendo "y que se consagra en el Art. 426 del Código de Procedimiento Civil colombiano, siguiendo los lineamientos indicados en el Art. 424 del Código de Procedimiento Civil. Con esta opción, el adquirente deberá demandar al arrendatario del tradente, quien será parte directa en el proceso en calidad de parte demandada.

El fundamento de dicha demanda debe ser el Artículo 2020 del Código Civil, donde se establecen los casos en que el adquirente de

⁷⁴³ BONIVENTO FERNÁNDEZ, J. A., *Los Principales Contratos Civiles...*, op.cit., pp. 460 y 461.

un inmueble estará obligado a respetar el contrato de arrendamiento.

Así leemos que:

Estarán obligados a respetar el arriendo:

1. Todo aquel a quien se transfiere el Derecho del arrendador a título lucrativo.
2. Todo aquel a quien se transfiere el Derecho del arrendador a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por una escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios.
3. Los acreedores hipotecarios si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el registro de instrumentos públicos antes de la inscripción de la hipoteca.

El arrendatario de bienes raíces podrá requerir por si solo la inscripción de dicha escritura.

Este artículo merece ser analizado con cierto detenimiento, ya que establece quienes, en calidad de terceros, están obligados a respetar el contrato de arrendamiento, al menos en lo que hace referencia a los numerales 1º y 2º de la norma en comento.

En el numeral uno, título lucrativo es el que proviene de un acto de mera liberalidad, sin que exista una recíproca

contraprestación. Así es como adquieren el donatario, el heredero y el legatario a título lucrativo y, de acuerdo con la norma, deben respetar el contrato de arrendamiento, sin que se deba tener en cuenta si dicho contrato se celebró verbalmente, mediante escrito privado o por una escritura pública.

En cuanto al numeral dos, título oneroso es el que supone recíprocas prestaciones entre los que adquieren y los que transmiten, y en esta categoría encontramos incluidas las partes intervinientes en un contrato de compraventa. En este evento, deben respetar el arrendamiento si el contrato fue celebrado mediante escritura pública e inscrito en el registro de instrumentos públicos, porque la ley supone que por este medio el contrato goza de la debida publicidad y, por consiguiente, el tercero que adquirió el inmueble debió conocer su existencia.

La necesidad de la inscripción en el registro, pese a no mencionarse expresamente en el numeral segundo, se colige también del inciso final del art. 2020, una mención que, a pesar de parecer una observación inoficiosa, es de una gran utilidad teniendo en cuenta que, de acuerdo a su legislación, en Colombia no es obligatorio el acuerdo de las partes para hacer el registro de una escritura pública.

Sobre el numeral tres, en cuanto a que el contrato de arrendamiento, celebrado por escritura pública e inscrita en el registro con

anterioridad a la inscripción de una hipoteca, vincula a los acreedores hipotecarios, también tiene su razón de ser en que el arrendamiento así celebrado obliga a ser respetado por el adquirente de un derecho real con posterioridad a dicha inscripción⁷⁴⁴.

Dejando de lado la exploración del artículo 2020, cabe añadir que la doctrina considera que si el nuevo propietario ha iniciado la acción de entrega del tradente al adquirente, aquella establecida en el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil y que ya presentamos como primera opción, y si de la diligencia de entrega del inmueble surge una nueva relación contractual entre el inquilino y el nuevo propietario, no sería posible que con posterioridad se le permitiera ejercer la segunda posibilidad, es decir, la de vincular directamente al inquilino como demandado, con fundamento en el Art. 2020 del Código Civil y mediante el procedimiento establecido en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil⁷⁴⁵.

Una tercera posibilidad del adquirente para obtener la restitución de la tenencia material del inmueble es "La Restitución Especial de Inmueble", estipulada en el artículo 22 de la Ley 820 de 2003. Dicha norma dice que cuando haya de entregarse el inmueble arrendado, en cumplimiento de las obligaciones originadas en un contrato de compraventa, podrá el vendedor o el adquirente por sí mismo iniciar el trámite de dicho proceso, bajo los lineamientos del ya mencionado

⁷⁴⁴ Sobre este punto, ver comentario al Art. 2020, en el código civil de Legis, numeral 9864.

⁷⁴⁵ Al respecto, véase BONIVENTO FERNÁNDEZ, J.A., *Los Principales Contratos Civiles...*, *op.cit.*, p. 470.

proceso abreviado en el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior va condicionado a que el arrendador le haya cedido el contrato de arrendamiento para poder actuar en calidad de arrendador y, como protección al arrendatario, se establece que debe haberse vencido el término inicial del contrato o el de sus prórrogas⁷⁴⁶.

Por cuarta y última alternativa que tiene el arrendador para ejercer su derecho de obtener la restitución de la tenencia del bien, encontramos el artículo 22, numeral 7º de la ley 820 de 2003. Como se ha mencionado anteriormente, al inquilino que ha venido cumpliendo con sus obligaciones contractuales se le da legalmente el Derecho a permanecer en el inmueble gracias a las prórrogas automáticas otorgadas por su puntualidad en el pago de la renta y el adecuado uso que le ha dado al inmueble arrendado. En esta circunstancia, la ley establece como causal de terminación adicional del contrato de arrendamiento que,

...el arrendador podrá darlo por terminado unilateralmente durante sus prórrogas mediante preaviso dado con tres (3) meses de anticipación y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento. Cumplidas estas condiciones el arrendatario está obligado a restituir el inmueble.

⁷⁴⁶ BEJARANO GUZMÁN, R., *Los Procesos Declarativos* (4ª Edición), Temis, Bogotá, 2008, pp. 184 ss.

Esta causal no requiere, entonces, un hecho atribuible al arrendatario como sanción, puesto que basta la decisión unilateral del arrendador para promover el proceso que produce el efecto jurídico de extinción de la relación contractual del arrendamiento. Frente a esta terminación contractual del arrendamiento, es en últimas el juez quien decide sobre la consecuente restitución del inmueble⁷⁴⁷.

Prosiguiendo con el tema y enfocándonos ahora en su regulación dentro del Derecho español, encontramos aquí que la venta del inmueble arrendado da lugar a que el adquirente del inmueble solicite procesalmente que se le haga entrega de él por parte del arrendatario, al tenor de lo dispuesto por la Ley 4 de 2013, por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 29 de 1994 que regula los arrendamientos urbanos.

Sin embargo, cabe mencionar que la legislación española consagra también el pacto de supervivencia del arrendamiento, siempre y cuando se haya celebrado por escrito para proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad, según se señala en el artículo 1549 del Código Civil: “con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad”. Este pacto no solo afecta las adquisiciones posteriores a su inscripción sino también a los

⁷⁴⁷ HURTADO GARCÍA, J., *Arrendamiento y Restitución de inmuebles urbanos*, Editora Jurídica de Colombia, 1993, p. 95.

acreedores hipotecarios si dicha inscripción se hubiere efectuado con anterioridad a la constitución de la hipoteca⁷⁴⁸.

Retomando la Ley 4 de 2013, del 4 de Junio, que fuere motivada por el ánimo de fomentar y flexibilizar el mercado del alquiler en búsqueda de un mayor dinamismo, se lee:

Artículo Primero - Modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Los artículos 4, 5, 7, 9 a 11, 13 a 20, 23 a 25, 27, 35 y 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, quedan modificados como sigue:

(...)

Ocho. El Artículo 14. Enajenación de la vivienda arrendada.

1. El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley

⁷⁴⁸ En Resolución del 26 de Junio de 2014, proferida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, se ratifica la decisión de la registradora de la propiedad, del lugar de ubicación de un predio, al negarse a inscribir un contrato de arrendamiento celebrado con posterioridad a la constitución de una hipoteca sobre el inmueble, donde el acreedor hipotecario renunciaba a los efectos del Art. 661.2 LEC, para el caso que se presentara la ejecución hipotecaria. El motivo de la negativa se fundamentaba en que este pacto, si bien podría obligar al acreedor y sus sucesores en caso de adjudicación del bien en dación en pago por falta de postores, no podría ser vinculante respecto de un tercero adquirente dentro del procedimiento coactivo de venta en pública subasta. La razón fundamental que las normas procesales son de orden público y no podrían ser objeto de convenios entre particulares.

Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca.

2. Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código Civil⁷⁴⁹. Si el adquirente usare del Derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

⁷⁴⁹ Art. 1571.- "El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen. Esta norma ha sido reiterada en la ley 4 de 2013, al disponer en el punto tres del Art. 1o., la modificación a la ley 29 de 1994, en los siguientes términos ". Art. 7. *Condición y efectos frente a terceros del arrendamiento de viviendas.* "1. (...) 2. En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad."

El procedimiento para llevar a cabo la efectiva entrega del bien, sería el del proceso verbal, al tenor de lo dispuesto por el artículo 250 LEC, hoy Ley General del Proceso, en su inciso sexto:

Art. 25. Ámbito del Juicio Verbal

1. Se decidirán en el juicio verbal, cualquiera que fuere su cuantía:

(...)

7. Las que instadas por los titulares de Derechos reales inscritos en el Registro Civil de la Propiedad, demanden la efectividad de esos Derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación."

6. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR MOTIVACIÓN DE CUALQUIERA DE LAS PARTES

Como ya se ha mencionado, hay que tener en cuenta la situación de escasez de vivienda que existió en los Siglos I y II generado por un aumento de la población asentada en Roma. Es así como se generó una situación de especulación de las viviendas, haciendo que el

arrendador, generalmente perteneciente a una clase social acomodada, se encontrara en una clara posición de preeminencia sobre el arrendatario.

Este fenómeno social repercutió en la reglamentación del contrato de *locatio conductio*, permitiendo que se pactaran contratos de arrendamiento a plazo indeterminado, esto es, hasta que el acreedor manifestara su voluntad de darlo por terminado, en caso de sobrevenirle la muerte, se entendía terminado el contrato sin que se entendiera prorrogado en cabeza de sus herederos.

Así se deduce del siguiente pasaje tomado del libro XVI, de los comentarios a Sabino y recogido en el siguiente texto del Digesto:

D.19.2.4. *Locatio precariive rogatorio ita facta, quoad is, qui eam locassete dedissetve, vellet, morte eius, qui locavit, tollitur.*⁷⁵⁰

De esta manera, el *locator* podía ponerle término al contrato en cualquier momento de su conveniencia, con lo que el *conductor* quedaba completamente a merced de la voluntad, por caprichosa que fuera, del arrendador⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ D.19.2.4. La locación ó el ruego de precario hechos de este modo, hasta que quisiera el que hubiese entregado e arrendamiento la cosa, ó la hubiese dado, se extinguen por la muerte del que la dio en arrendamiento.

⁷⁵¹ En el Derecho colombiano, el Art. 22 de la Ley 820 de 2003 permite dar por terminado el contrato unilateralmente con un preaviso dado con tres (3) meses de anticipación y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento. En la legislación española no se encuentra una estipulación similar, teniendo en cuenta que la norma de arrendamientos protege los derechos de los arrendatarios, estableciendo las prórrogas

Posteriormente, se promulga la constitución C.4.65.3. del año 214, de Antonio Caracalla, que da un giro a la reglamentación anterior cuando opta por beneficiar al inquilino con la continuidad del contrato de arrendamiento mientras estuviera cancelando el valor de la renta mensual. Más aún, estipula que únicamente bajo tres determinadas circunstancias el *locator* puede terminar el contrato unilateralmente, esto es, por necesidad de la cosa para uso personal, porque la casa requiera ser reformada o por el uso indebido, y consiguiente deterioro, de la cosa arrendada por parte del arrendatario⁷⁵².

C.4.65.3. *Diaetae, quan te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse neccesariameam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re versatus est...*⁷⁵³

En opinión de MONNIER⁷⁵⁴, la Constitución Imperial estaría interpolada, pues resulta extraño que en ningún fragmento, ni del Digesto ni de las Instituciones de Gayo o justineanas, se mencione

automáticas en su beneficio y tan solo el incumplimiento del inquilino como justo motivo para darlo por terminado.

⁷⁵² Citada por LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit Locatum*, *op.cit.*, p. 68, según la autora, la constitución imperial en su redacción originaria fue reconstruida por Monnier.

⁷⁵³ C. 4.65.3. "Si pagas al dueño de la casa la pensión de la habitación que dices tienen tomada en arrendamiento, no se te debe lanzar contra tu voluntad a no ser que el dueño hubiera probado que aquella le era necesaria para sus usos propios, o quisiera reformar la casa, o tu te hayas conducido mal en la cosa arrendada."

⁷⁵⁴ MONNIER, H., *Meditations sur la Constitution "Utrique" et le ius poenitendi*, en NRHD, 27, 1900, pp. 169, 285; BATTAGLINI, *La risoluzione del contratto di locazione per necessità del locatore nel diritto romano e comune*, en Studi in onore di E. Betti, vol. IV, Milano, 1962, 526 ss.; EISELE, F., *Beiträge zur Erkenntnis...* *op.cit.*, I, 1890, p. 30. En LÓPEZ PEDREIRA, A. *Emptio tollit locatum...*, *op.cit.*, p. 66.

este tipo de causal. La única Constitución que guardaría relación con ella sería la C.4.65.34.⁷⁵⁵, la cual se especula que sea de Zenón, aunque ciertamente se desconocen su fecha y autor, y en la que se hace referencia a la posibilidad de que tanto el arrendador como el arrendatario puedan terminar el contrato dentro del primer año sin necesidad de pagar una pena por ello⁷⁵⁶.

Por otra parte, BATTAGLINI⁷⁵⁷ es de la opinión de que el problema que plantea la C.4.65.3. no podría ser una creación del Derecho clásico, pues en esa época dominaban entre personas privadas las locaciones sin término, es decir, perpetuas, que comportaban para las partes la posibilidad de resolver el contrato en cualquier tiempo, mientras que aquellas que lo eran por un tiempo determinado, *ad certum tempus*, lo eran por períodos muy breves.

⁷⁵⁵ C.4.65.34. "Utrique constitutio permittit, tam *locatori* quam *conductor*, ut liceat intra Nahun conductionem sovere tam in Italia quam in ómnibus provincias, necpoenam velutex transgressionem praestare, nisi inito contractus specialiter auismodipacto valedixerit, aut citra *scripturam renuntiarint*." (La constitución les permite a ambos tanto al arrendador, como al arrendatario que les sea lícito rescindir la conducción dentro de un año, así en Italia como en todas las provincias, y no pagar pena como por vía de transgresión, a no ser que al principio del contrato hubieren especialmente de este pacto, o renunciando a él sin escritura prescindido.

⁷⁵⁶ Justifica MONIER, H., *Meditations sur...*, *op.cit.*, pp. 169 y 285, esta constitución en el intento de Zenón de compensar frente a la posición de los *potentiores*, la precaria situación de los *humiliores*, que se verían forzados, especialmente en los municipios a tomar en arrendamiento casas o tierras en condiciones demasiado gravosas, o a ceder sus propias tierras en condiciones inadecuadas. Para el mismo autor C. 4.65.3. representa una aplicación justificada de este principio en el sentido que limitaría taxativamente los casos en que el *locator* pudiera disponer de la cosa locada antes de que haya transcurrido el tiempo de la locación; cit. por LÓPEZ PEDREIRA, A. *Emptio tollit locatum...*, *op.cit.*, p. 68. Sin embargo, VOLTERRA, E, *Instituciones de Derecho romano*, *op.cit.*, p. 519, considera que: "Aparece como misteriosa la constitución de Zenón, no reproducida en el Código Justiniano, sino conservada en el texto griego de los Basílicas (20,1,95), la cual concede a los arrendadores y arrendatarios la facultad de volverse atrás de todos los arrendamientos en el plazo de un año, sin tener que abonar multas, a no ser que éstas se hubieren acordado de forma expresa entre las partes..."

⁷⁵⁷ BATTAGLINI, *La risoluzione del contratto...**op.cit.*, pp. 527 ss, citado por LÓPEZ PEDREIRA, A., *ibid.*, p. 68.

Aparte de estas consideraciones, amerita, a nuestro juicio, tomar por conclusión la estimación que hace ELGUERA⁷⁵⁸, para quien dicha constitución mejora las condiciones del *conductor* y le garantiza una mayor estabilidad al contrato, de manera tal que sólo en los supuestos determinados el *locator* podría dar por terminado el vínculo contractual.

6.1. Por decisión unilateral del *locator*⁷⁵⁹

Con base en el fragmente del CODEX ya reseñado, no es la arbitrariedad o capricho del *locator* el fundamento para dar por terminado el contrato, sino que se hace necesario demostrar los motivos expresos que le llevan a dar por terminado el contrato de manera unilateral. De esta manera, y retomando con mayor detalle lo que se ha mencionado antes, las situaciones planteadas en este sentido dentro del texto son esencialmente dos. La primera es la necesidad urgente e imprevista del *locator* de habitar la vivienda

⁷⁵⁸ LÓPEZ PEDREIRA, A., *ibid.*, p.68.

⁷⁵⁹ En el Derecho colombiano dispone la Ley 820 de 2003: "Art. 22.-Terminación por parte del arrendador. Son causales para que el arrendador pueda pedir unilateralmente la terminación del contrato las siguientes: (...) 7. El arrendador podrá darlo por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento durante las prórrogas, previo aviso escrito dirigido al arrendatario a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento. 8. El arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento a la fecha de vencimiento del término inicial o de sus prórrogas invocando cualquiera de las siguientes causales especiales de restitución, previo aviso escrito al arrendatario a través del servicio postal autorizado con una antelación no menor a tres (3) meses a la referida fecha de vencimiento: a) Cuando el propietario o poseedor del inmueble necesitare ocuparlo para su propia habitación, por un término no menor de un (1) año. b) Cuando el inmueble haya de demolerse para efectuar una nueva construcción, o cuando se requiere desocuparlo a fin de ejecutar obras independientes para su reparación. c) Cuando haya de entregarse en cumplimiento de las obligaciones originadas en un contrato de compraventa. d) La plena voluntad de dar por terminado el contrato, siempre y cuando, el contrato de arrendamiento cumpliera como mínimo cuatro (4) años de ejecución. El arrendador deberá indemnizar al arrendatario con una suma equivalente al precio de uno punto cinco (1.5) meses de arriendo".

arrendada⁷⁶⁰. Este tipo de causal no aparece mencionada con anterioridad y solo aparece delimitada en el Derecho justineano.

La segunda causal que surge del texto es cuando se presenta la necesidad de reconstruir la cosa arrendada y el *locator* demuestra que es necesario afrontar obras en la casa para evitar la ruina del inmueble. COSTA⁷⁶¹ afirma que la única posibilidad del *conductor* ante este fenómeno sería la de pedirle la devolución de las pensiones anticipadas, no el *id quod interest*. Este tipo de causal, al igual que la anterior, solo aparece delimitada en el Derecho justineano.

Ahora bien, habría ocasiones en las que para el *locator*, interesado en recuperar la finca que dio en arriendo, le resultaba más rentable expulsar al *conductor* y pagar los daños y la pena. Esto debido a que, aprovechando los momentos de especulación, seguramente encontraría un nuevo *conductor* que podría pagarle una renta de alquiler más alta por el mismo bien, resultándole más conveniente terminar el contrato aunque fuera pagando una indemnización.

Esta forma de terminación anormal del contrato, respaldada por la estipulación de una cláusula penal desde la celebración del contrato, se puede leer en un fragmento tomado del libro V de las respuestas

⁷⁶⁰ OURLIAC, P., MALAFOSSE, J. de, *Derecho romano y Francés Histórico*, Tomo I, (Derecho de las obligaciones), Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 459. "Al final de la época imperial, la inseguridad económica y las preocupaciones sociales obligan al legislador a adoptar medidas excepcionales: el arrendador puede ejercer el derecho de desahucio para su uso personal (C.4.65.3 del 214), el arrendador debe esperar dos años antes de resolver el contrato de un arrendatario que no le paga, salvo pacto en contrario las partes pueden disolver libremente durante el primer año de arrendamiento (*ius poenitendi* C.4.65.34)".

⁷⁶¹ COSTA, E., *La locazione...*, *op.cit.*, p. 104.

de Paulo. Así, se describe el caso en donde Ticio y Seyo, arrendador y arrendatario de un fundo, respectivamente, convienen que durante el tiempo del arrendamiento Seyo no sea expulsado del fundo contra su voluntad, y si este fuera desalojado, que Ticio pague diez de pena a Seyo; igualmente acuerdan que si dentro del tiempo del contrato Seyo quisiera dejarlo, este debe pagar, a su vez, diez al arrendador Ticio:

D.19.2.54.1. *Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne iutra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur; et si pelsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori, vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis descedere vellet, auque decem Titio locatori praestare cellet, quod invicem de se stipulati sunt...*⁷⁶²

Para precaverse, entonces, de expulsiones injustificadas por parte del *locator* o de abandonos repentinos del predio por parte del *conductor*, era permitido que las partes pactasen en caso de incumplimiento una cláusula penal⁷⁶³.

⁷⁶² D.19.2.54.1. "Se convino entre el arrendador y el arrendatario de un fundo, que durante el tiempo del arrendamiento el arrendatario Seyo no fuera echado del fundo contra su voluntad; y si hubiese sido echado, que el arrendador ticio pagase diez de pena al arrendatario Seyo, o respecto de Ticio, que el arrendatario Seyo, si dentro del tiempo del arrendamiento quisiera dejarlo, estuviera pronto a pagar igualmente diez al arrendador Ticio, y así lo estipularon recíprocamente; ..."

⁷⁶³ GALLO. F., *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, en Synteleia Vincenzo ARANGIO RUIZ: Raccolta di studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto, Jovene Editore, Napoli, 1964, pp. 1198-1211.

6.2. Por decisión unilateral del *conductor*⁷⁶⁴

Al plantearse la hipótesis con relación al *conductor*, encontramos la situación inversa. Ciertamente, en muchos casos al arrendatario no le era posible dar por terminado el contrato por lo que se veía en la necesidad de utilizar las vías de hecho y procedía a abandonar el fundo sin una causa que lo justificara, originando de esa manera una terminación anticipada del contrato.

Los pasajes que plasman esta hipótesis los reseñamos a continuación. Por un lado consideremos lo dicho en:

*D.19.2.24.2. (Paul., 34 ed.) Si domus vel fundus
in quinquennium pensionibus locatus sit, potest
dominus, si deseruerit habitationem vel fundi*

⁷⁶⁴ En Colombia, la ley 820 de 2003, dispone en su Art. 24.- "Terminación por parte del arrendatario.-"(...) 4. el arrendatario podrá dar por terminad unilateralmente el contrato de arrendamiento dentro del término inicial o durante sus prórrogas, previo aviso escrito dirigido al arrendador a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor a tres (3) meses y el pago equivalente a una indemnización de tres (3) meses de arrendamiento. Cumplidas estas condiciones el arrendador estará obligado a recibir el inmueble, si no lo hiciere, el arrendatario podrá hacer entrega provisional mediante la intervención de la autoridad competente, sin perjuicio de acudir a la acción judicial correspondiente. 5. El arrendatario podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento a la fecha de vencimiento del término o de sus prórrogas, siempre y cuando dé previo aviso escrito al arrendador a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses a la referida fecha de vencimiento. en este caso el arrendatario no está obligado a invocar causal alguna diferente a la de su plena voluntad, ni deberá indemnizar al arrendador". En la legislación española, la Ley 4 de 2013, del 4 de junio, que modifica la Ley 29 de 1974, dispone en el Art. 1: "Seis. El artículo 11 queda redactado en los siguientes términos: «Artículo 11. *Desistimiento del contrato*. El arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. Las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización.

*culturam colonus vel inquilinus, cum iis statim agere.*⁷⁶⁵

El texto anterior refiere el caso en que se hubiere dado en arrendamiento una casa por un quinquenio y el inquilino hubiere abandonado la habitación, situación en la cual el arrendador puede reclamar de inmediato las pensiones dejadas de pagar. En un sentido similar, aunque con una sanción más severa, encontramos el caso ilustrado por:

*D.19.2.55.2. (Paul, 5, Resp) Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad solvendas totius temporis pensiones exconducto conveniri potest, quatenus locatori in id, quod eius interest, indemnitas servetur*⁷⁶⁶.

Aquí se contempla el caso del colono que abandona el fundo sin justa y plausible causa, pudiendo ser demandado para que pague todas las pensiones de todo el tiempo y además indemnizar de todo perjuicio al arrendador. Por último, y volviendo sobre la Constitución atribuida a

⁷⁶⁵ D .19.2.24.2. "Si se hubiera dado en arrendamiento una casa ó un fundo con pensiones por un quinquenio, puede el dueño, si el inquilino ó el colono hubiere abandonado la habitación ó el cultivo del fundo, reclamar inmediatamente contra ellos."

⁷⁶⁶ D 19.2.55.2. "El que sin justa y plausible causa hubiere abandonado antes de tiempo un fundo contra el convenio del arrendamiento, puede ser demandado por la acción de conducción para que pague las pensiones de todo el tiempo, á fin de que se obtenga para el arrendador indemnización por lo que le importa."

Zenón, que ya tuvimos ocasión de analizar, cabe añadir lo que se menciona en

C.4.65.34.: Utrique constitutio permittit, tam locatori quam conductori, ut liceat intra Nahun conductionemovere tam in Italia quam in omnibus provinciis, nec poenam velut ex transgressione praestare, nisi inito contractus specialiter aismodipacto valedixerit, aut citra scripturam renuntiarint”.

Así, tenemos que en este fragmento se faculta tanto al arrendador como al arrendatario a dar por terminado el contrato de arrendamiento dentro del primer año de su ejecución, sin dar lugar a pagar una pena por ello.

En opinión de Adela LÓPEZ PEDREIRA⁷⁶⁷, para evitar esa situación de desigualdad entre arrendador y arrendatario fueron dictadas las constituciones C.4.65.3. y C.4.65.34. De esta manera, con la primera, se limitó la expulsión del *conductor* en los supuestos que en ella se mencionaban, mientras que con la segunda, se admitió la posibilidad de terminar el contrato dentro del primer año sin dar lugar a ninguna indemnización de perjuicios.

⁷⁶⁷ LÓPEZ PEDREIRA, A.. *Emptio Tollit Locatum...*, op.cit., p. 71.

7. POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES TANTO DEL LOCATOR COMO DEL CONDUCTOR

Como punto final del presente capítulo sobre las causas de extinción del contrato, analizamos ahora la posibilidad de que el contrato termine por la voluntad unilateral de una de las partes con motivo del incumplimiento del otro contratante a sus obligaciones contractuales. En tal caso, estaríamos ante una ruptura del equilibrio del contrato bilateral y, por consiguiente, se justificaría la terminación del contrato.

7.1. Terminación por parte del *locator*⁷⁶⁸

Al no cumplir el *conductor* sus obligaciones, el *locator*, por medio de la *actio locati*, tiene la facultad de rescindir el contrato en algunos casos particulares que se expondrán a continuación.

⁷⁶⁸ En el Derecho colombiano dispone la Ley 820 de 2003: "Art. 22.- Terminación por parte del arrendador. Son causales para que el arrendador pueda pedir unilateralmente la terminación del contrato las siguientes: 1. La no cancelación por parte del arrendatario de los cánones y reajustes dentro del término estipulado en el contrato. 2. La no cancelación de los servicios públicos, que cause la desconexión o pérdida del servicio, o el pago de las expensas comunes cuando su pago estuviere a cargo del arrendatario. 3. El subarriendo total o parcial del inmueble, la cesión del contrato o del goce del inmueble o el cambio de destinación del mismo por parte del arrendatario, sin expresa autorización del arrendador. 4. La incursión reiterada del arrendatario en proceder que afecten la tranquilidad ciudadana de los vecinos, o la destinación del inmueble para actos delictivos o que impliquen contravención, debidamente comprobados ante la autoridad policiva. 5. La realización de mejoras, cambios o ampliaciones del inmueble, si expresa autorización del arrendador o la destrucción total o parcial del inmueble o área arrendada por parte del arrendatario. 6. La violación por el arrendatario a las normas del respectivo reglamento de propiedad horizontal cuando se trate de viviendas sometidas a ese régimen". En la normatividad española, se consagra esta causa de terminación en la siguiente norma. Art. 27. Incumplimiento de obligaciones.- "1. (...) 2. Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas: a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario. b) La falta de pago del importe de la fianza o de su actualización. c) El subarriendo o la cesión incontinentes. d) La realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de éste sea necesario. e) Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. f) Cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7".

7.1.1. CUANDO SE TRATE DEL USO DE LA COSA ARRENDADA DE FORMA NO CONVENIDA, CONSTITUYENDO UN ABUSO O GRAVE DETERIORO

Se puede pedir la extinción del contrato cuando el *conductor* deteriora la cosa arrendada, causal que existía ya en el Derecho clásico, puesto que una de las obligaciones del *conductor* es usar la cosa arrendada en los términos pactados y restituirla en buen estado, de modo que cuando el mal uso de la cosa perjudique al *locator*, este pueda ponerle término al contrato. Los textos del digesto a los que se ha hecho referencia anteriormente, cuando se establecía la obligación del arrendador de usar la cosa en debida forma, son ejemplo de lo dicho y, a su vez, el fundamento de que el uso indebido sea una de las causas de terminación del contrato.

Resulta pertinente agregar un pasaje más del Digesto en que expresamente se faculta al arrendador para extinguir el contrato de arrendamiento por incumplimiento del *conductor* en su deber de usar la cosa en debida forma:

D.19.2.61. (Scév. 7, Dig) Colonus, quum lege loationis non esset comprehensum, ut vineas poneret, nihilominus in fundum vineas instituit, et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat; quaesitum est, si dominus istum colonum fundo electum

*pensionum debitarum nomine conveniat, an sunt utiliter factos in vineis instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione? Respondit, vel expensas consecuturum, vel nihil amplius praestiturum.*⁷⁶⁹

En el caso anterior, se hace referencia al uso indebido por parte del colono cuando este decide plantar viñas sin que esto estuviese comprendido en el contrato. Sin embargo, la verdadera cuestión planteada aquí gira en torno al hecho de que el fruto recogido conlleva a que el predio se de en arrendamiento por diez áureos más cada año, por lo que, si se llegara a una situación en que el contrato se terminara por falta de pago de las pensiones, cabría preguntarse si el dueño podría demandar al colono para reclamar esas pensiones debidas. A ello se responde que se considera correcta la extinción pero debiendo el arrendador abonar a la deuda los gastos hechos por el *conductor*⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ D.19.2.61. "Un colono no habiéndose comprendido en el contrato de locación que plantase viñas, plantó sin embargo viñas en el fundo, y por causa del fruto de ellas se había comenzado a dar en arrendamiento el campo por diez áureos más cada año; se preguntó si el dueño demandara a este colono lanzado del fundo, con motivo de pensiones debidas, ¿podría computar los gastos hechos útilmente en la plantación de las viñas, habiéndose opuesto la excepción de dolo malo? Respondió, que o conseguirá los gastos, o no pagará nada más".

⁷⁷⁰ LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio Tollit Locatum...*, *op.cit.*, p. 66.

7.1.2. POR FALTA DE PAGO DE LA MERCES

Esta causa de extinción existía también desde el Derecho clásico⁷⁷¹. Los pasajes del Digesto D.19.2.56 y D.19.2.54.1 se refieren a ella indicando que la extinción tendrá lugar transcurridos los dos años, sin necesidad de pagar al *conductor* la posible pena que se hubiese estipulado, ya que la extinción tiene lugar como consecuencia de su incumplimiento, en especial con una obligación que no solo le es propia sino que quizá sea la más importante: “pagar la merces”.

*D.19.2.56. (Paul, 5, Resp). Quum domini horreorum insularumque desiderant, diu non apparentibus, nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus, aperire, et ea, quae ibi sunt, describere, a publicis personis, quorum interest, audiendi sunt; tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari.*⁷⁷²

D.19.2.54.1: (Paul, 5, Resp) ...quaero, quum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit? Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in

⁷⁷¹ Para LÓPEZ Pedreira, para que el no pago de la merces sea causa de terminación del contrato debía haber sido un impago ininterrumpido por dos años, tomando como referencia lo expresado en el texto D.19.2.56., donde se refiere el caso del dueño de un almacén alquilado cuyos arrendatarios han dejado de pagar la renta, pero parece claro que el plazo de dos años previsto por Paulo D.19.2.54.1, sea solamente uno de los elementos del *casus* descrito por el jurisconsulto romano, pero de ninguna manera unamodalidad legal del contrato.

⁷⁷² D.19.2.56: “Cuando, por no hallarse presentes durante largo tiempo los arrendatarios, y por no pagar las pensiones de este tiempo, pretenden los dueños de almacenes y de casas abrirlos, é inventariar lo que en ellos hay, han de ser oídos por los funcionarios públicos á quienes incumbe; mas en estos casos debe guardarse el término de dos años”.

*stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen virisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit, et, ut oportet, coleret; et ideo si poenam petere coeperit is, qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.*⁷⁷³

Según LÓPEZ PEDREIRA, para que el no pago de la merces fuera causa de terminación del contrato, debía ocurrir un impago ininterrumpido por dos años, según lo explicado en los dos textos antes transcritos. Ambos casos mencionan, de esta manera, el plazo de dos años en el no pago de la *merces* para dar por terminado el contrato. Sin embargo, cabe observar que hay diferencias importantes entre uno y otro, lo que puede dar lugar a distintas interpretaciones por las circunstancias que se originan en cada una de las respuestas de Paulo.

De ahí que convenga distinguir, en primer término, lo expresado en el texto D.19.2.56., donde se refiere el caso de unos almacenes y casas alquiladas cuyos arrendatarios no se han hecho presentes ni han

⁷⁷³ D.19.2.54.1. "...pregunto, ¿no pagando el arrendatario Seyo la pensión de dos años continuos, podrá ser lanzado sin miedo á la pena? Paulo respondió, que aunque nada se haya expresado en la estipulación respecto al pago de las pensiones, es, sin embargo, verosímil, que convinieron de este modo respecto á que no fuese expulsado el colono dentro del tiempo prefijado, si hubiere pagado las pensiones, y cultivase como corresponde; y que por esto, si el que no satisfizo las pensiones hubiere comenzado á pedir la pena, habrá de aprovecharle al arrendador la excepción de dolo".

cumplido tampoco con el pago de la renta, razón por la cual sus dueños pretenden abrirlos e inventariar lo que hay en ellos. En opinión de Paulo, para estos casos no sólo deben ser oídos los funcionarios públicos sino que debe guardarse un término de dos años para efectuar este procedimiento.

Por otra parte, no parece que este mismo tratamiento sea el sugerido para el caso previsto en D.19.2.54.1., donde se pregunta si el arrendatario, Seyo, al no pagar la renta durante dos años continuos, podrá ser lanzado sin miedo a la cláusula penal. Paulo responde que, aunque no se haya expresado nada en la estipulación respecto del pago de las pensiones, si el colono no paga el precio ni cultiva el fundo como le corresponde, el contrato puede ser terminado por este motivo, sin que haya lugar al pago de ninguna indemnización.

Por consiguiente, según este segundo texto, no se considera que se requiera que la *merces* deje de pagarse de manera constante por dos años para solicitar la terminación del contrato por incumplimiento del *conductor* a sus obligaciones contractuales. Para Paulo, lo importante es el hecho de incumplir el contrato, sin importar por cuanto tiempo, lo cual sería suficiente para que el arrendador lo de por terminado sin el pago de la cláusula penal pactada.

7.2. Terminación unilateral del *conductor*⁷⁷⁴

A su turno, el *conductor* tiene la facultad de renunciar al contrato poniéndole fin al mismo, pero igualmente podrá ser quien demande en juicio la terminación del contrato si el *locator* no cumple con sus obligaciones, por medio de la *actio conducti*.

7.2.1. DEMORA O RETRASO CULPABLE DEL LOCATOR EN LA ENTREGA

Esta causal se basa en el reconocimiento de que el *conductor* únicamente puede usar la cosa durante el tiempo de ejecución del contrato, por lo que el retraso del *locator* en la entrega de la cosa arrendada le perjudica en el interés principal que tiene en el contrato, es decir, el uso y goce de la cosa.

Es por esto que la entrega con retraso o la entrega incompleta de la cosa arrendada faculta al arrendatario para ejercer la *actio conducti*,

⁷⁷⁴ En el Derecho colombiano en la Ley 820 de 2003, en su artículo se dispone. Art. 24.- "Terminación por parte del arrendatario.- Son causales para que el arrendatario pueda pedir unilateralmente la terminación del contrato, las siguientes: 1. La suspensión de la prestación de los servicios públicos al inmueble, por acción premeditada del arrendador o porque incurra en mora en pagos que estuvieren a su cargo. en estos casos el arrendatario podrá optar por asumir el costo del restablecimiento del servicio y descontarlo de los pagos que le corresponda hacer como arrendatario. 2. Por incursión reiterada del arrendador el proceder que afecten gravemente el disfrute cabal por el arrendatario del inmueble arrendado, debidamente comprobada ante la autoridad policiva. 3. El desconocimiento por parte del arrendador de derechos reconocidos al arrendatario por ley o contractualmente...". En la legislación española, el tema se encuentra regulado en el Código Civil. Artículo 1569. El arrendador podrá desahuciar judicialmente al arrendatario por alguna de las causas siguientes: 1.^a Haber expirado el término convencional o el que se fija para la duración de los arrendamientos en los artículos 1.577 y 1.581.2.^a Falta de pago en el precio convenido.3.^a Infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato.4.^a Destinar la cosa arrendada a usos o servicios no pactados que la hagan desmerecer, o no sujetarse en su uso a lo que se ordena en el número segundo del artículo 1.555.

pudiendo dar por terminado el contrato y no pudiendo el arrendador reclamar las pensiones pactadas. Si el retraso es de pocos días y si se entrega la totalidad de la cosa arrendada al *conductor*, esa morosidad no haría perder vigencia a la obligación del *conductor*. A este respecto se citan tres pasajes del Digesto:

D.19.2.24.4. (Paul, 34, ed) Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquenui nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur; nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patiatur (3) fundo drui; nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit, et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur; sera est compendii facturus erat, consequetur; sera est compendii facturus erat, consequetur; sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus alligatus nos potest. Quodsi paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestatur, quae

*convenerit sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo, quem dominus prohibere potest.*⁷⁷⁵

*D.19.2.60. Quum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex kalendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit. Itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in Kalendis Iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam, nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestitutum, adeo ut nec cogi quidem posset, ex Kalendis Iuliis resecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.*⁷⁷⁶

D.19.2.15.1. Competit autem ex his causis fere, ut puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis

⁷⁷⁵ D.19.2.24.4: "El colono, si á él no le fuera lícito disfrutar, reclamara desde luego con razón respecto de todo el quinquenio, aunque el dueño del fundo le permita disfrutar de los demás años; pues no siempre se librara el señor porque permita disfrutar del fundo en el segundo o el tercer año, porque el que expulsado de un arrendamiento se traslado a otro fundo como colono, no ha de atender a los dos años, ni estará obligado por razón de las pensiones, y conseguirá cuanta ganancia había de obtener en cada año, porque es tardía la permisión de disfrutar que se ofrece en tiempo en que el colono no puede disfrutar, ligado ya á otras cosas. Pero si se lo impidió por pocos días, y después mostró arrepentimiento, y todo esta integro para el colono, la morosidad de pocos días no disminuirá nada de obligación. Así mismo ejercita útilmente la acción de Conducción aquel á quien no se entrega conforme al convenio las cosas las cosas que se habían convenido, ya si le prohibiera disfrutar por el dueño o por un extraño, al cual el dueño se lo puede impedir."

⁷⁷⁶ D.19.2.60: "Cuando una casa se dio en arrendamiento por muchos años, debe el arrendador entregarla, no solo para que pueda el arrendatario habitarla desde aquellas calendas de cada año, sino también para que pueda subarrendarla por su tiempo á un inquilino, si quisiera. Y así, si esta casa hubiese estado apuntalada desde las calendas de Enero hasta las de Junio, de suerte que uno no pudiera ni habitarla, ni enseñarla á nadie, nada deberá pagar el arrendador, de tal modo, que tampoco podría ciertamente, reparada la casa, ser obligado á habitarla desde las calendas de julio, si el arrendador no hubiese estado dispuesto á darle casa cómoda para habitarla."

*non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat, vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.*⁷⁷⁷

7.2.2. POR DEFECTO DE LA COSA ARRENDADA QUE IMPIDA SU USO Y DISFRUTE

Este tipo de causa se presenta al existir vicios en la cosa arrendada que impiden o dificultan su uso, no teniendo efectividad el contrato íntegramente⁷⁷⁸. Para una mejor ilustración de esta circunstancia se debe ver el siguiente pasaje Digesto, donde se establece que si la edificación nueva del vecino oscurece las luces de la vivienda arrendada, será lícito desistir del contrato de arrendamiento sin tener obligación de persistir en él ni pagar las rentas faltantes. Lo mismo se debe entender si el arrendador no repara las puertas y las ventanas que estuvieren demasiado estropeadas:

D.19.2.25.2.- (Gai, 10, ed) Si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino; certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur,

⁷⁷⁷D.19.2.15.1: "Pero compete ordinariamente por estas causas, por ejemplo, si no le fuera lícito disfrutar de la cosa que tomo en arrendamiento, acaso porque no se le entrega la posesión, ó de todo el campo, o de una parte, ó no se repara la casa de campo, ó el establo ó donde deban estar sus rebaños, ó si se convino en el contrato de la conducción alguna cosa, y esta no se cumple, se ejercitara la acción de conducción."

⁷⁷⁸JÖRS, P., KUNKEL, W., *Derecho privado romano, op.cit.*, p. 376.

*reputationis ratio habenda est. Eadem intelligemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.*⁷⁷⁹

D.19.2.27. (Alf. II, Dig) Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet; ea enim conditione habitorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oportere, aliquam partem parvulam incommodi sustineret, non ita tamen, ut eam partem coenaculi dominus apervisset, inquam, magnum partem usus habitator haberet.⁷⁸⁰

Otra situación que impide el uso y disfrute de la cosa arrendada la hallamos igualmente en el anterior texto, en la descripción que se hace con respecto a los habitantes de un inmueble arrendado que lo usan con algo de incomodidad. Si el arrendador debe hacer alguna obra en la cosa arrendada para solucionar el defecto y si el inquilino

⁷⁷⁹D.19.2.25.2: "Si edificando el vecino se oscurecieren las luces de un cenáculo, el arrendador se obliga al inquilino; y ciertamente no hay duda alguna de que sea lícito al colono ó al inquilino dejar el arrendamiento. Y también respecto a las pensiones si contra el se ejercitara acción, se ha de tener en cuenta de la rebaja. Lo mismo entenderemos si el arrendador no reparase las puertas y ventanas demasiado estropeadas."

⁷⁸⁰ D.19.2.27: "Si los habitantes usasen de alguna parte de un cenáculo con poca menos comodidad, no deben hacer desde luego descuento de la pensión, porque el habitador lo, es con la condición de que si hubiese sobrevenido alguna contrariedad, por la causa el dueño debiese demoler algo, soportaría alguna pequeña parte de incomodidad, pero no de suerte que el dueño hubiere abierto aquella parte de cenáculo en la e lque habitador tuviera la mayor parte de su uso."

demuestra que estas afectan la parte principal de la casa en la que él tiene su mayor uso, *el conductor* podrá dar por terminado el contrato.

7.2.3. FUNDADO TEMOR DE UN PELIGRO O *VIS MAJOR*⁷⁸¹

Como ya quedó consignado, en la parte donde se menciona el deber que tiene el arrendatario de pagar la *merces*, dicha obligación termina si el *conductor* ha tenido que abandonar el inmueble por una causa ajena a su voluntad. Los pasajes que se citan a continuación, dejan entrever la fuerza mayor como una causa de terminación del contrato para el *conductor*:

D.19.2.13.7. Exercitu veniente migravit *conductor*, deinde hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt ; si domino non denuntiavit, et migravit, ex locato tenebitur ; Labeo autem, si resistere potuit, et non restitit, teneri ait ; quae sententia vera est ; sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri.⁷⁸²

D.19.2.27.1. Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem, necne ? Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non

⁷⁸¹ BONFANTE. P., *Instituciones de Derecho romano, op.cit.*, p. 498

⁷⁸² D.19.2.13.7: "Aproximándose un ejército, emigró un arrendatario, y después los soldados quitaron las ventanas y otras cosas del alojamiento, si no lo hizo saber al dueño, y se fue, quedará obligado por acción de locación, pero dice Labeón que si pudo impedirlo, y no lo impidió, se obliga cuya opinión es verdadera, mas también sino pudo hacerlo saber, no creo que se obligue."

fuisset, tamen non debere mercedem : sed si
causa timoris iusta non fuisset, nihilominus
debere.⁷⁸³

El fragmento D.19.2.13.7 trae un ejemplo según el cual el *conductor* abandona el bien arrendado por aproximarse un ejército, sin poder impedir que arrancaran las puertas y ventanas del inmueble ni tener la oportunidad de avisar al arrendador de aquel hecho. Labeón dice que si el *conductor* no pudo impedir el hecho ni tampoco pudo avisar al propietario, entonces no queda obligado por la *actio conducti*.

Por otro lado, en D.19.2.27.1 se pone de relieve la importancia de la fuerza mayor como causa que justifica la resolución del contrato, al manifestar Alfeno que si alguno hubiere emigrado por causa de un fundado temor, no se debe la pensión, mientras que si, por el contrario, no se tratase de un fuerza de esta naturaleza, el *conductor* debe pagar la *merces*.

7.3. Por disposiciones normativas

Como última forma de extinción del contrato por incumplimiento de las obligaciones, están las disposiciones normativas, que no requieren

⁷⁸³ D.19.2.27.1: "De nuevo se le preguntó, si alguno hubiere emigrado por causa de temor ¿debería, ó no la pensión? Respondió que si hubiere habido causa para que temiese un peligro, aunque verdaderamente no hubiese habido peligro, no debe sin embargo, la pensión; pero que si la causa del temor no hubiese sido justa, la debe no obstante."

de mucha explicación adicional y por ello nos remitimos a los ejemplos que se pueden hallar en el Digesto, tal como el siguiente:

*D.19.2.50. (Modes, X, pandec) Si ignorans quis militi quasi pagano locaverit, exigere illum posse probandum est; non enim contemnit disciplinam, qui ignoravit militem.*⁷⁸⁴

En este pasaje se permite al *locator* expulsar al *conductor* si se descubre que a quien se ha arrendado la finca es en realidad un militar. Sin embargo, este último queda con la obligación de pagar el precio por ignorar de buena fe su condición, sin que se anule el contrato. Este mismo criterio va a ser recogido en una Constitución de León en el año 458:

CJ.4.65.31: "Imperator Leo. Milites nostros alienarum rerum conductores seu procuratores aut fideiussores vel mandatores conductorum fieri prohibemus, ne omissio armorum usu ad opus rurestre se conferant et vicinis graves praesumptione cinguli militaris existant. armis autem, non privatis negotiis occupentur, ut numeris et signis suis iugiter inhaerentes rem

⁷⁸⁴ D.19.2.50: "Si ignorándolo hubiere alguno dado en arrendamiento á un militar, como si fuera paisano, se ha de admitir que puede él cobrarle, porque no menosprecia la disciplina el que ignoró que era militar.

*publicam, a qua aluntur, ab omni bellorum
necessitate defendant*".⁷⁸⁵

Vale la pena recordar que esta medida se justifica en el sentido de que, por un lado, los militares no pueden desatender su carrera militar, mientras que, por otro, se busca proteger a los vecinos de una posible prepotencia del militar en sus relaciones de vecindad.

⁷⁸⁵ C.4.65.31. "Prohibimos que nuestros militares se hagan arrendatarios de cosas ajenas, ó procuradores, ó fiadores, o mandantes de los arrendatarios, a fin de que no se dediquen á faenas rurales desatendiendo el manejo de las armas ni sean gravosos á sus vecinos con la presunción del cingulo militar. Ocúpense en las armas, y no en negocios privados, para que, estando constante incorporados en las filas y bajo sus banderas, defiendan de toda necesidad de guerra á la república, por la que son mantenidos"

CONCLUSIONES

Las pretensiones de este trabajo de investigación no era otra que analizar la evolución de la *locatio conductio rei* romana estableciendo el paralelo de la figura tanto en el Derecho español y como en el Derecho colombiano, ambos producto de la corriente codificadora del Siglo XIX, puesto que el Código Civil Español fue promulgado en 1889 mientras que el de Colombia lo era en el año de 1887.

El desarrollo de este objetivo, conllevó una análisis juicioso y detallado de la figura, para lo cual, se hizo necesario el exámen detallado de un importante universo de obras escritas sobre la *locatio conductio*, contenido en manuales de Derecho romano, enciclopedia especializadas, libros sobre puntos específicos de la *locatio conductio* y revistas científicas de Derecho romano. Con base en esta información, se fue configurando el plan de trabajo para desarrollar la investigación.

En un tema como el de la *locatio conductio* romana, establecer conclusiones no resulta nada sencillo debido a las discusiones todavía

vigentes en la romanística alrededor de la figura; en temas relacionados con su origen, o sobre la existencia o no de una tricotomía de la *locatio conductio* en las fuentes o si por el contrario los romanos no distinguieron entre las tres clases de arrendamiento, siguiendo la tendencia clásica original.

Por esta razón, más que dejar esbozadas unas conclusiones, se tratará aquí de agregar algunas ideas a lo ya dicho a lo largo del trabajo, precisando algunos comentarios finales sobre la institución del contrato de arrendamiento en Roma y su proyección al Derecho contemporáneo colombiano y español.

Respecto de la tricotomía de *locatio conductio*, luego del análisis efectuado, no se observa en forma clara una sistematización de las varias figuras de arrendamiento en el examen de los textos del Digesto atribuidos a Ulpiano, a Paulo y los edictos provinciales de Gayo, como tampoco en las instituciones de este último.

Así, la unidad sería meramente terminológica y procesal mas no estructural (MAYER- MALY; NIEDERMAYER); puesto que aunque a veces se reconoce una unidad en sentido amplio, lo cierto es que el régimen concreto de cada una de las figuras, se iba construyendo sobre la base de específicas necesidades económicas concretas, más que a través de una creación doctrinal, respecto de cada una de las especies de la *locatio conductio*.

La división tripartita, definitivamente no se encuentra en las fuentes romanas y los juristas clásicos trataron solamente la locatio conductio. En principio, aplicaron las mismas reglas a las varias hipótesis que se presentaron en la práctica social y no hubo realmente una preocupación por el empleo de uno u otro término para distinguirlas, y la clasificación habría sido producto del escolasticismo jurídico continental (SCHULZ).

Tal y como se dejó dicho en el capítulo correspondiente, para AMIRANTE, la unidad de la locación no se fundamenta en la finalidad perseguida, esto es, el fin económico social, sino que estaría en la obligación de reddere la res (la cosa dada en locación, la persona del trabajador, y el opus final); para nosotros, si se observa el sinalagma merces-uti frui, y se entiende este como el objeto del contrato, sería ese precisamente el elemento unificador, tal como lo cree FIORI, y no la obligación de restituir la cosa, aunque no puede negarse de plano la validez del argumento de AMIRANTE.

La discusión continúa abierta por ahora; de ello debe decirse que, son precisamente las cuestiones sin resolver las que nutren el Derecho romano y lo evidencia como una construcción dinámica, que prefiere no enfrentarse al eventual problema de una definición, para no frenar su desarrollo práctico. Los romanos admitieron la existencia de diversos "tipos negociales" en donde lo relevante sería la diversa modalidad del goce (sobre una res, una opera o sobre la persona), pero miraban la locatio como un "tipo" unitario no únicamente como

un problema procesal, sino mas bien en razón de la presencia, en cada conjunto de intereses del llamado sinalagma merces-uti frui.

En cuanto a los orígenes de la locatio conductio rei, podemos afirmar que difícilmente el precario constituye un precedente histórico del contrato de arrendamiento; habida cuenta que un sector ampliamente mayoritario de la romanística señala que éste fue un negocio de carácter gratuito y revocable, a diferencia del arrendamiento que fue concebido como un contrato, de carácter oneroso y sinalagmático perfecto. Por ello, creemos que de haber existido alguna influencia del precario sobre la locatio conductio, ésta fue muy reducida, toda vez que las dos figuras cumplieron funciones económico sociales diferentes.

No se puede decir lo mismo de los arrendamientos públicos, pues si bien es cierto que no es posible atribuir de manera inequívoca el origen del contrato de arrendamiento del Derecho privado a éstos; los estudios sobre este particular permiten colegir que el régimen de concesiones públicas debió tener alguna injerencia en la estructuración del arrendamiento consensual del Derecho privado; vr.gr, los arrendamientos sobre el ager vectigalis como típica concesión administrativa de carácter municipal, con el paso del tiempo se extienden a fundos privados recibiendo el nombre de conductio agri vectigalis, para luego dar origen a la figura de la enfiteusis, y , todas estas instituciones están consideradas por la doctrina como tipos especiales de locatio conductio rei.

Así las cosas, es menester precisar que tal como lo entiende un sector mayoritario de la romanística, los orígenes del contrato de arrendamiento se encuentran en el Derecho privado, y más específicamente en el Derecho de gentes; sin embargo, es posible aceptar que el régimen de arrendamientos públicos debió coadyuvar en una menor proporción en la formación del contrato.

La definición de la *locatio conductio* tratada en este trabajo pasa con todo su contenido al contrato de arrendamiento de cosas, de tal modo que el esquema *merces-uti frui* sirve para analizar el punto de partida que tuvo y el desarrollo de las características de figura en el Derecho romano. Así, se puede entender la función económico- social del contrato de arrendamiento, como la entrega de un bien a una persona para que la use y disfrute, sin que se convierta en propietario del bien, ni se le transfiera ningún Derecho real.

Por lo tanto, en el centro de la definición deben encontrarse los elementos que la definen y son esenciales para el contrato de arrendamiento, comenzando por la prestación, constituida como ya se ha dicho por la *merces-uti frui*, acompañado de otro elemento que nosotros consideramos esencial para el contrato de arrendamiento romano, el consentimiento, que es la forma como se perfecciona el contrato, y las fuentes lo usan para distinguirlo de otros tipos de contratos (de los reales, los escritos y los verbales).

Para poder ser arrendador, ubicados en el esquema del *uti frui-merces*, el *locator* debía poner la cosa para el uso y disfrute del *conductor* y tener la posibilidad de obtener la *merces* del bien. Esto determinaba quien podía tener la calidad de arrendador, de manera que arrendaba el propietario, el poseedor, el habitador, el usufructuario, pero no lo podía hacer el usuario porque éste no tiene dicha capacidad, ya que no puede obtener frutos civiles ni naturales del bien, por lo que no puede recibir la *merces*. También puede ser arrendador un *extraneus*, un tercero que no está ligado al bien por ningún Derecho, pero por este hecho, su obligación debía hacerse extensiva para responder en caso en que el dueño no permita el uso y disfrute al *conductor*.

Cualquier persona podía ser *conductor*, siempre que no tuviera por su propia calidad el *uti frui* sobre la *res locata*, así el propietario o el usufructuario no podían ser arrendatarios, pero el nudo propietario o un extraño sí podían serlo por no tener el uso y/o disfrute de la cosa. En época posclásica se crearon unas incapacidades especiales para poder tomar en arrendamiento un bien, que se basaban principalmente en necesidades socioeconómicas y políticas del pueblo romano. Este fue el caso de los militares, los armeros y los curiales, los cuales por razones de convivencia social, no se les permitía tomar inmuebles en arriendo.

El riesgo de la cosa locada lo debe soportar el *locator*, cambiando la regla *res perit creditoris*, o *res perit emptoris* propia del Derecho

romano en el caso de la *emptio venditio*, por el principio *res perit debitoris*. Esto, porque la regla *res perit creditoris* se aplica en la compraventa según el principio *commodum- incomodum*, (recibe tanto los frutos como los riesgos) situación que no se presenta en la *locatio conductio* donde el *conductor*, si no ha gozado del bien, no ha obtenido ningún beneficio, por lo que en caso que se pierda la cosa locada, ésta se pierde para el propietario, es decir, el *locator*.

Por su parte, si el *conductor* no puede disfrutar la cosa por una razón no imputable al arrendador, el arrendatario no debe pagar la merces, pero tampoco puede reclamar perjuicios. Esto sucede en la *publicatio*, en la evicción cuando ignora este hecho, en los caso que se necesite hacer una demolición por necesidad y en general, en todo caso de fuerza mayor.

Frente al esquema *uti frui-merces* las obligaciones propias del contrato que nacen en cabeza del *locator* son primeramente, entregar la cosa, la cual es natural para que el *conductor* pueda usar y disfrutar la cosa. Sin embargo, al leer las fuentes se podría pensar que es impropio al esquema permitir que el *locator* pueda tardarse pocos días para entregar la cosa, o que pueda entregar una habitación no menos cómoda, excepciones, que en principio, alterarían el sinalagma *uti frui-merces*, pero por el contrario le permiten al locador continuar con el contrato y hacerse acreedor a la merces, como si se hubiera configurado el incumplimiento retardado o defectuoso del contrato.

Se podría analizar si tales excepciones, fueron desarrollo de la jurisprudencia clásica o eran posclásicas (aplicación del principio favor *locatoris*), pero en definitiva, son un producto de la evolución mostrando como el sinalagma de los contratos bilaterales en Roma admite flexibilidad, para adaptar el contrato a las necesidades sociales.

El *uti frui licere* debía ser entregado por el *locator* durante el plazo fijado en el contrato, por lo que él estaba obligado a no turbar el uso y el goce de la cosa del *conductor* mediante un hecho material o jurídico. En caso contrario, el *locator* debía responder por los perjuicios causados al arrendatario (*id quod interest*), ya que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por causa imputable al *locator*, colocaba al *conductor* en situación de ser indemnizado por medio de la acción propia del contrato de arrendamiento.

Este era el caso de la venta de la cosa locada por parte del arrendador, que de suyo, no extingue el contrato de arrendamiento que existía previamente, sino que implicaba que al momento de llevar a cabo la *traditio* del bien al nuevo comprador ocurría la eventual y subsiguiente expulsión del arrendador. De esta forma surgía el Derecho de indemnización a favor del *conductor* cuyo camino judicial era la *actio conducti* propia del contrato de arrendamiento.

Al hablar del reembolso de las mejoras, debemos remitirnos al esquema *uti frui-merces*, observando cómo en época clásica se deben reembolsar las mejoras necesarias en todos los casos, porque sin ellas se dañarían las cosas locadas; y las útiles, pero a condición que se hayan causado para el uso y disfrute. En época posclásica, adecuando el contrato al principio de enriquecimiento sin causa, se permitió el reembolso de todas las mejoras útiles y de esta forma adecuando el sinalagma del arrendamiento a los principios generales del Derecho.

Sobre responsabilidad por custodia, es verdadero que la mayoría de los ejemplos en las fuentes sobre responsabilidad por custodia en la *locatio rei* corresponde a la locación de bienes muebles, en todo caso y como lo hemos afirmado no significa que pasajes como el D.19,2,25,3; D.19,2,24; D.19,2,40 y 41; D.19,2,55; D.19,2,60,9 deban ser sometidos a una rigurosa exégesis en aras de acreditar una responsabilidad objetiva en la *locatio rei* de inmuebles. Creemos que se presentan situaciones disímiles que no implican en todos los casos la movilidad de la cosa; observamos más bien un campo amplio y generalizado en la entera figura, la presencia de una responsabilidad objetiva por la custodia.

Al analizar las circunstancias sociales y económicas que moldean la figura contractual en estudio, observamos que el *locator*, casi siempre persona sin dificultades económicas, arrienda un bien a un *conductor* que en la mayoría de los casos es carente de recursos; para que lo use y disfrute satisfaciendo así sus necesidades como la vivienda, a

cambio de una contraprestación: *la merces*. En un ámbito económico en donde el *locator*, parte aventajada en este vínculo obligacional, podía dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier momento, lesionando y llenando de inseguridad a relación contractual para el *conductor*; pero el Derecho romano de la época justineana no es ajeno a esta realidad, por lo que en C.4.65.34, otorgando mayores garantías al *conductor*, al sujetar al *locator*, a que la ruptura del vínculo obligacional, se deba a específicas causas.

Es así como creemos que no es aventurado hablar en esta figura contractual de la aplicabilidad del principio del favor *locatoris* en el ámbito de la extinción, en donde el *locator* saldría favorecido. Principio que como en líneas anteriores afirmábamos, se vino aminorando por fenómenos económicos y sociales, que terminaron plasmados en textos jurídicos. Esta situación se podía ver reflejada en las descripciones que los diferentes autores hacían sobre las construcciones romanas, en donde el arrendatario habitaba inmuebles poco aptos para ser una vivienda en condiciones de comodidad e higiene, frente a las espléndidas mansiones con que contaban los arrendadores, por lo general miembros de la nobleza y aristocracia romana.

Ahora bien, respecto de la huella que deja el Derecho romano en las vigentes normatividades española y colombiana, es posible su observación y análisis en el cuadro de legislaciones comparadas que se anexa a continuación de estas conclusiones. Solo a modo de

ejemplo se resaltan los siguientes aspectos en que las normatividades se identifican:

Tanto el Código Civil español, en su Art. 1542, como el Código Civil colombiano en el Art. 1973, se establece que el contrato de arrendamiento pueden ser de cosas, de obras o de servicios y en ambas legislaciones se mantiene el sinalgama del *uti frui-merces* en sus deficiones al disponer que se concede el uso y goce de una cosa, a cambio de un precio.

El texto D.13.6.3.6. se replica en el Art. 1545 del Código Civil español y en el Art. 1974 del Código Civil colombiano, al disponer que los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia del contrato de arrendamiento.

De los textos D.19.2.25pr y G.3.145, emana el Art. 1976 del Código Civil colombiano en lo relativo a que el precio del arrendamiento, podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta, es decir, siguiendo los lineamientos establecidos en el Art. 1865, donde se permite que el precio pueda ser determinado por un tercero y de no llegarlo a fijar, dejar sin efectos lo acordado.

En los Art. 1979 del código colombiano y en el Art. 1547 del código español, el contrato conserva su carácter consensual para su existencia, a menos que las partes lo quieran hacer constar por escrito.

Las obligaciones del arrendador se replican en ambas normatividades, tanto en el Art. 1554 del Código Civil español, como en el Art. 1982 del Código Civil colombiano, emanando ambas normas del texto contenido en D.19.2.15.1.

La huella de D.19.2.55.1. se evidencia en los Art. 1573 del código español y en el Art. 1993 del código colombiano en lo referente al reembolso que debe hacer el arrendador por las mejoras útiles y necesarias realizadas por el arrendatario sobre el predio.

También es notoria la inspiración de los Arts. 1564 del CCE y 1999 del CCC, en el texto del D.19.2.11. en lo tocante a la responsabilidad del arrendatario por el deterioro causado a la cosa arrendada no solo por su propia culpa sino por la de su familia, sus huéspedes y dependientes.

De los textos D.19.2.7.; D.19.2.8.; D.19.2.60.; la facultad de subarrendar se entiende concedida al arrendatario desde la celebración del contrato de arrendamiento, a menos que se le prohíba expresamente. Así lo dispone la legislación española en el Art. 1550. El Derecho colombiano en su Art. 2004, invierte la presunción, puesto que no está permitido al arrendatario ceder o subarrendar, a menos que lo faculte expresamente el arrendador.

De este modo vemos hasta donde ha llegado la locatio rei, lo anterior es tan solo unos pocos ejemplos que demuestran la similitud de las

legislaciones contemporáneas de España y Colombia sobre el contrato de arrendamiento.

El genio jurídico romano sentó las bases de la figura de la locatio rei de modo tan preciso que, a pesar del tiempo y de las cambiantes condiciones económicas de las sociedades de hoy, que impactan instituciones básicas del Código Civil como son la propiedad y el contrato de arrendamiento, se puede afirmar que sus elementos esenciales desde el punto de vista de su contenido y objeto, se mantienen imperturbables a través del tiempo. Es cierto que se deben promulgar leyes complementarias para adaptar la figura a las necesidades sociales, pero éstas jamás deforman su estructura, sus características y elementos fundamentales.

Son leyes que se derogan para darle paso a otras nuevas, pero la base permanece intacta, con la seguridad que han sido concebidas desde hace más de veinte siglos a través de la regulación de las necesidades de una sociedad que pese al tiempo hoy se mantienen vigentes por la sabiduría y lógica de estas reglamentaciones. Este ha sido el objeto al afrontar esta investigación, el entender la solidez del pensamiento de los juristas romanos frente a los esquemas legislativos de la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

Principalmente, en este trabajo se han empleado el Cuerpo del Derecho civil Romano publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen traducido al castellano del latín por D. Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, 1895.

- ALBANESE, B., *D. 13, 6, 19 e D. 19, 2, 41 nel quadro dei problema della "custodia"*, en Studi in onore di Giuseppe Grosso, I, Milano, 1968.
- ALBANESE, B., *Definitio periculosa: Un singolare caso di duplex interpretatio*, en Studi Scaduto, 3, Padova, 1970.
- ALBERTARIO, E., *I contratti a favore di terzi*, en Festschrift Paul Koschaker, II, Weimar, 1939.
- ALEMÁN MONTERREAL, A., *El Arrendamiento de servicios en el derecho romano*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Almería, 1996.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. en *Curso de Derecho Romano*. Tomo I., Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Horizonte actual del Derecho romano*, Consejero Superior de Investigaciones Científicas - CSIC, Madrid, 1944.

- ALZON, C., *Réflexions sur l'histoire de la locatio conductio*, en *Revue Historique de Droit Français et étranger - RHD*, IV, Serie XLI, Sirey, Paris, 1963.
- AMIRANTE, L., *Locazione: In generale (Diritto romano)*, en *Novísimo Digesto Italiano - NNDI*, vol. IX, Unione Tipografico-Editrice Torinese -UTET, Torino, 1957.
- AMIRANTE, L., *Ricerche in tema di locazione*, en *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja" - BIDR*, vol. LXII, 1959.
- ANKUM, H., *Afr. Dig. 19,2,33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung – ZSS*, vol. 97, 1980.
- ANKUM, H., *Remissio mercedis*, en *Revue internationale des droits de l'Antiquité – RIDA*, serie III, tomo 19, 1972.
- APATHY, P., KLINGENBERG, G., STIEGLER, H., *Einführung in das römische Recht*, 2 ed., Böhlau, Wien, 1998.
- APPLETON, C., *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, en *Revue Historique de Droit Français et étranger - RHD*, 5, 1926.
- ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano* (trad. española de la 10a edición italiana, J. M. Caramés Ferro), Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.
- ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1958.
- ARANGIO RUIZ, V., *Synteleía Arangio-Ruiz Vincenzo, Raccolta di studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto*, Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1964.
- ARÉVALO CABALLERO, W., *Algunos aspectos del arrendamiento de viviendas en Roma y su recepción en el derecho español*, *Revista General de Derecho Romano*, IUSTEL, no. 12, 2009.

- ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano* (18ª Edición, corr. con la colaboración de J.A. Arias Bonet), Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1988.
- BARON, J., *Diligentia exactissima diligentissimus pater familias* oder die Haftung für custodia, en Archiv für die civilistische Praxis 52, 1869.
- BATTAGLINI, M., *La risoluzione del contratto di locazione per necessità del locatore nel diritto romano e comune*, en Studi in onore di E. Betti, vol. IV, Milano, 1962.
- BEHRENS, D., *Begriff und Definition in den Quellen*, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung – ZSS, vol. 74, 1957.
- BEJARANO GUZMÁN, R., *Los Procesos Declarativos* (4ª Edición), Temis, Bogotá, 2008.
- BELTRÁN LLORIS, F., *Lo mejor del arte romano*, Ediciones Contrastes S.A, Madrid, 1997.
- BENKE, N., *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung – ZSS, vol. 104, 1987.
- BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico* (3ª Edición), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007.
- BETTI, E., *"Periculum", problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, en Studi in Onore di Pietro De Francisci I, Vol. Primo, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1956.
- BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II, t. I, Casa Editrice Dott. Antonio Milani – CEDAM, Padova, 1962.
- BETTI, E., *Teoria Generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Tomo II, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1953.

- BIONDI, B., *Contratto e stipulatio: corso di lezioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953.
- BIONDI, B., *Iudicia Bonae Fidei*, en Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo vol. VII, 1920, pp. 140 ss,
- BISCARDI, A., *Temas de Derecho Romano. Génesis y desarrollo del sistema contractual romano*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho Romano* (6ª Edición, trad. española L. Bacci, A. Larrosa), Editorial Reus, Madrid, 2002.
- BONFANTE, P., *I contratti a favore di terzi*, en Studi er il XIV centenario della codificazione giustiniana, Pavia, 1934, pp. 210 y ss
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, J. A., *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, I, (18ª edición), Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2012.
- BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, en Rivista italiana per le scienze giuridiche – RIGS, Roma, 1927.
- BROGGINI, G., *Iudex arbiterve. Prolegomana zum Officium des römischen Privatrichters*, en Forschungen zum römischen Recht, 10, Köln-Graz, 1957, pp. 189 ss, 227 ss
- BUHL, H., *Africans Questionen und ihr Verhältnis zu Julian*, en ZRG RA 2, 1881, pp. 180 a 199
- BURDESE, A., *Manuale di Diritto privato romano* (4ª Edizione), Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 2000.
- CANCELLI, F., *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963.
- CANNATA, C.A., *La responsabilità contrattuale*, en Iura, 43, 1992.
- CANNATA, C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, La Goliardica, Milano, 1969.

- CARAMÉS FERRO, J. M., *Curso de Derecho Romano*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1953.
- CARCATERRA, A., *Le definizioni dei giuristi romani*, Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1966.
- CARCOPINO, J., *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del imperio* (trad. Española FERNANDEZ CUESTA, M), Ediciones Temas de Hoy, S.A., Madrid, 2001.
- CASAVOLA, F., *Cultura e scienza giuridica del secondo secolo d.C.: il senso del passato*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt - ANRW*, 15, Berlín-New York, 1976.
- CASTRESANA HERRERO, A., *Fides, Bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1991.
- CICOGNA, G. *Sulla così detta relocatio tacita*, en *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 74, 1905.
- CLARK, B., *Leaky Vats and Toxic Plants: Ulp. D. 19.2.19.1., and the Liability of the Lessor*, en *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg- THRHR*, 50, 1987, p. 455
- COING, H., en *Zür Methodik der republikanischen Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung*, en *Studi in Onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, vol I., Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1953
- SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, 30 de abril de 1959, publicada en *Gaceta Judicial*, Tomo XC, no. 2210.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, 17 de noviembre de 2011, núm. 831/2011.
- COSTA, E., *La Locazione di cose nel Diritto Romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1966.
- D'ORS, A., D'ORS, X., *Ley Irnitania* (texto bilingüe), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988.

- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.
- D'ORS, A., *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, 1943.
- DE FALCO, I., '*Diligentiam Praestare*': *Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle Obligationes*, Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1991.
- DE MARTÍN O, F., *Storia economica di Roma antica*, vol. I, La Nuova Italia Editrice, Firenze 1999.
- DE ROBERTIS, F., *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1972.
- DE ROBERTIS, F., *Responsabilità contrattuale (Diritto romano)*, Enciclopedia del Diritto, XXXIX, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1988.
- *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, (Dirigido por DAREMBERG, C.V., et SAGLIO, E.), vol. III, Parte 1, Librairie Hachette et Cie., Paris, 1900. [Última consulta 04-11-2015] Disponible en web: http://dagr.univ-tlse2.fr/feuilleter/tome_3/partie_1/page_3
- DOMINGO OSLÉ, R., *Textos de Derecho Romano*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2002.
- DONADIO, G, Voce: *Il contratto a favore di terzi*, in *Novísimo Digesto Italiano (NNDI)*, IV, Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, Torino, 1957.
- EISELE, F., Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte –ZSS*, vol. 13, 1892.
- ERRÁZURIZ EGUIGUREN, M., *Manual de derecho romano*, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

- EUGENIO y DÍAZ, F.E., *Breve historia de Roma*, Dykinson, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., GARCÍA GARRIDO, M.J., *Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración*, Ediciones Académicas, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Décima Edición, Editorial Aranzadi S.A., 2007.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El papel de la Buena Fe en los Pactos, Arbitrajes y Contratos*, Revista General de Derecho Romano IUSTEL, núm. 7, 2010. [Última consulta 04-11-2015] Disponible en web: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2010-7-2080/Documento.pdf>
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos*, BFD, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, No. 15, 2000
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Aportación del Derecho Romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris - SDHI*, no. 64, Ciudad del Vaticano, 1998.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, Dykinson, Madrid, 2007.
- FERRINI, C. *La Colonia Parziaria*, en *Opere*, III, Studi vari di diritto romano e moderno a cura di E. ALBERTARIO, Milano, 1929.
- FERRINI, C., *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale : estratto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta dal Prof. E. Pessina*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1976.
- FERRINI, C., *Manuale di Pandette* (4ª Edición), Milano, 1953.

- FIORI, R., *La definizione della locatio conductio rei: Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1999.
- FLORIS MARGADANT, G., *El Derecho Privado Romano* (26ª Edición), Editorial Esfinge, México, 2001.
- FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (2ª Edición), Editorial Santiago de Chile, Chile, 1992.
- FUSTEL DE COULANGES, N. D., *La Ciudad Antigua*, Editorial Iberia S.A., Barcelona, 1982.
- GALLO. F., *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, en Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz. Raccolta di studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto, Dott. Eugenio Jovene Editore,, Napoli, 1964, pp. 1198-1211.
- GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano. Casos, Acciones, Instituciones* (15ª Edición), Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2007.
- GARCÍA GARRIDO, M. J., *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, (3ª Edición), Dykinson, Madrid, 1993.
- GARCÍA GARRIDO, M. J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, Dykinson, Madrid, 2001.
- GARCÍA GARRIDO, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana (Responsa), II. Acciones y Casos*, Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2006.
- GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, Libro XIX, (trad. Italiana F. Serafini), Milano, 1907.
- GÓMEZ ACUÑA, J., *Nuevo paso hacia la extinción de los contratos de arrendamiento de "renta antigua"*, en Diario LA LEY, núm. 7874, año XXXIII, 6 de junio de 2012, p. 193. [Última consulta 04-11-2015]
Disponible en web:
<http://www.garrigues.com/es/publicaciones/articulos/Paginas/Nuevo->

paso-hacia-la-extincion-de-los-contratos-de-arrendamiento-de-renta-antigua.aspx

- GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, F., *Arrendamiento "Aestimatio" y Compraventa en Gayo, III - 146*, ABACO Ediciones, Madrid, 1984.
- GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., *La influencia del derecho romano en las modernas relaciones de trabajo*, Editorial Civitas Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, M. T., *Las Impensas en el Derecho Romano Clásico*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1998.
- GROSSO, G. *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Giapichelli, Torino, 1958, pp. 453
- GROSSO, G., *Buona fede (Diritto romano)*, en Enciclopedia del Diritto, V, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1959.
- WALDSTEIN, W., *Entscheidungsgrundlagen der Klassischen römischen Juristen*, en Aufstieg und Niedergang der römischen Welt - ANRW II, 15, Berlín-New York, 1976.
- NÖRR, D., *Jurisperitos Sacerdos, Xenion*, Festchrift P.J. Zepos, Atenas-Friburgo/Bruselas-Colonia, 1973.
- WIEACKER, F., *Juristen und Jurisprudenz in Prinzipat*, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – ZSS, vol. 94, 1977.
- BETTI, E., *Diritto romano e Dogmatica odierna*, en Archivio giuridico "Filippo Serafini", vol. 99, 1928.
- GROSSO, G., *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación.*, (Trad. española Fernando Hinestrosa) Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- GUARINO A., *D. 50.17.202: interpretatio simplex*, en Labeo, 14, 1968.
- GUARINO, A, *Diritto privato romano*, Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 2001.

- GUARINO, A., *Storia del diritto romano*, (7ª Edición), Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1984.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994.
- GUILLÉN, J., *URBS Roma. Vida y costumbres de los romanos*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997.
- GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- GUZMÁN BRITO, A., *Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato*, Parte IV, *Los orígenes históricos de la noción general del acto o negocio jurídico*, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 26, Valparaíso, 2004.
- GUZMÁN BRITO, A., *La Responsabilidad Objetiva por Custodia en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno, con una referencia especial a la regla periculum est emptoris*, Revista chilena de Derecho, vol 24, No. 1, Santiago, 1997.
- HERRERA BRAVO, R., *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito*, en Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro de la enseñanza (1936-1986), III, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez, Madrid, 1988.
- HINESTROSA, F., *Apuntes de Derecho Romano -Bienes-*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, Tomo I, 3ª Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- HURTADO GARCÍA, J., *Arrendamiento y Restitución de inmuebles urbanos*, Editora Jurídica de Colombia, 1993.
- HUVELIN, P., *Recensión a Mihailo Konstantinovitch*, en: *RH.* 3, 1924, p. 327.

- IGLESIAS, J., *Derecho romano: historia e instituciones*, Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1997
- IHERING, R. VON. *El espíritu del derecho romano*, Librería Editorial de Carlos Bailliere, Madrid, 1891.
- IMPALLOMENI, G., *Locazione nel diritto romano*, en Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile, XI, Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, Torino, 1994.
- JÖRS, P., KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, (trad. española PRIETO CASTRO, L.), Labor, Barcelona, 1965.
- KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, vol II, Veit & comp., Leipzig, 1901.
- KASER, M. *Periculum locatoris*, en SZZ, 74, 1957.
- KASER, M., *Das altrömische ius, Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1949.
- KASER, M., *Derecho romano privado*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1982.
- KAUFMANN, H., *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, Köln-Graz, 1964
- KUNKEL, W., *Diligentia*, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung – ZSS, vol, 45, 1925.
- KUNKEL, W., *Historia del Derecho Romano* (trad. MIQUEL J.), 4 ed., Barcelona, 1994, pp. 99 ss
- LAZO, P., *Publicatio y Periculum Rei Venditae. Contribución a la Exégesis de D. 19.2.33*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXIX, Valparaíso, 2007, pp. 245–268.
- LOMBARDI, L., *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano, 1962.

- LONGO, C., *Appunti sul deposito irregolare*, en *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* - BIDR, vol.18, 1906.
- LONGO, C., *sulla natura della 'merces' nella 'locatio conductio'*, en *Mélanges Girard*, II, Paris, 1912.
- LONGO, G., *Osservazioni critiche sulla disciplina giustiniana della 'locatio conductio'*, en *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965.
- LONGO, G., *Questioni Esetiche*, en *Studi Albertario* 1, 1953.
- LONGO, G., *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella "locatio-conductio rei"*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, nel XLV anno del suo insegnamento, vol. 2, Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1953, p. 379 ss.
- LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M., *Receptum, argentarii, receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, en *Derecho Romano de obligaciones: homenaje al prof. J.L. Murga Gener*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- LÓPEZ PEDREIRA, A., *Emptio tollit locatum. (La venta de cosa arrendada en el derecho romano)*; Editorial Edisofer SL, Madrid, 1996.
- LUSIGNANI, L., *La responsabilità per custodia secondo il diritto romano, I, Il receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, Modena, 1902.
- LUSIGNANI, L., *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano, I: "receptum nautarum, cauponum, stabulariorum" e li altri casi di "locatio-conductio"*, Parma, 1903.
- LUZZATO, G., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, I: La responsabilità per custodia*, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1938.
- LUZZATTO, G.I. *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, en *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* – BIDR, vol. 63, 1960,

- LUZZATTO, G.I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilita contrattuale*, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1938
- MAFFEI, D., *Caso fortuito y responsabilita nell'età dei glossatori*, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1957.
- MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*, G.B. Palumbo & C. Editore, Palermo, 2006, p. 491.
- MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Acciones Ficticias y Acciones Adyecticias. Fórmulas*, Dykinson S.L., Madrid, 2001, p. 4, nt. 6.
- MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Fórmulas Reconstruidas y Acciones In Factum Conceptae*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 1, nt. 3
- MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Inscriptiones sive legum auctores sive auctores collectiorum?*, en *Revista General de Derecho Romano*, No. 18, 2012.
- MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Reconstrucción del Index*, en *Revista General de Derecho Romano*, N°. 19, 2012.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *Raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, Editorial Bosh, Barcelona, 1993, pp.198 ss
- MARTÍN I, R., *Di nuovo sulla 'definitio' fra retorica e giurisprudenza*, en *Labeo*, 41, 1985, p. 174
- SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam Praestare: La Prestación de Custodia en el Derecho Romano*, Editorial Tebar, Madrid, 2006.
- MASI A., *Locazione (Storia)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXIV Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1974.
- MAYER-MALY, T., *Locatio Conductio: Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wein/ München, 1956.
- MAYER-MALY, T., *Tipicità e unità della 'locatio conductio'*, en *Labeo* 5, 1959.

- MAZEAUD, Henry, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte 3, vol. IV. *Los principales contratos*, Ediciones Jurídicas Europa América – EJEA, Buenos Aires, 1962.
- METRO, A., *Locazione e acquisto della proprietà: la cd. Locatio-conductio 'irregularis'*, en Seminarios Complutenses de Derecho romano, 7, 1995.
- MIQUEL, J. *Periculum Locatoris*, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung – ZSS, vol. 81, 1964.
- MOHINO MANRIQUE, A., *"Donello Ugo (1527-1591) Doneau Hugues. BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, No. 19, 2002
- MOHINO MANRIQUE, A., *"A propósito de D. 19.2.20.2. en relación con D. 19.2.222pr."*, en Revue internationale des droits de l'antiquité, no. 45, 1998.
- MOHINO MANRIQUE, A., *Acerca del régimen procesal del derecho de usufructo*, en *Revista General de Derecho romano*, no. 9, 2007.
- MOHINO MANRIQUE, A., *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1.
- MOHINO MANRIQUE, A.; *"Breves reflexiones acerca del ensayo de Peter Stein: Roman Law In European History"*, en BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, no. 17, 2001.
- MOLNAR, I., *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht*, en IURA - Rivista internazionale di diritto romano e antico, núm. 32, 1981.
- MOLNAR, I., *Le cause di estinzione del contratto d il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella locatio conductio*, en *Labeo* 32, 1986.
- MOMMSEN, T., *Compendio del Derecho Público Romano*, (trad. española DORADO, P.), Analecta Editorial, Pamplona, 2006.
- MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, Dunker & Humblot, Leipzig, 1899.

- MONNIER, H., *Meditations sur la Constitution "Utrique" et le ius poenitendi*, en NRHD, 27, 1900.
- NICOLET, C. *Roma y la conquista del mundo mediterráneo*, Editorial Labor S.A., Calabria, 1982.
- NÖRR, D., *Divisio und Partitio*, J Schweitzer Verlag, Berlin, 1972.
- OURLIAC, P., DE MALAFOSSE, J. de, *Derecho Romano y Francés Histórico*, Tomo I, (Derecho de las obligaciones), Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1960.
- PARIS, J., *La responsabilité de la custodia en droit romain*, Recueil Sirey París, 1926.
- PERNICE, A., *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I-V, Halle, 1873-1892.
- PETIT, E., *Tratado Elemental del Derecho Romano*, Anaya Editores, Madrid, 2008.
- PINNA PARGAGLIA, P., '*Vitia ex ipsa re*'. *Aspetti della locazione in diritto romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.
- PROVERA, G., *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, en Studi in onore di Emilio Betti, III, Dott. A. Giuffrè Editore,, Milano, 1962.
- PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano* (Terza edizione), G. Giappichelli Editore, Torino, 1991.
- PUIG PEÑA, F., *Arrendamiento*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1950.
- REINOSO BARBERO, F., *Definitio periculosa, ¿Javoleno o Labeon?*, en Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" - BIDR, no. 29, 1987.
- REINOSO BARBERO, F., *Los Principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1988.

- RICCOBONO, S. *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, en Analli del seminario Giuridico della R. Università di Palermo, 3-4, 1917.
- ROSTOVZEFF, M., *Historia Social y Económica del Imperio Romano*, Tomo II, S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 1998.
- SARGENTI, M. *Problemi della responsabilità contrattuale*, en Studia et Documenta Historiae et Iuris -SDHI, no. 20, 1954.
- SCARLATA, S.V., *Praetor*, en Novissimo Digesto Italiano – NNDI, XIII, Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, Torino, 1957.
- SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, S.A. BOSCH, Barcelona, 1960.
- SCHULZ, F., *Die haftung für das verschulden der angestellten im klassischen römischen recht*, en Grünhuts Zeitschrift, XXXVIII, 1911.
- SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana*, La Nuova Italia Editrice Firenze, 1968.
- SCHWIND, F., *Privatrecht*, vol. I, Wien, 1952.
- SCIALOJA, V., *Procedimiento Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europa América EJE, Buenos Aires, 1954.
- SEAGER, R., *Of Vis and Weeds: D.19.2.15.2 and 19.2.19.1*, en Studia et Documenta Historiae et Iuris – SDHI, no. 31, 1965.
- SECKEL, E., LEVY, E., *Gefahrtragung beim Kaufim klassischen römischen Recht*, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung - ZSS, vol. 47, 1927.
- SELL, W., *Beiträge zur Lehre vom Mieth- und Pachtvertrag*, en Archiv für die civilistische Praxis, XIX., Heidelberg, 1836.
- SELL, W., *Ueber die remissio mercedis bei dem Pachtvertrage wegen zufälliger Verhinderung des Früchtebezugs*, en Archiv für die civilistische Praxis, XX, Heidelberg, 1837.

- SENN, P.D., *Buona fede nel Diritto Romano*, en Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, II, Unione Tipografico-Editrice Torinese – UTET, Torino, 1988.
- SINTENIS, K.F.F., *Das praktische gemeine Civilrecht*, en Archiv für die civilistische Praxis, XX, Heidelberg, 1837.
- STEIN, P., *Regulae iuris: From juristic rules to legal maxims*, The University Press, Edinburgh, 1966.
- TABET, A., *Locazione (In Generale) (Diritto Civile)*, Novissimo Digesto Italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, Torino, 1957.
- TAFARO, S., *Regula e ius Antiquum in D.50.17.23, Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Cauca Editore, Bari, 1985.
- TALAMANCA, M., *Custodia (Diritto romano)*, en Enciclopedia del Diritto, XI, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 562.
- TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 59,
- TALAMANCA, M., *Processo civile (Diritto Romano)*, en Enciclopedia del Diritto, XXXVI, Dott. A Giuffrè Editore, Milano 1987.
- TALAMANCA, M., *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, en Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" - BIDR, no. 91, 1988.
- TALAMANCA, M., *Società (Diritto Romano)*, en Enciclopedia del Diritto, KLII, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- TALAMANCA, M., *Vendita in generale (Diritto Romano)*, en Enciclopedia del Diritto, XLVI, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- THIELMANN, G., *Traditio und Gefahrübergang*, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung – ZSS, vol. 106, 1989.
- TORRENT, A., *Excepciones pactadas a la regla emptio tollit locatum*, en Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas, v. 21, Zaragoza, 1967.

- TORRENT, A., *La polémica sobre la tricotomía 'res', 'operae', 'Opus' y los Orígenes de la 'Locatio Conductio'*, Teoria e Storia del Diritto Privato - TSDP, Napoli, 2011, p. 4.
- TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Editorial Librería Central, Zaragoza, 1987, p. 462.
- URÍA, J. M., *Derecho Romano*, vol. II, Imprenta del Consejo de la Judicatura, Bogotá, 1938.
- VACCA, L. *La Giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989.
- VALENCIA ZEA, A., *Derecho civil, IV: De los contratos* (7ª edición), Editorial Temis, Bogotá, 1998.
- VALENCIA, H. R., *Derecho Privado Romano*, Editorial Temis, Bogotá, 1986.
- VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Pentagraf Impresores, Valencia, 1980.
- VASALLI, F., *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, Fratelli Bocca, Torino, 1909.
- VIGNERON, R., *La conception originaire de la locatio conductio romaine*, en Mélanges Felix Wubbe, Fribourg, 1993.
- VISKY, K., *I contratti di Locazione nella Crisi Economica del III Secolo*, en Studi in onore de Cesare Sanfilippo, vol. I, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1982.
- VOCI, P. *Istituzioni di diritto romano*, 6 ed., Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 2004.
- VOCI, P., "*Diligentia*", "*Custodia*", "*Culpa*", en Studia et Documenta Historiae et Iuris – SDHI, vol. 56, 1990.
- VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano* (Trad. Esp. J. Daza Martínez), Editorial Civitas, Madrid, 1986.

- VON LÜBTOWN, *Cato "leges venditioni et locationi dictae"*, en Eos 3, 1956 (=Symbolae R. Taubenschlag III).
- WACKE, A., *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians, Julians und die Haftung für höhere Gewalt, en Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. 11.15*, en Aufstieg und Niedergang der römischen Welt – ANRW, II, 15, Berlin- New York, 1976.
- WATSON, A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Clarendon, Oxford, 1965
- WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, A. Holzhausen, Wien, 1953.
- WESENBERG, G., *Verträge Zugunsten Dritter. Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Weimar, 1949.
- WESENER, G., *"Custodia"-Haftung des Usufruktuars*, en Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz. Raccolta di studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto, Dott. Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1964.

APÉNDICE

CUADRO DE LEGISLACIÓN COMPARADA

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
Art. 1973 El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.	Art. 2o. El contrato de arrendamiento de vivienda urbana es aquel por el cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de un inmueble urbano destinado a vivienda, total o parcialmente, y la otra a pagar por este goce un precio determinado.	Art. 1542 El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios. Art.1543 En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto.	Art. 2. Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario.	
<u>Art. 1974</u> Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporeales, que pueden usarse sin consumirse		<u>Art. 1545</u> Los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato.		<u>D. 13, 6, 3,6</u> No puede darse en comodato lo que se consume por el uso, á no ser acaso que alguno lo reciba para pompa ú ostentación.
Art. 1976 El precio podrá	Art.18 El precio mensual del	Art. 1555 El arrendatario está obligado	Art. 17 La renta será la que	G.3, 142 Si no se ha fijado una renta cierta no se considera que

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
<p>determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta. Art. 1864 El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. <u>Art. 1865</u> Podrá así mismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinaré, podrá hacerlo por él cualquier otra persona en que se convinieren los contratantes: en caso de no convenirse, no habrá venta. Art. 717 Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo.</p>	<p>arrendamiento será fijado por las partes</p>	<p>a pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos. Art. 1547 Cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule. Art. 355 Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas.</p>	<p>libremente estipulen las partes.</p>	<p>se haya contraído el arrendamiento. G.3, 143 Cuando la renta se deja al arbitrio de un tercero, por ejemplo, cuando Ticio estime, se discute si se ha contraído arrendamiento. D. 19, 2,25pr. Si se hubiera convenido una renta a arbitrio de otro, sin determinar, no hay arrendamiento; pero si se fija como renta lo que estime Ticio, vale el arrendamiento, de tal modo que si Ticio hubiera fijado la renta debe ser ésta pagada enteramente según aquella... pero si aquel no quiere o no puede fijar la pensión, entonces es nulo el arrendamiento como si no se hubiese establecido renta alguna. D.19, 2, 20,1 La locación no puede celebrarse por causa de donación. D. 19, 2,46 Si alguno hubiese tomado en arrendamiento por un solo sestertercio de renta, el arrendamiento es nulo porque esto también es una especie de donación. D. 30, 39,1 Lo que se dice de los frutos debe igualmente</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
<p><u>Art. 1979</u> Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada; si intervinieren arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa.</p>	<p><u>Art. 3</u> El contrato de arrendamiento para vivienda urbana puede ser verbal o escrito. En uno u otro caso, las partes deben ponerse de acuerdo al menos acerca de los siguientes puntos... d) Precio y forma de pago</p>	<p><u>Art. 1549</u> Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de Propiedad.</p>	<p><u>Art. 37</u> Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento. En este caso, se hará constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado.</p>	<p>entenderse de las rentas de los arrendamientos. <u>C. 4, 21,17</u> Pero aquellos que se convino se hicieran por escrito, y también las transacciones que convino fueran consignadas en instrumento, no tengan validez de otra suerte, sino si los instrumentos hayan sido puestos en limpio, y confirmados con las firmas de las partes, y, si se escribieran por notario, hasta que también hayan sido completados por el mismo. <u>G. 19, 2,1.</u> La locación y conducción, como es natural y de todas las gentes, no se celebra por palabras, sino por el consentimiento, como la compra y venta.</p>
	<p>Art 5 El término del contrato de arrendamiento será el que acuerden las partes. A falta de estipulación expresa, se entenderá por el término de un (1) año.</p>	<p>Art. 1581 Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario.</p>	<p>Art. 9 Modificado Art. 4 L. 4/2013 La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a 3 años, llegada la fecha, éste se prorrogará por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance</p>	<p>G. 3,145 ...Y es tanto el parentesco entre la compraventa y el arrendamiento, que a veces se suele preguntar qué contrato hay de los dos, por ejemplo, cuando se arrienda a perpetuidad... En este caso prevalece la opinión de que hay arrendamiento.</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
<p>Art. 1982 El arrendador es obligado: 1. A entregar al arrendatario la cosa 2. A mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada.</p>	<p>Art. 8 Son obligaciones del arrendador: 1. Entregar el inmueble en la fecha convenida, o en el momento de la celebración del contrato, el inmueble dado en arrendamiento. 2. Mantener en el inmueble los servicios, las cosas y los usos conexos y adicionales en buen estado.</p>	<p>Art. 1554 El arrendador está obligado: 1. A entregar al arrendatario la cosa; 2. A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada.</p>	<p>una duración mínima de tres años.</p>	<p>D. 19, 2, 15,1 Si no le fuera lícito disfrutar de la cosa que tomó en arrendamiento, acaso porque no se le entrega la posesión, ó de todo el campo, ó de una parte, ó no se repara la casa de campo, ó el establo, ó donde deban estar sus rebaños, ó si se convino en el contrato de la conducción alguna cosa, y ésta no se cumple, se ejercitará la acción de conducción. D. 19, 2, 25,2 Si habiendo edificado un vecino se oscureciesen las luces de un cenáculo, el arrendador está obligado y le es lícito al inquilino dar por finalizado el arriendo; si le demandase por la renta habrá de hacerle una rebaja; lo mismo se entenderá si el arrendador no arregla o restaura las puertas o ventanas demasiado estropeadas. D. 43, 10, 1,3 Y que cada vecino haga su reparación de la parte de calle correspondiente a su propia casa... y que los arrendatarios de las casas, si no hace la reparación el propietario,</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
				la hagan ellos y deduzcan el gasto de la merced.
<p><u>Art. 1982.</u> El arrendador está obligado: 3. A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada.</p> <p><u>Art. 1988</u> Y si es turbado en su goce por terceros que justifiquen algún derecho sobre la cosa arrendada, y la causa hubiere sido anterior al contrato, podrá el arrendatario exigir una disminución proporcionada en la renta. Y si se hallare privado de tanta parte de la cosa arrendada, que sea de presumir que sin esa parte no habría contratado, podrá exigir que cese el arrendamiento. Además, podrá exigir</p>		<p><u>Art. 1554</u> El arrendador está obligado 3. A mantener al arrendatario en el goce pacífico todo el tiempo del contrato.</p> <p><u>Art.1553</u> Son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa. En los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa.</p>		<p><u>D. 19, 2,9pr.</u> Si alguno me hubiera dado en arrendamiento una casa comprada de buena fe, o un fundo, y éste hubiera sido reivindicado sin dolo malo, ni culpa, dice Pomponio, que sin embargo se obliga él por la acción de conducción, á favor de aquel que lo tomó en arrendamiento. Pero si el dueño no lo consintiera, y el arrendador estuviera dispuesto á dar otra habitación no menos cómoda, dice que es muy justo, que sea absuelto el arrendador.</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
indemnización de todo perjuicio, si la causa debió ser conocida del arrendador.				
<p>Art. 1990 El arrendatario tiene derecho a la terminación y aún a la rescisión del contrato, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer uso de ella. Si el impedimento para el goce es parcial, o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, si debe terminar el arrendamiento, o una rebaja del precio o renta.</p> <p><u>Art. 1991.-</u> Tendrá además derecho para que se le indemnice el daño emergente, si el vicio es por causa anterior al contrato. Y si el vicio era conocido del arrendador o por los antecedentes ha debido preverlo, o por su profesión conocerlo, se incluirá la indemnización del lucro cesante.</p>		<p>Art.1554 El arrendador está obligado: 1. A hacer todas las reparaciones necesarias a fin de conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada.</p>	<p>Art. 21 El arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido.</p>	<p>D. 19, 2, 19,1 Si ignorándolo hubiere alguno dado en arrendamiento tinajas defectuosas, y después de saliera el vino, se obligará a lo que importa, y no se excusará su ignorancia... si diste en arrendamiento para pasto un bosque en el que nacía mala yerba se responderá de lo que importa.</p> <p>D. 19, 1, 6,4 Si me hubiese vendido una vasija diciendo que estaba entera y no lo estuviese quedarás obligado a indemnizarme...dice Minicio que Sabino había dado una respuesta diciendo que también debe indemnizar cuando se alquilan vasijas.</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
<p><u>Art. 1993</u> El arrendador es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas.</p> <p><u>Art. 1994.</u> El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada</p>		<p><u>Art. 1573.</u> El arrendatario tendrá, respecto de las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario.</p>	<p><u>Art. 19 Modificado Art. 13 L. 4/2013</u> La realización por el arrendador de obras de mejora, transcurridos tres años de duración del contrato le dará derecho, salvo pacto en contrario elevar la renta anual en la cuantía que resulte de aplicar el capital invertido en la mejora, el tipo de interés legal del dinero incrementado en tres puntos, sin exceder el 20% de la renta.</p>	<p><u>D. 19, 2, 55,1.</u> Si en el fundo el arrendatario hubiere con su trabajo aumentado, ó edificado, ó establecido alguna cosa por necesidad ó utilidad, no habiéndose convenido esto, puede ejercitar contra el dueño del fundo, la acción de conducción". <u>D.19,2,19,4</u> Si un inquilino hubiese añadido una puerta o cualquier otra cosa a un edificio...es cierto lo que dice Labeón que le compete la acción de conducción para retirarla, siempre que de caución de que no se deteriore la casa al retirarla y que deteriorada le restituye su anterior aspecto.</p>
<p><u>Art. 1999</u> El arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa sino de las de su familia, huéspedes y dependientes.</p>		<p><u>Art. 1564.</u> El arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa.</p>		<p>D. 19, 2,11. Veamos, ¿deberá el arrendatario responder, así de la culpa de los esclavos, como de la que aquellos á quienes hubiere introducido en la casa; y de cuánto responderá, acaso de entregar por el daño los esclavos, ó se obligará en su propio nombre? A mí me parece bien de este modo, que en su propio nombre responda también de la culpa de</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
				<p>aquellos. D. 19, 2, 30,4. Un colono había recibido la casa de campo con esta condición, que la devolviera sin deterioro, salvo el caso de fuerza, y el de vejez; un esclavo del colono incendió la casa no por caso fortuito, respondió, que no se considera exceptuado este caso de fuerza.</p>
<p><u>Art. 2003.</u> Cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento, será obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente al pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que el arriendo hubiera terminado con o sin desahucio.</p>		<p><u>Art. 1556.</u> Si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente.</p>		<p><u>D. 19, 2, 55,2.</u> El que sin justa y plausible causa hubiere abandonado antes de tiempo un fundo contra el convenio del arrendamiento, puede ser demandado por la acción de conducción para que pague las pensiones de todo el tiempo, á fin de que se obtenga para el arrendador indemnización por lo que le importa.</p>
<p>Art. 2004. El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este</p>	<p>Art. 17. El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que medie autorización expresa del arrendador.</p>	<p>Art.1550. Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada.</p>	<p>Art. 8. 1. El contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador. 2. La vivienda</p>	<p>D. 19,2, 60. Cuando una casa se dio en arrendamiento por muchos años, debe el arrendador entregarla, no solo para que pueda el arrendatario habitarla desde aquellas calendas de cada año, sino</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo.	En caso de contravención, el arrendador podrá dar por terminado el contrato de arrendamiento y exigir la entrega del inmueble o celebrar un nuevo contrato con los usuarios reales.	Art. 1551. Sin perjuicio de su obligación para con el subarrendador, queda el subarrendatario obligado a favor del arrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada.	arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador.	también para que pueda subarrendarla por su tiempo á un inquilino, si quisiera. C.4, 65.6. A nadie se le prohíbe darle á otro en arrendamiento la cosa que él tomó en arriendo para disfrutarla, si no se convino otra cosa.
<u>Art. 2006.</u> La restitución de la cosa raíz se verificará desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole las llaves, si las tuviere la cosa.		<u>Art. 1565.</u> Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento.		
Art. 2014. Con todo, si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de	Art. 6º. El contrato de arrendamiento de vivienda urbana se entenderá prorrogado en iguales condiciones y por el mismo término inicial, siempre que cada una de las partes haya cumplido con las obligaciones a su cargo y, que el	Art. 1567. En el caso de la tácita reconducción, cesan respecto de ella las obligaciones otorgadas por un tercero para la seguridad del contrato principal.	Art. 10. Modificado Art. 5, L. 4/2013 Prórroga del contrato. Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración de aquel, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de	D. 19, 2, 13,11. No solamente parecerá que el que cumplido el término del arrendamiento permaneció en la cosa arrendada, volvió a tomarla en arriendo, sino que también se considera que subsisten obligadas las prendas. ..pero será necesario nuevo consentimiento de aquel... Mas en los predios urbanos usamos de otro derecho, que cada uno se obligue por el tiempo que los

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
<p>perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera.</p> <p>Art. 2015.</p> <p>Renovado el arriendo, las fianzas, como las prendas o hipotecas constituidas por terceros, no se extenderán a las obligaciones resultantes de su renovación.</p>	<p>arrendatario, se avenga a los reajustes de la renta autorizados en esta ley.</p>		<p>antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más.</p>	<p>hubiere habitado, si en escritura no se consignó tiempo cierto para el arrendamiento.</p> <p>D.19, 2,14. El que toma en arrendamiento hasta cierto tiempo, es colono aún después de transcurrir el tiempo; porque se entiende que el dueño, consintiendo que el colono permanezca en el fundo, lo da nuevamente en arrendamiento. Si entretanto el dueño hubiere comenzado a enloquecer, ó hubiere fallecido, dice Marcelo, que no puede hacerse que se renueve el arrendamiento; y esto es verdad".</p> <p>C.4, 65,16. Más si hubiera transcurrido el tiempo, por el cual se había dado en arrendamiento el fundo, y el arrendatario permaneciere en el mismo arrendamiento, se considera que por tácito consentimiento renueva la misma locación, juntamente con la obligación de prenda.</p>
<p><u>Art. 2018.</u></p> <p>En el caso de expropiación por causa de utilidad pública, se observarán las reglas siguientes:</p>			<p><u>Art. 13 Modificado Art. 7, L. 4/2013</u></p> <p>1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador</p>	<p><u>D. 19, 2,33.</u> Si hubiera sido confiscado el fundo que me hubieres dado en arrendamiento, estás obligado por la acción de conducción á</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
<p>1. Se dará al arrendatario el tiempo preciso para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes. 2. Si la causa de la expropiación fuere de tanta urgencia que no dé lugar a ello, se deberá al arrendatario indemnización de perjuicios por la nación o por quien haga la expropiación.</p>			<p>quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento.</p>	<p>que me sea lícito disfrutarlo. Así, pues, opino, que se ha de observar lo mismo también respecto á la conducción, para que me restituyas el alquiler que yo hubiere pagado, por supuesto, de aquel tiempo en que yo no hubiere disfrutado; y no serás obligado á responder de más por la acción de conducción.</p>
<p>Art. 2016 Extinguiéndose el derecho el arrendador sobre la cosa arrendada, por causa independiente de su voluntad, expirará el arrendamiento, aún antes de cumplirse el tiempo. El propietario, sin embargo, concederá al arrendatario el tiempo que necesite para próxima percepción de frutos. Art. 2021. Entre los perjuicios que el arrendatario sufra por la</p>			<p>Art. 13 Modificado Art. 7, L. 4/2013 2. Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley.</p>	<p>D. 19, 2, 15,8 Pero si acaso el dueño no permitiera usufructuar, habiendo dado en arrendamiento el mismo, ú otro una cosa ajena, ó como procurador, ó como suya, se responderá de lo que importa.</p>

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
extinción del derecho de su autor, y que, según los artículos precedentes, deban resarcírsele, se contarán los que el subarrendatario sufiere por su parte.				
<p><u>Art. 2019.</u> Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta, será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho, no esté obligada a respetar el arriendo.</p>		<p><u>Art. 1571</u> El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.</p>		<p><u>D. 19,2,25,1</u> El arrendador de un fundo o de una vivienda si por algún motivo vende el fundo o la casa, debe precaverse de que sea permitido, por parte del comprador, al colono o al inquilino utilizar aquellos en las mismas condiciones; si no, el arrendatario impedido podrá demandarle por la acción de conducción.</p>
	<p>Art. 16. En los contratos de arrendamiento para vivienda urbana no se podrán exigir depósitos en dinero efectivo u otra clase</p>		<p>Art. 36 1. A la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a una</p>	

CODIGO CIVIL COLOMBIANO	LEY 820 DE 2003	CODIGO CIVIL ESPAÑOL	LEY 29 DE 1994	CORPUS IURIS CIVILIS (VERSION ESPAÑOL)
	de cauciones reales, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que haya asumido el arrendatario.		mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda	