

tipos de *locationes* ni alteraron su proceso de diferenciación en época clásica, y poco mas tarde Kaufmann, a quien debemos un estudio económico y social sobre el origen de nuestro contrato, intentó demostrar que la unidad terminológica y procesal de la *locatio-conductio* derivaba de los usos lingüísticos anteriores a su configuración como contrato consensual. No cree Kaufmann en el carácter primordial de la *locatio rei* porque considera que los tres tipos ya existían desde la época arcaica⁵⁸. En realidad Kaufmann intentó resolver la *vexata quaestio* de la que nos venimos ocupando mediante las fórmulas de las *actiones locati y conducti* y especialmente por sus *demonstrationes*, pero como no tenemos constancia de ellas apela a los usos lingüísticos suponiendo que recogían los diversos tipos de *locationes*. Cuando el pretor una vez generalizado el *bonae fidei iudicium* y no pudiendo recurrir a los usos típicos del lenguaje salvo *locare* y *conducere*, debió excluir la constante referencia a las *res* de modo que recogió bajo una misma acción relaciones (arrendaticias) económicamente diversas, relaciones solo unidas por un mismo paraguas terminológico. Sin duda la

⁵⁸ H. KAUFMANN, *Altrömische Miete*, cit., 148 ss., 180 ss. (*opera*), 205 ss. (*opus*).

LA POLEMICA SOBRE LA TRICOTOMIA 'RES', 'OPERAE', 'OPUS' Y LOS ORIGENES DE LA 'LOCATIO-CONDUCTIO'

1. La *locatio-conductio* suele ser explicada en la inmensa mayoría de los manuales institucionales a través de una tricotomía de figuras arrendaticias (*locatio-conductio rei, operarum, operis*), como si los juristas romanos hubieran acuñado estas expresiones y delineado cuidadosamente estos tipos dotándolos de una cierta autonomía conceptual. Este modo de exposición acaso pueda ser válido para alumnos de primer curso de las Facultades de Derecho, pero a nivel científico no resiste una mínima crítica, porque ni los juristas romanos ni los intérpretes medievales trabajando sobre las fuentes romanas explicaron el arrendamiento diferenciando conceptualmente aquellos tipos.

En todo caso hay una serie de puntos indiscutibles: en derecho clásico estos tres tipos se enmarcan dentro de los contratos consensuales como una categoría unitaria¹ (al

¹ Según F. WUBBE, *Opus selon la définition de Labéon* (*D. 50,16,1,5*), en *TR*, L, 1982, 242, nt. 8, «le langage de nos sources montre clairement que leurs auteurs ont

menos terminológicamente unitaria, dice Talamanca²); otro punto indiscutible es que están tutelados por una misma acción. Tratando de poner orden en la polémica sobre la tricotomía abierta desde que a finales del s. XVII Voet diera el certificado de bautismo a aquella tripartición, Arangio-Ruiz³ desde la 1ª ed. de sus Instituciones en 1921, sentó que la tripartición no responde a la concepción de los romanos que nunca pensaron explícitamente en aquellas distinciones; consiguientemente Arangio-Ruiz pensó en un contrato unitario como lo prueba procesalmente la existencia de una única *actio locati* y una única *actio conducti*, y sustancialmente porque en todos los subtipos antedichos se encuentra siempre una *res* dada o restituída, algo obvio en la *locatio rei*, pero también aplicable en la *locatio operis* en que se daría una cosa para que fuera transportada, limpiada, utilizada como material de con-

consideré la *locatio-conductio* comme une unité». Esta concepción unitaria ya había sido destacada por U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, en *RISG*, II, 1927, 529 ss; III, 1928, 3 ss.

² M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 593.

³ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1960, 346.

D. 19.2.31) tiene un peso mayor que el *factum quod locari solent* de Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 que los compiladores atribuyen a *Paul.*, y que nada se gana desplazando la polémica sobre el contrato de arrendamiento a las acciones *locati* y *conducti*.

6. Parecería que la crítica de Niedermeyer iba a quedar aislada en la doctrina, cuando Mayer-Maly reemprendió la batalla sobre los fundamentos establecidos por Niedermeyer. La importante monografía de Mayer-Maly publicada en 1956 recibió importantes críticas de Kaser, De Robertis, Burdese y Voci⁵⁷. Partiendo también de la devaluación del andamiaje terminológico y procesal, por un lado parece compartir los argumentos de Niedermeyer; por otro parece admitir la realidad histórica del concepto unitario de manera que cuando las figuras arrendaticias se encauzaron a través de *bonae fidei iudicia* no alteraron la fisonomía anterior de los tres

⁵⁷ Cfr. las recensiones de M. KASER, *Recension*, cit., 229 ss.; F. M. DE ROBERTIS, *Recension a T. MAYER-MALY, 'Locatio-conductio'*, cit., en *TR*, XXV, 1957, 398 ss.; A. BURDESE, *Recension a T. MAYER-MALY, 'Locatio-conductio'*, cit., en *Iura*, VIII, 1957, 481 ss.; P. VOCI, *Recension a T. MAYER-MALY, 'Locatio-conductio'*, cit., en *SDHI*, XXIII, 1957, 371 ss.

muy claro: «die römische Einheitsvorstellung von der *locatio-conductio* Beruht nicht auf einem wesentlich herausgearbeiteten Kontraktbegriff der *locatio-conductio* [...] sondern auf der alten usuell gehandhabten und fertgebildeten *actio locati* und der Gegenklage *actio conducti*». Estas acciones fueron la clave para que la *locatio-conductio* llegara a la categoría de contrato quedando desde entonces liberada de sus «Klage-fundamenten» en mucha menor medida que la *emptio-venditio*; de este modo si la 'Haupt-nachteil' de Arangio-Ruiz desde el punto de vista dogmático partía de un concepto unitario de la *locatio-conductio*, su tesis no puede fundarse sobre ningún elemento jurídicamente significativo como unidad de los fines del contrato, soporte del riesgo, pago de la *merces*, y son precisamente estos elementos objetivos los que hacen que en derecho clásico se distingan las *locatio rei*, *operarum* y *operis*. Esta explicación de Niedermeyer en su día recibió una breve contestación del propio Arangio-Ruiz⁵⁶ que le opuso que en el campo de formación de los dogmas romanos el testimonio de los *duo genera locatorum* de Alfeno (Alf. 5 a Paul. epit.

⁵⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Recensión a S. VON BOLLA, Untersuchungen*, cit., en *SDHI*, VIII, 1942, 319, nt. 1.

strucción, y en la *locatio operarum* donde por lo general se daría un esclavo, y por tanto *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 ello mismo no se daba como *res* sino que contrataba sus *operae* entendidas como *res*⁴, arrendamientos que se hicieron muy frecuentes con el ingente número de manumisiones (a las que pretendió poner coto las leyes limitadoras augústeas⁵ para aprovechar los *patroni* el trabajo gratuito de los libertos, o el pagado cuando éstos como hombres libres comenzaron a arrendar sus servicios. En resumen, la doctrina mayoritaria que ha tratado el tema monográficamente, en la que me incluyo, se pronuncia por un esquema unitario de la *locatio-conductio* que se superpone a una eventual diferente disciplina de los distintos supuestos; los romanos no conocieron la tripartición, tampoco los medievales ni los primeros humanistas, y hubo que llegar muy a finales del s. XVII para que el jurista holandés

⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, 345 ss.

⁵ Vid. con lit. L. RODRIGUEZ ALVAREZ, *Las leyes limitadoras de las manumisiones en época augústea*, Oviedo, 1978.

Johannes Voet⁶, profesor en la Universidad de Leiden, rubricara el certificado de bautismo de la tripartición.

Sin pretensiones de polemizar en la discusión sobre el nacimiento, operatividad y autonomía de la tripartición⁷ en los juristas romanos⁸, considero que indudablemente la forma

⁶ J. VOET, *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani iuris 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.

⁷ 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 Trycotomy in locatio conductio*, en *IJ*, VIII, 1973, 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.

⁸ Con cierta exageración A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 903, nt. 79.1.3 señala: «a nostro avviso è pura fantasia (o quasi) precisare quale sia potuta essere la struttura originaria dell'istituto e come si siano formate le singole derivazioni». Obviamente no comparto esta opinión al cien por cien; por supuesto que muchas veces hay explicaciones que pueden ser producto de la fantasía, pero otras que

secondaire»⁵³. Las objeciones a esta tesis son obvias; en primer lugar porque da como establecido que desde una época muy antigua ya funcionaban los tres tipos de *locationes* aglutinadas como *locatio rei*; en segundo lugar porque sus explicaciones sobre la *locatio operis* en estricta óptica jurídica se acercan más al contrato de *societas* que a la *locatio* (basta leer los formularios de contratos agrarios de Catón).

No fue unánime la acogida a la tesis unitaria de Arangio-Ruiz que se topó con algunos detractores como Niedermeyer⁵⁴, y en el mismo sentido se pronunció Mayer-Maly⁵⁵. Ambos niegan que pueda sostenerse la unidad de un contrato en el que faltan reglas comunes respecto a la finalidad, *periculum*, pago de la merced que si en las *locationes rei* y *operarum* corresponde al *conductor* en la *locatio operis* corresponde al *locator*. Niedermeyer es

⁵³ R. VIGNERON, *La conception*, cit., 513.

⁵⁴ H. NIEDERMAIER, *Recensión a S. VON BOLLA, Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum*, München, 1940, en *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, CCIII, 1941, 319 ss.

⁵⁵ T. MAYER-MALY, '*Locatio-conductio*', cit., 15 ss., reafirmando su comprensión del problema en ID., *Tipicità e unità della 'locatio conductio'*. *Recensión a L. AMIRANTE, Ricerche*, cit., en *Labeo*, V, 1959, 390 ss.

sentido material) sino el cultivo del mismo⁵⁰. Otro autor unitarista es Vignerón, aunque entiende que el factor unificante es económico⁵¹ antes que dogmático, sin por ello dejar de seguir la línea de pensamiento mayoritaria que tiene en cuenta el valor primordial de la *locatio rei*. Dado su planteamiento económico Vignerón ve en todas las hipótesis de *locationes* la valoración de un bien mediante el trabajo de otros⁵² (aquí coincide con Pinna Parpaglia en la exaltación del valor del trabajo). Vignerón que se está refiriendo a una situación originaria ofrece las consabidas explicaciones respecto a las *locatio rei* y *personarum*, admitiendo para la *locatio operis* la idea del *paterfamilias* que cada año compartía con un pastor o un labrador los frutos del rebaño o del cultivo del fundo. Todos los tipos de *locationes* tuvieron siempre una base económica y le parece inútil buscar una unidad dogmática: «l'habillage juridique est

⁵⁰ P. PINNA PARPAGLIA, '*Vitia ex ipsa re*'. *Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, 1983, 131.

⁵¹ R. VIGNERÓN, *La 'locatio conductio' secondo i Romani. Recensión a P. PINNA PARPAGLIA, 'Vitia', cit., en Labeo, XXXIV, 1988, 361 ss.*

⁵² R. VIGNERÓN, *La conception originnaire de la 'locatio conductio' romaine*, en *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, 509 ss.

de entenderla puede arrojar luz para conocer la andadura originaria de la *locatio conductio*, cuyas reglas fundamentales acogieron supuestos muy diversos que si no recibieron un tratamiento autónomo por los juristas romanos, sí lo han recibido en la romanística moderna que se complace en analizar situaciones muy particulares de *locatio conductio* sin que por ello reniegue la doctrina mayoritaria de la idea de unidad sustancial de figuras que en los ordenamientos modernos tienen un tratamiento del todo autónomo (contratos de suministro, de transporte, de promoción inmobiliaria, etc.). Como punto de partida haré mía la afirmación de Kaser⁹ que si bien los romanos no conocieron la tripartición¹⁰, sin embargo desarrollaron reglas particulares para los diferentes tipos de actividad: *res, operae, opus*. También los glosadores estudiaron la *locatio conductio* como figura unitaria, y hay que llegar

parten del estudio de las fuentes, son más adherentes a la realidad.

⁹ M. KASER, *Recensión a L. AMIRANTE, Ricerche sulla locazione*, en *Iura*, XI, 1960, 229, 233.

¹⁰ Cfr. F. OLIVIER-MARTIN, *Des divisions de louage en droit romain*, en *RHD*, XV, 1936, 419 ss.

a Ugo Donello¹¹ (1527-1591) para empezar a reconocer que los juristas romanos tenían cierta conciencia de la distinción entre aquellos subtipos del contrato que por tanto convenía ser analizados separadamente¹².

2. Es evidente que la tripartición no aparece en Gai 3.142-147 ni en D. 19.2: *locati conducti*, siendo desconocida la terminología de la tripartición hasta en la misma compilación justiniana, lo que tampoco es de asombrar dada la escasa propensión romana a la abstracción y a la formación de subcategorías cuando el ordenamiento contaba con esquemas generales capaces de cubrir

¹¹Vid. A. TORRENT, voz *Locatio-conductio*, en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, 293.

¹²H. DONELLUS, *Commentarius de iure civili*, ad D.XIII. 6. 1, en ID., *Opera omnia*, III, Lucae, 1763, 813. Un estudioso italiano que ha realizado un excelente trabajo analítico con la doctrina romanística y crítico con las fuentes, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'.* *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 8, nt. 31, advierte como con una distancia de cuatro siglos coinciden Donello y M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, München, 1971, 563 ss.: ambos defienden una definición unitaria de *locatio-conductio*, «ma poi, passando a trattare in modo più analitico il contratto, sottolineano con parole quasi identiche la necessità di discutere separadamente le tre ipotesi».

había avanzado Wubbe⁴⁸ que objeto y núcleo del contrato debía ser «l'effort accompli» y no «l'objet matériel qui résulte éventuellement de l'opus factum».

Como vemos, las explicaciones de Ammirante desarrollando la exposición de Arangio-Ruiz, desde un punto de vista dogmático y de la misma reconstrucción del pensamiento jurídico romano dejaban abiertos varios flancos críticos. En realidad esta concepción ya había sido criticada por Betti⁴⁹ que la considera de factura materialística en el sentido de comprender la *res locata* como «cosa materialmente collocata». Por el contrario Betti sostuvo que *res locata* era la composición de intereses puestos en vida por las partes al contraer este tipo de obligación.

Otros autores también participan de la teoría unitaria (dación-restitución) a la que van añadiendo pequeñas variantes. Es el caso de Pinna Parpaglia, que a propósito de la *locatio rei* de un fundo para su cultivo piensa que se arrendaba no tanto el fundo (*res* en

⁴⁸F. WUBBE, 'Opus', cit., 246. Cfr. también A. BISCARDI, *Quod Graece 'apotelesma' vocant*, en *Labeo*, XXXV, 1989, 163 ss.

⁴⁹E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1960, 220.

19.2.22. 2) señalando Amirante⁴⁴ que «l'idea di una consegna della *res* da parte del locatore al conduttore giunge al suo limite di rottura [...] esistendo solo idealmente la *res* al momento della conclusione dell'accordo». Esta idea implica una arriesgada concepción del *opus locatum*, dificultad que pretende superar⁴⁵ profundizando en el concepto de *opus locatum* de Labeón, al que sobre la base de Paul. 2 *ad ed.* D. 50.16.5.1 atribuye «l'idea arditissima che proprio l'*opus*, e cioè l'*insula* da costruire o la statua da scolpire, fosse consegnata, in senso meramente ideale, ben s'intende, dal locatore al conduttore». Ciertamente que éste el gran obstáculo que presentan tanto la *locatio operarum* como la *locatio operis*: ¿qué se restituye?, porque ya había dicho Cervencia⁴⁶ que la *locatio* de las *operae* de un trabajador libre era un arrendamiento sin obligación de restituir la cosa arrendada⁴⁷, y respecto al *opus*

⁴⁴ L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 102; ID., voz *Locazione*, cit., 993.

⁴⁵ Cfr. A. MASI, voz *Locazione*, cit., 909.

⁴⁶ G. CERVENCA, *In tema di 'locatio-conductio'*. (A proposito di un recente studio), en *Bull. della Scuola di perfezionamento in dir. del lavoro dell'Univ. di Trieste*, 1963, 7.

⁴⁷ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, 24.

diversas situaciones que podían ser encuadradas dentro de la *locatio-conductio*, una de las instituciones jurídico-económicas más importantes del derecho romano (y de todos los ordenamientos), que comprende situaciones tanto del derecho público como del privado. Al respecto hay que subrayar que los estudios romanísticos más relevantes sobre la materia, salvo algunos pocos dedicados a las *locationes censoriae*, responden fundamentalmente a enfoques privatísticos¹³. En esta sede pretendo rastrear los orígenes de nuestro contrato a caballo entre materias públicas¹⁴ y privadas, dando por descontado los complejos y delicados confines entre ambas partes del ordenamiento que como recalcó Ulpiano no son sino *duae positiones* en el *studium iuris*. De todos modos, y aunque

¹³ C. LONGO, *La locazione conduzione*, Pavia, 1921; T. MAYER-MALY, 'Locatio conductio'. *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956; L. AMIRANTE, *Ricerche sulla locazione*, en *BIDR*, LXII, 1959, 9-119; A. BISCARDI, *Il concetto romano di 'locatio' nelle testimonianze epigrafiche*, en *Studi Senesi*, LXXII, 1960, 409 ss.

¹⁴ Frente a la vieja tesis de Mommsen la doctrina del s. XX ha abandonado la idea de un origen público de la *locatio-conductio*; vid. H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, Köln-Graz, 1964, 265; A. GUARINO, *Diritto*, cit., 902 i. nt.

faltan testimonio directos para la época predecemviral siendo asimismo exiguos en la republicana, esto no constituye una razón válida para abandonar el intento de formular, aunque solo fuera en via de conjetura, una hipótesis sobre los orígenes de la *locatio-conductio*. La utilidad de remontar a los orígenes el estudio de las instituciones jurídicas hoy está fuera de toda duda¹⁵, en cuanto los orígenes pueden aportar datos importantes para la resolución de otros problemas de la institución *de qua loquitur*, y para la comprensión y reconstrucción de toda la articulada y compleja evolución sucesiva como es el caso de la *locatio-conductio*.

¹⁵ Vid. P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', Roma, 1959, 13; G. BROGGINI, '*Coniectanea*'. *Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 133 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 40; R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, en *AUPA*, XXX, 1967, 116 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. I. Le origini*, Catania, 1980, 27 ss.; G. PUGLIESE, *Poteri 'negotia' 'actiones' nell'esperienza romana arcaica*, en *Atti del Convegno di diritto romano Copanello*, Napoli, 1984, 271 ss.

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 contenidos encuadrados en el esquema de la *locatio-conductio*. En la *locatio operarum* introduce una disquisición importante porque en su concepción las *operae* de esclavos y libertos no debían cualificarse como *res* sino más bien como *fructus* por lo que éstos no se daban sino la persona del *operarius*⁴¹. Respecto a la *locatio operis* piensa que objeto del contrato no era la actividad del artífice sino el material de construcción sujeto a *reddere*, y así fue hasta Labeón⁴²; a partir de entonces se contemplaría la restitución del resultado del trabajo, se esperarí la restitución de un *opus* ideal previsto en el momento de la contratación⁴³; así lo confirma en la hipótesis de *insulam aedificandam loco* (Paul. 36 *ad ed.* D.

⁴¹ L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 60 ss. Se basa en Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.13. 3 y 4; Paul. 13 *ad ed.* D. 19.2. 42; Paul. 21 *ad ed.* D. 19.2.43; Marcell. 8 *dig.* D. 19.2.48.1.

⁴² L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 533 ss., 554 ss., 566 ss.

⁴³ Vid. una magnífica síntesis del pensamiento de Amirante sobre la *locatio operis* en R. FIORI, *La definizione*, cit., 4, nt. 9.

6. También sigue la tesis unitaria Amirante³⁸ que aporta alguna novedad interesante a la explicación de Arangio-Ruiz que no veía en la *res* el elemento unificante de los tres tipos de *locationes* sino en la obligación de las partes de *dare* y *reddere*³⁹, traspasando el problema a otros ángulos dentro de la ticipidad de la *locatio* Amirante entiende que la *locatio* fue abordada por los juristas fundamentalmente en relación a la *emptio venditio*, de modo que a diferencia de la compraventa en la *locatio* la cosa debía ser dada pero además y sobre todo, restituída, algo obvio en la *locatio rei*, dado que el *locare* – a diferencia de la compraventa – no contiene en sí mismo la cesión del uso o del disfrute. Según Amirante⁴⁰ 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

³⁸ L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 9 ss.; ID., 'Locare usum fructum', en *Labeo*, VIII, 1962, 206 ss.; ID., voz *Locazione (diritto romano)*, en *Noviss. dig. it.*, IX, Milano, 1963, 49 ss.; ID., 'Locare habitationem', en *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 455 s.; ID., *In tema di 'opus locatum'*, en *Labeo*, XIII, 1967, 49 ss.

³⁹ Vid. R. FIORI, *La definizione*, cit., 3.

⁴⁰ L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 47 ss.; ID., voz *Locazione*, cit., 992 ss.

3. Ya he dicho en otra parte¹⁶ que sigue discutiéndose el problema de cuando se reconoció la *locatio-conductio* como contrato consensual. La generalidad de la doctrina entiende que se produjo a finales de la República, y de este momento hacia atrás todo son conjeturas, por lo que aún es mas problemático determinar su primeros pasos; otro dato claro es que ya había alcanzado una cierta consolidación en las XII Tab. según la información de Gai 4.28¹⁷. Fiori¹⁸ es de la

¹⁶ A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*¹³, Madrid, 2008, 461.

¹⁷ XII Tab. 12.1 = Gai 4.28: *Lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII Tabularum adversus eum... quod quis mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam accipere acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet* La regla decemviral recordada concedía la *pignoris capio* contra el que hubiese comprado una víctima para el sacrificio y no la hubiera pagado, y contra el que hubiese tomado en arriendo un jumento y no lo hubiese pagado al *locator*, aunque resulta muy extraña la parte final desde *ut inde*, que parece apuntar a que el ejercicio de la *pignoris capio* por parte del acreedor estaba condicionado a que destinase el *pretium* en la compraventa y la *merces* en la *locatio* a adquirir a su vez otro objeto de sacrificio. Pero dejando aparte estos arcaísmos, y teniendo en cuenta que las citas de las XII Tab. son siempre reelaboraciones posteriores de su tenor originario que incluso pueden haberse producido en diversos momentos hi-

opinión que en los formularios de Catón (por tanto s. III a.C.) se encuentran los primeros testimonios ciertos de una tutela del consentimiento en las relaciones arrendaticias, y que precisamente en Catón se puede captar el momento de tránsito desde una fase en que la relación todavía se instrumentaba mediante una *verborum obligatio*, una fase intermedia en la que se utilizan instrumentos de garantía indirecta (*satisfatio, pignus* sobre los *invecta et illata*), hasta una tercera fase de protección del simple consentimiento que hace que Gayo la encuadre dentro de los cuatro contratos consensuales del *ius gentium*. No es éste el problema que debe ocuparnos en estos momentos sino la aparición de la *locatio-conductio* en Roma, tema sobre el que como es sabido Mommsen conjeturó que la primera figura arrendaticia

stóricos (cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992; vid. con lit. R. FIORI, *La definizione*, cit., 14, nt. 7; 16) apunto por significativa la mención conjunta de la *emptio-venditio* y la *locatio-conductio*, que algún sector doctrinal ha puesto de relieve incluso para explicar los orígenes de estos contratos que tienen una historia con grandes paralelismos, tema sobre el que tendré ocasión de ocuparme mas adelante.

¹⁸ R. FIORI, *La definizione*, cit., 11 ss.

iusnaturalismo de la época³⁴. Respecto al rastreo de su evolución histórica en la Glosa y en los canonistas medievales son insuficientes los apuntes aportados por Bussi³⁵, aunque por lo que sé del tema mucho me temo que investigaciones sobre el argumento no puedan arrojar gran luz a lo que interesa en esta sede. Como acabo de decir, la tesis unitaria expresada por Arangio-Ruiz fue ampliada por Brasiello que entendió la *locatio operarum* como arrendamiento de cosas y esclavos, dentro de la cual podía distinguirse cuándo se daba el esclavo como tal esclavo, y cuándo se daba el esclavo como productor de *operae*, distinción que adquirirá gran relieve cuando a finales de la República se desarrolló la *locatio* de *operae* de los libertos, aunque todavía seguía siendo *locatio* de *res*³⁶, como también la *locatio operis*³⁷.

³⁴ Sobre el iusnaturalismo racionalista de los s. XVII y XVIII, vid la síntesis que ofrezco en mis *Fundamentos*, cit., 285 ss.

³⁵ E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, II, Padova, 1939, 44 ss.

³⁶ U. BRASIELLO, *Unitarietà*, cit., I, 544.

³⁷ U. BRASIELLO, *Unitarietà*, cit., I, 554 ss.

en cuanto en todos los tipos la exigencia de su cumplimiento (como la responsabilidad y los problemas del riesgo contractual en cada tipo que son los temas preferidos de la romanística de nuestro tiempo) se encauzaban mediante una acción única (*actio locati* y *actio conducti* según el reclamante), y en todos los supuestos de *locatio* había siempre una *res* que debía ser dada o restituida. Arangio-Ruiz defendía por tanto la unidad sustancial de la *locatio*, tesis seguida por su discípulo Ugo Brasiello³² que realizó una profunda aportación exegética a la tesis unitaria, y que desde entonces puede entenderse como doctrina casi unánime, cuya diferenciación se debe a la Escuela Culta Holandesa del s. XVII (Voet) como demostró Olivier-Martin³³, que considera la tripartición surgida al margen tanto de la tradición jurídica francesa como del

cita de lit. unitarista en R. FIORI, *La definizione*, cit., 7, nt. 28.

³² U. BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., I, 529 ss.

³³ F. OLIVIER-MARTIN, *Divisions*, cit., 419 ss. Señala L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 12, nt. 10, que dada la amplitud de la materia analizada por Olivier-Martin, quizá sea algo fragmentaria debiendo ser mirada con reserva.

se daría en los arrendamientos públicos que habrían servido de modelo para la configuración de los privados, de forma que la figura más antigua, la *locatio-conductio rei*, se habría derivado del arrendamiento por los censores de los *agri vectigales*; a su vez la *locatio-conductio operarum* se habría derivado del arrendamiento por los magistrados de los servicios de personas como *apparitores* y *lictors* (ejecutando tareas auxiliares de los magistrados), y la originaria *locatio-conductio operis* había consistido en la realización de obras públicas encomendadas por las autoridades administrativas comunales.

Hasta el s. XIX y primeros decenios del XX dominaba la idea¹⁹ que el término *locatio-conductio* era común a tres tipos contractuales diversos: 1) la *locatio-conductio rei*: cesión del uso y disfrute temporal de una cosa contra el pago de una *merces* (dejo aparte también el problema del precio, pues podía pagarse *in pecunia* e *in specie*; 2) la *locatio-conductio operarum*: puesta a disposición de otro de la propia actividad laboral contra el pago de una cantidad de dinero; c) la *locatio-conductio operis*:

¹⁹ Cfr. A. MASI, voz *Locazione*. I. *Locazione in generale*. *Storia*, en *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 908.

la prestación consistía en una actividad compleja dirigida a la obtención de un cierto resultado, lo que llamamos en derecho actual arrendamiento de obra (contrata en derecho positivo español). Se suscita así, como hemos dicho, el problema de la unidad de la *locatio* y su expansión hacia tipos contractuales próximos con necesidad de una regulación específica, y de esto sí fueron conscientes los juristas romanos. Como el tema interesa al objeto de nuestra investigación conviene detenernos algo sobre la tripartición, reconociendo obviamente que la doctrina mayoritaria es propensa al carácter unitario de la *locatio-conductio*. Como ha dicho Amirante²⁰, la exigencia de llegar a una construcción unitaria de la figura no es nueva en cuanto lo sugería e imponía la unidad innegable de la terminología.

4. No voy a entrar en la discusión terminológica sobre *locare* y *conducere* para lo que remito a la investigación exhaustiva y bien documentada de Fiori, pero sí quiero decir que en mi opinión a nivel de reconstrucción dogmática el tipo originario en la primitiva economía romana predecemviral tuvo que ser

²⁰ L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 10.

tipos singulares de *locatio* no cabían en un concepto unitario aún dentro de su gran vecindad conceptual, y Rabel²⁹ que no renegaba de las tres vertientes ('Abarten') de la *locatio* fijándose en la inversión de la terminología en la *locatio operis*, apuntaba a la derivación (como la de su correspondiente institución griega) de «körperlichen Hingeben der Sache», en definitiva de la *locatio rei*.

5. La polémica sobre la unitariedad o tripartición de las relaciones arrendaticias estaba servida, y puede decirse que ha seguido planteándose en los mismos términos en la literatura posterior. Mucho contribuyó a reavivar la polémica la contribución de Arangio-Ruiz que como hemos dicho anteriormente, desde 1921 hasta la última edición de sus *Istituzioni* en 1960³⁰, trató de demostrar que la polémica es un producto artificial de la tradición romanística en cuanto Roma no conoció la distinción entre los tres tipos de *locationes* de manera que el contrato de arrendamiento era esencialmente unitario³¹

²⁹ F. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*², Basel, 1955, 110 ss.

³⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 345 ss.

³¹ La tesis del carácter unitario de nuestro contrato se hizo mayoritaria en la romanística; vid. la larguísima

mann negó la construcción unitaria de la *locatio* no admitiendo la *datio rei* en la *locatio operis*: es absurdo que la utilidad de este contrato sea a favor del *dans*, que éste deba pagar la cantidad estipulada al contratista, que este pago pueda ser configurado *nummo uno*, absurdo que ya había sido puesto en evidencia por Ulp. 69 *ad ed.* D. 19.2.46: *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit*²⁷. Llegados a este punto la ciencia alemana del XIX y primeros decenios del XX ya no daba mas de sí. Todavía Karlowa²⁸ seguía afirmando que los

1988, 195 ss. También fue contradicha la tesis de Bechmann por C. LONGO, *La locazione*, cit., 14 ss.

²⁷ Desde un punto de vista actual, y dejando aparte los problemas dogmáticos que suscita el texto de Ulpiano como la nulidad de la *locatio* y la asimilación del pago *nummo uno* a la donación, se sigue repitiendo en nuestros días (me refiero fundamentalmente a la situación española pero también se ha dado en algún otro país de la UE) dando lugar a supuestos de corrupción que están llegando a nuestros Tribunales, numerosos hechos de este tipo en los que intervienen políticos que prácticamente pagan *nummo uno* a los promotores y constructores inmobiliarios no solamente obras de refacción, sino también en casos de obra nueva.

²⁸ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*², Leipzig, 1901, 632 ss.

la *locatio rei*, lo cual no es ninguna «*mia scoperta*» pues en el s. XIX ya lo intuía Degenkolb²¹ y poco después confirmaría ampliamente Bechmann²², que proponía reconducir el origen de las *species* al esquema unitario de la *locatio rei*, afirmación que como vió Fiori²³ no pretendía sostener la inexistencia en derecho romano de la tripartición tradicional, sino simplemente encontrar una común justificación histórica para los distintos supuestos de hecho. Bechmann advirtió que objeto de la *locatio operarum* mas antigua era un esclavo, por lo que antes de poder hablarse de una autónoma *locatio operarum* ésta originariamente no era otra cosa que una *locatio rei*, y lo mismo sostenía para la *locatio operis* sólo posible en su fase mas antigua cuando el *locator* suministraba al *conductor* los materiales para la construcción.

²¹ H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Mieth. Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie*, Berlin, 1867, 134.

²² A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 420 ss. No cabe duda que sus explicaciones abrieron una vía fecunda para aclarar la tripartición y los orígenes unitarios de la *locatio-conductio*, y su tesis fue poco después seguida en su ‘Habilitationssvorlesung’) por C. BURKHARDT, *Zur Geschichte der ‘locatio conductio’*, Basel, 1889, 31 ss.

²³ R. FIORI, *La definizione*, cit., 2.

Se fija especialmente Bechmann entre otros textos que destacan el *dare rem* en las relaciones arrendaticias originarias, en Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1. 20, que en realidad trata de las diferencias entre *locatio-conductio* y *emptio-venditio*. De la lectura de Bechmann se deriva que dentro de la unidad sustancial de las relaciones arrendaticias en Roma no son tan distintos entre sí los diferentes tipos de *locationes*, por ejemplo la única diferencia que advierte entre la *locatio rei* y la *locatio operis* es que en la primera el *conductor* paga la *merces*, mientras que en la segunda se obliga a transformar la cosa y a pagar una suma simbólica (*nummus unus*), pagando el *locator* una suma de dinero por su transformación. En definitiva, a la base de todas las hipótesis de *locatio* había un *dare*, y de ahí la reconducción de todas las figuras bajo la *locatio rei*. En este punto se ha advertido un fallo de su tesis, porque si puede admitirse en las *locatio rei* y *operarum*, es difícilmente admisible en la *locatio operis*; además en unos casos la *datio rei* se entrega en interés del *locator* y en otros en interés del *conductor*²⁴.

²⁴ Cfr. las observaciones críticas de L. AMIRANTE, *Ricerca*, cit., 10-11.

A mi modo de ver la tesis de Bechmann, que desde 1921 sería ampliamente desarrollada por Arangio-Ruiz, que con el papel central otorgado a la *datio rei* situaba la *locatio* mas cerca de los dogmáticamente llamados contratos reales que de los consensuales, como se sabe, la ultima categoría de contratos configurada por los juristas romanos a finales de la República y ampliamente desarrollada en época clásica. De todos modos la tesis de Bechmann en la misma Alemania de finales del s. XIX que había producido los asombrosos resultados de la Pandectística²⁵ a la que en el terreno que nos interesa debemos el papel estelar de la *locatio rei* como cesión del uso de una cosa contra el correspondiente de una prestación (económica o en especie) por parte del *conductor*, encontró un adversario formidable en Pernice²⁶ que contra Bech-

²⁵ Vid. con lit. y desde un punto de vista muy amplio, A. TORRENT, *Fundamentos del derecho europeo. Derecho romano, 'ius commune', ciencia del derecho europeo*, Madrid, 2007, 308 ss. Puede situarse el punto inicial y final de la Escuela Histórica Alemana en Savigny y Windscheid.

²⁶ A. PERNICE había esbozado su pensamiento en primer lugar en *Labeo*, I, Halle, 1873, 466 ss., pero sobre todo desarrolló el núcleo de su pensamiento en ID., *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, en ZSS, IX,

aportación de Kaufmann es aguda, pero no debemos olvidar que no se basa sobre datos sino sobre conjeturas.

Otro intento para aclarar el problema lo realizó Alzon⁵⁹ que parte de una cronología diferente para cada uno de los tipos que habrían nacido en épocas diversas y con finalidades también diversas, de modo que la única posibilidad que tuvo el pretor para conceder la misma *actio* en todos los supuestos fue usar el instrumento dogmático de la tripartición⁶⁰; así, siendo las partes libres para negociar en la forma que les fuera mas conveniente, el *iudex* respetando su voluntad y en base a la *bona fides* llevaría a que ni las partes ni el juez necesitaran razonar en términos de la tripartición por lo que los juristas romanos verían la *locatio-conductio* como un contrato carente de tipicidad salvo en sus categorías singulares. Se fija Alzon en las relaciones entre *emptio-venditio* y *locatio-conductio*; ambos contratos tienen de común el

⁵⁹C. ALZON, *Reflexions sur l'histoire de la 'locatio conductio'*, en *RH*, XLI, 1963, 553 ss.; ID., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1965, 220 ss.; ID., *Les risques dans la 'locatio conductio'*, en *Labeo*, XII, 1966, 311 ss.

⁶⁰ C. ALZON, *Problèmes*, cit., 224 ss.

cambio de *res* por *pretium*⁶¹, siendo el *reddere* el factor discriminador entre ambos contratos. Se puede oponer a Alzon la misma objeción que a otros estudiosos; lo que dice Alzon puede aplicarse a las *locatio rei* y *operarum*, ¿pero qué se restituye en la *locatio operis*? Tiene razón Amirante⁶² al señalar que los múltiples contenidos y fines económico-sociales que podían realizarse con la *locatio* implican una gran dificultad para entender de un modo unitario los precedentes históricos de la *locatio* consensual. En el fondo son las mismas dificultades para conocer el origen de la *locatio* antes de su reconocimiento como contrato consensual.

7. El último gran intento para clarificar nuestro tema ha sido acometido por Fiori que tras realizar un estudio minucioso de las fuentes y la doctrina, lo considera un problema abierto, no siendo totalmente satisfactorias ni las teorías de la unitariedad ni las de la tripartición⁶³ aunque sustancialmente defiende una doctrina unitaria: los juristas romanos tienen ante sus ojos el esquema

⁶¹ C. ALZON, *Problèmes*, cit., 224; ID., *Reflexions*, cit., 554, nt. 8.

⁶² L. AMIRANTE, voz *Locazione*, cit., 994.

⁶³ R. FIORI, *La definizione*, cit., 10.

una magnífica monografía sobre la *locatio-conductio*) defendió una concepción unitaria basado en el carácter único para todos los subtipos de las *actiones locati y conducti*, y por en todos veía una *res* que debía darse o restituirse. Respecto a los orígenes de la *locatio-conductio* contra Mommsen que pensó en los arrendamientos públicos, en mi opinión no fue así, porque siendo un fenómeno primariamente económico de disfrute racional de los bienes, esto implica un fenómeno privado antes que público.

ARMANDO TORRENT
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Madrid 'Rey Juan Carlos'.
E-mail: armando.torrent@urjc.es

medieval ones, and his baptism certificate was at the end of XVIIIth Century by Johannes Voet, later on followed by the Pandectists. Consequently, Arangio-Ruiz thought in a unitary contract by the only character of the *actio locati* and *actio conducti* for all the subtypes of leasing contracts, and because in all subtypes there is the same idea: a *res* given or restituted. I don't see things so clearly as Arangio-Ruiz does, and in certain way Fiori follows this unitary thesis as well. On the origins of the *locatio-conductio*, I don't share the thesis of Mommsen about the earlier antiquity of public *locatio* respect to private one. From my point of view the *locatio-conductio* was a phenomenon primary economically directed to a more rational benefit of the goods, that didn't necessarily produce effects in the public area before that in the private one.

La *locatio-conductio* se explica generalmente en todos los manuales mediante la tricotomía *locatio-conductio rei, operarum, operis faciendi*, pero esta concepción no es de los juristas romanos ni de los medievales, sino que se debe a Johannes Voet a finales del siglo XVIII, posteriormente seguida por los pandectistas.

El mismo Arangio-Ruiz (y en cierto modo Roberto Fiori que el último que ha escrito

unitario de la *locatio-conductio* en las recíprocas obligaciones de las partes de *praestare mercedem* y *praestare uti frui*, y en virtud de este esquema unitario para tutelar los intereses de las partes se utilizan la mismas acciones, de donde deriva que la 'tipicidad' de la *locatio* en el sistema contractual romano reside en una similar unidad obligatoria y procesal⁶⁴. Dentro de cada tipo sin embargo los juristas individualizan una serie de 'modelos negociales' que no llegan a 'tipo' en el sentido que no determinan un diferente esquema obligatorio fundamental, y por tanto no requieren una acción distinta, pero que constituyen figuras de referencia para las partes, juristas y pretor. Por eso concluye Fiori⁶⁵ que la *locatio-conductio* es una y múltiple: unidad de 'tipo' en cuanto subyace siempre el sinalagma *merces-uti frui*; multiplicidad de los modelos negociales que varían al compás de la diversa comprensión del *uti frui*. El plano de la 'tipicidad' dirige las acciones *locati et conducti*; el plano de los 'modelos negociales' consiente escoger entre la *actio locati* y la *actio conducti* según la actividad a desarrollar.

⁶⁴ R. FIORI, *La definizione*, cit., 286 ss.

⁶⁵ R. FIORI, *La definizione*, cit., 362.

8. Estos tres tipos o ‘modelos negociales’ que prefiere llamar Fiori ¿tienen todos la misma antigüedad?, o dicho de otro modo, ¿cuál sería el modelo inicial en la etapa preconsensual? ¿en qué medida se fueron diferenciando unos tipos de otros? ¿advirtieron los juristas romanos sus diferencias? ¿advirtieron que requerían una regulación específica para cada tipo?. La respuesta a cada una de estas preguntas es muy problemática, en primer lugar porque falta totalmente en los juristas una definición de la *locatio-conductio*, y de ahí la discusión doctrinal que hemos visto a propósito de la tricotomía que probablemente impedía una definición unitaria oscureciendo el problema de los orígenes de la *locatio-conductio* con una historia muy antigua estando en conexión su carácter unitario con el reconocimiento tardío de su naturaleza consensual. El gran esfuerzo de reconstrucción dogmática de la Pandectística sentó la definición genérica de la *locatio-conductio* como contrato de cambio de uso (*frui*) de cosas o de personas (energías de trabajo) contra *pretium*, de donde surgía una primera bipartición: *locatio rei* y *locatio operarum*. El problema realmente lo presenta la *locatio operis*, los hoy llamados arrendamientos de obra que a su vez abría diversas finalidades o

aspectos económicos de las relaciones humanas en un pueblo que hizo del comercio uno de sus fines vitales, eran motivos suficientes para que pudieran partir de una noción común de *locare* y advertir las diferencias específicas de cada subtipo, de modo que dentro del concepto unitario de *locatio-conductio* supieron prever una regulación específica para cada tipo a la vista de sus distintas funciones económico-sociales, y desde luego no se puede decir absolutamente que los juristas romanos no tuvieran una visión económica que puede advertirse a la base de las soluciones aportadas a los problemas jurídicos, o si se prefiere, conciencia de los aspectos económicos de los problemas sociales⁸⁹. Las diferenciaciones dogmáticas vendrán muchos siglos mas tarde.

ABSTRACT

The *locatio conductio* is usually explained through a trichotomy of leasing forms (*locatio-conductio rei, operarum, operis faciendi*) but such conception is not of roman jurists, neither of

⁸⁹ A. TORRENT, *Moneda crédito y derecho penal monetario en Roma (s. IV a.C. –IV d.C.)*, en *SDHI*, LXXIII, 2007, 112. Cfr. G. MELILLO, *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli, 2000.

Servio hipotiza Fiori⁸⁸) Alf. 5 *dig. a Paul. epit.* D. 19.2.31 que deja entrever la posibilidad de *duo genera locatorum*: en el primero debía restituirse la misma cosa; en el segundo el *idem genus*, y finalmente a Lab. (Paul. 2 *ad ed.* D. 50.16.5.1) que contempla el *opus locatum conductum* como *ex opere facto corpus aliquod perfectum*, lo que significa una concepción del *opus* «ideal» (Fiori) que no existe en el momento de la contratación.

13. Creo que la polémica sobre si la unidad del arrendamiento es sólo un dato terminológico, procesal, o una unidad conceptual, ha aportado muchos factores para un mejor entendimiento de la *locatio-conductio*, pero que a veces en la romanística ha recibido una atención demasiado especializada sobre cada tipo que de alguna manera oscurece una visión de conjunto sobre el argumento para fijarse en unos términos y unas concepciones que nunca plantearon los romanos, a quienes bastaban unas líneas teóricas básicas comunes a los tres tipos conocidos para entender las conexiones entre ellos. La estricta adherencia de los juristas romanos a la realidad de cada día, su entendimiento de los

⁸⁸ R. FIORI, *La definizione*, cit., 4, nt. 9.

posibilidades: contrato dirigido al *opus* en cuanto tal *opus*, y contrato dirigido al resultado final de la ejecución del *opus*, con la dificultad añadida que en esta última modalidad se invierte la posición de *locator* y *conductor*.

9. No voy a entrar en el problema de la definición romana de la *locatio-conductio* sobre el que se han vertido ríos de tinta; me remito al documentadísimo trabajo de Roberto Fiori, pero sí quiero dejar algo claro: los juristas republicanos se dieron cuenta que la *locatio-conductio* tenía una gran vecindad con la *emptio-venditio*⁶⁶, y acaso el problema de la romanística actual pudiera ser rastrear sus posibles orígenes comunes compartiendo un *dare rem* que se traduce en términos mutuados recíprocamente entre ambas figuras; ejemplos de lo que acabo de decir son suficientemente elocuentes y van desde el tratado *de agri cultura* de Catón que considera la *locatio fundi* como

⁶⁶ Vid. U. BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., 542 ss.; T. MAYER-MALY, '*Locatio-conductio*', cit., 63 ss.; L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 51 ss.; R. FIORI, *La definizione*, cit., 285 ss.

venta de los productos del fundo⁶⁷, hasta cinco siglos mas tarde Gai 3. 145:

emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahitur an locatio et venditio.

Dada su similar función económico-social desde los momentos preconsensuales ambos contratos comparten un mínimo de tipicidad centrado en un *dare rem* que es definitivo en la compraventa y temporal en el arrendamiento, *dare* que en el s. XIX llevó a pensar a un sector de la Pandectística en el carácter real del arrendamiento de ahí que Degenkolb defendiera el carácter real originario del arrendamiento.

Respecto al problema de los orígenes de la *locatio-conductio* Mommsen⁶⁸ había avanzado

⁶⁷ Vid. A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, 47.

⁶⁸ T. MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Mieth*, en *ZSS*, VI, 1885 = *Id.*, *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 132 ss. Le sigue U. VON LÜBTOW, '*Catos leges venditioni et locationi dictae*', en *Eos*, XLVIII, 1956, 227 ss. = *Symbolae Taubenschlag*, III, Varsovia, 1957, 229 ss, 241 ss. También la tesis mommseniana han pretendido revitalizarla F. CANCELLI, *L'origine del*

servirse de personas auxiliares) y restituir al *locator* la cosa manipulada o reelaborada. Respecto al arrendamiento de un *opus faciendum* el *locator* estaba obligado a convenir con el *conductor* el plano, modelo o proyecto de la obra a realizar, y a pagarle la *merces* convenida⁸⁵. La *locatio operis* es la figura mas compleja dentro de la *locatio-conductio* en general, y de ahí que la jurisprudencia clásica discutiera su configuración como arrendamiento o como compraventa cuando el *conductor* se obligaba hacia el *locator* a realizar una obra con materiales propios; según Gai (3.147; cfr. I. 3.24.2) la mayoría (*plerique*) se inclinaba por ver una compraventa; pero Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.20 lo entendían arrendamiento⁸⁶. Este es uno de los temas mas discutidos en la romanística donde se advierten diferentes vías de aproximación a la consideración de la *locatio-conductio* que van desde Quinto Mucio que según Amirante⁸⁷ aún tenía una concepción fuertemente materialistica de modo que solo podía tratarse de una *res* que pudiera reintegrarse en su identidad, a Alfeno (quizá

⁸⁵ *Iav. 11 epist.* D. 19.2.51. 1 preve incluso el pago por jornadas de trabajo.

⁸⁶ Cfr. R. FIORI, *La definizione*, 50 ss.

⁸⁷ L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., 65 ss.

merces, y aunque en la mayoría de los casos la utilidad de la *datio rei* está dirigida a quien la recibe, en la *locatio operis* una vez superada lo que tuvo que ser la primera fase de su evolución como fue la entrega de materiales, la utilidad de quien da la cosa para que sea manipulada y la restituya, o del que recibe una obra terminada en la que incluso no ha dado nada siendo a cargo del comitente la búsqueda de los materiales, apunta a la pretensión de unos resultados globales finales cuyo andamiaje jurídico común fue advertido por los juristas romanos, como demuestra las tentativas de explicación de la *probatio operis*⁸³. No teorizaron los juristas romanos la *locatio operis*, pero de los textos se derivan dos hipótesis que Masi⁸⁴ sintetiza de la siguiente manera: 1) Que la *res* sea *locata* para que el *conductor* realice un servicio sobre la misma y la devuelva; 2) Que objeto de la *locatio* sea un *opus faciendum*. En el primer caso el *locator* se obliga a entregar la cosa al *conductor* y pagarle la *merces*, y este último a realizar la actividad que se hubiera comprometido (pudiendo

⁸³ La *probatio operis* exoneraba de responsabilidad al *conductor* por los vicios de construcción y la pérdida de la obra; vid. C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano*, Milano, 1969, 204 ss.

⁸⁴ A. MASI, *Locazione*, cit., 914.

una primera solución pensando en la mayor antigüedad de las *locationes* públicas sobre las privadas; por tanto serían las *locationes* públicas las que proporcionaron no solamente la terminología sino también las líneas fundamentales de nuestro contrato. Mommsen parte de que había dos grandes sectores en el derecho patrimonial romano de la época mas antigua: de un lado el *stipulari spondere* del derecho privado; de otro el *dare locare y emere conducere*. Esto es una generalización de Mommsen con grandes visos de certeza, porque cuando el *ius civile* tardo-republicano reconoció como contratos consensuales la compraventa y el arrendamiento, los juristas clásicos no dejaron de advertir las grandes similitudes entre ambos; es significativo que Gayo acaba su exposición de la compraventa en Gai 3.141 y en el inmediato 3.142 dice:

Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur rell.

a lo que hay que añadir

contratto consensuale di compravendita nel diritto romano, Milano, 1963, 9 ss., y P. LEUREGANS, *L'origine administrative du terme 'locatio' dans la 'locatio-conductio' romaine*, en *Eos*, LXV, 1977, 303 ss.

Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.1: *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium non verbis sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.*

Según Mommsen la *locatio-conductio* nació en la contratación propia de la administración de la comunidad; quizá en principio los dos cónsules se ocupaban de estos temas, y con la diferenciación de tareas entre los nuevos magistrados en la medida que el Estado se iba organizando empezaron a tomar funciones económicas los censores y los questores.

De la administración del patrimonio comunal, tanto del activo como del pasivo se ocupaban los censores, y faltando éstos los cónsules y los pretores. De los contratos con personas para ocupar funciones subalternas se ocupaba cada magistrado, de modo que sería la comunidad quien por primera vez a través de sus magistrados *res et personae locare* (*locatio rei* y *operarum*). Igualmente sería la comunidad la que originariamente concluía las *locatio operis*. Las *locationes rei* y *operis* serían de competencia censoria, mientras que las *locatio operarum* corresponderían a cada magistrado para el mejor funcionamiento de los servicios que tenían encomendados.

tutela procesal. Wlassak y Mitteis pensaban en general en *actiones in factum*; Kaser sin excluir del todo las *actiones in factum* piensa que no constituyeron la única forma de tutela, sino que los contratos consensuales antes de ser amparados por sus respectivas acciones típicas, habían estado protegidas por acciones pretorias modeladas sobre la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Por su parte Broggin⁸² entiende que antes de la *actio locati* de buena fe, los relativos procesos se encauzarían a través de *arbitria bonae fidei* en base al *imperium* del magistrado.

12. El núcleo central de la reflexión jurídica tuvo que ser *locare* y probablemente la figura más antigua habría sido la *locatio rei*, modelo apto para los otros subtipos que van implicando por sí mismos una idea más evolucionada del *locare*; la misma existencia de diversos subtipos dentro de una categoría unitaria ya es indicativa de cómo estos conjuntos de situaciones vistas desde la óptica jurídica conducían a núcleos sistemáticos organizados en torno a la correlación *dare rem-*

⁸² G. BROGGINI, 'Iudex Arbitrere'. *Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, 218 ss.

consigo o sobre sí. La bilateralidad de las obligaciones asumidas entre las partes⁷⁹ (sustancialmente *ultra citroque obligatio*) sería teorizada mucho mas tarde, pero en las XII Tab.⁸⁰ (Gai 4.28) ya puede hablarse de ello. Otra idea que puede darse como segura es que en época predecemviral en un contrato como la compraventa que tantas concomitancias tuvo siempre con la *locatio-conductio* compartiendo dos elementos estructurales precisos: *res* y *pretium (merces)*, ambos con una importantísima función económico-social tuvieron que ser formalizados jurídicamente desde una época muy antigua⁸¹, como asimismo tuvieron que recibir una adecuada protección procesal. Obviamente no hubo que esperar a ser configurado la *locatio* como contrato consensual. Todavía hay quien sostiene que ya había sido reconocida como tal en época de las *legis actiones*, aunque no se ponen de acuerdo sobre los medios de

⁷⁹ Vid. G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 389 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 88 ss.

⁸⁰ Sobre el valor del lenguaje en las XII Tab. vid. con lit. R. Fiori, *La definizione*, cit., 14 ss.

⁸¹ Vid. M. TALAMANCA, voz *Vendita (diritto romano)*, en *Enc. dir.*, LXVI, Milano, 1993, 371.

Todos estos contratos comunales (incluidos en lo que llama Mommsen «Gemeindevermögensrecht») no eran formales; las formalidades serían propias de las relaciones arrendaticias que siguiendo el modelo público comenzaron a practicar los particulares cuando el *conductor* respondía *spondeo* a la pregunta del *locator*. La consensualidad vendría siglos mas tarde.

No puede decirse que la tesis de Mommsen haya sido seguida salvo por un sector doctrinal muy minoritario y en general ha sido ampliamente rechazada⁶⁹. A mi modo de ver debe descartarse esta conexión pública que exigiría que la vida política y la autoridad administrativa de los magistrados romanos hubieran llegado a un grado de desarrollo y cierta perfección de las autoridades administrativas y de los mecanismos de interrelación *inter homines* que no se encuentra en épocas primitivas.

A mi modo de ver, la *locatio-conductio* como fenómeno primariamente económico dirigido a un disfrute mas racional de los bienes, a

⁶⁹ Vid. por ej., y tanto mas interesante en cuanto procede de un historiador, la crítica a Mommsen de G. DE SANTIS, *Storia dei Romani*, IV.2.2, Firenze, 1958, 114 ss.

aprovechar la actividad laboral de los hombres en una economía que comenzaba a contar con artesanos especializados, a pretender un resultado final originariamente en el mercado inmobiliario poniendo o no los materiales la parte que se va a beneficiar de la obra contratada, que se fue ampliando a las actividades de suministro (a las ciudades, al ejército, al arrendamiento de los impuestos), son fenómenos que no necesariamente se produjeron antes en el ámbito público que en el privado. La tesis de Mommsen otorga un plus sobrevalorado la actividad pública en el campo económico (podría decirse desde este punto de vista que se adelantó sesenta años a Keynes, que como es sabido, ensalzó el papel directivo de la inversión pública), situando en manos de las autoridades comunales una función preponderante en las relaciones jurídico-económicas proporcionando modelos a la posterior actividad económica privada, y de ahí la prioridad temporal de las *locationes publicae* sobre las *pivatae*, pero no hay ninguna evidencia de ello. La ciencia económica (con distintos planteamientos ideológicos la escuela austríaca centrada a torno a Hayek, y la de Chicago personificada en Milton Friedman) ha demostrado que las iniciativas en este campo

No veo ninguna afinidad por tanto salvo el *utendum dare* en estas figuras, y no hace falta llegar a la época clásica para ver la diferencia entre negocios jurídicos gratuitos (precario) y onerosos (*locatio-conductio*), de la que tuvieron que ser conscientes los romanos antes de la configuración técnica del arrendamiento como contrato consensual típico del *ius gentium*, lo que también es significativo porque antes tuvo que estar contemplado en el *ius civile vetus*.

11. A modo de conclusiones diré que creo en la autonomía de la *locatio-conductio* desde el momento en que la vida económica exigió ir clarificando situaciones que en un primer momento podían aparecer amalgamadas bajo esquemas generalísimos. La jurisprudencia pontifical en primer lugar, mas tarde la laica junto con la imprescindible función jurisdiccional pretoria tuvieron que ir aclarando los perfiles de la *locatio-conductio* a partir – como dice Betti⁷⁸– de una noción general del *locare* cuyo sentido fundamental era poner a disposición, colocar, situar, con la que confluje el correlativo *conducere*: asumir, tomar

⁷⁸ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1960, 21 ss.

verbis, y a mi modo de ver no hay ninguna coincidencia con la *locatio-conductio* ni entonces ni en la época primitiva, en la que consistía en la concesión gratuita de los patricios a sus clientes de tierras para su cultivo revocable en cualquier momento (*ad nutum*). Su nombre procede de *praeces*, ruegos del precarista al *dominus* para que le permitiera usar y gozar gratuitamente de una concesión graciosa (Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1pr.), y el mismo Ulp. 69 *ad ed.* D. 41.2.10.2 ofrece los elementos para distinguir entre *locatio* y *precarium*: *si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno nummo: sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est*. Tratando de la aplicabilidad del interdicto *unde vi* el jurista se ve en la necesidad de discernir si el supuesto de hecho era un precario o una *locatio-conductio* captando el núcleo diferencial en la *merces* como elemento diferenciador⁷⁷.

⁷⁷ Vid. en este sentido T. MAYER-MALY, '*Locatio-conductio*', cit., 128 ss; I. MOLNAR, *Rechte und Pflichten der Subjekte der 'locatio conductio'*, en *Index*, XII, 1983-84, 169. Sobre la vecindad postclásica entre ambas figuras vid. con lit. P. ZAMORANI, '*Precario habere*', Milano, 1969, 75 ss. Sobre las diferencias con el comodato y la *donatio* vid. R. FIORI, *La definizione*, cit., 276 ss.

siempre las toman los emprendedores individuales, y lo más que me atrevo a decir es que la *locatio* fue utilizada desde el principio tanto por los particulares como por las autoridades públicas; mas probablemente por los particulares aunque claro no hay evidencias de ello. La mención de Cuyacio⁷⁰ que explicaba el arrendamiento por cinco años: *id faciebant exemplo censorum et consulum qui etiam publica locabant in quinquennium*, no parece prueba decisiva del originario carácter público de la *locatio-conductio*, aparte de que es muy aventurado afirmar que los romanos distinguieran entre *publicus* y *privatus* en momentos en que el Estado no había asumido otras tareas que no fueran la defensa hacia el exterior y el mantenimiento de la *pax deorum* en el interior. No tiene sentido por tanto acudir a las *locationes censoriae* y del texto al que se refiere Cuyacio (Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.20.2) para nada se infiere que de estas *locatio* se derivasen las *locationes fundi* entre los particulares.

A pesar del poco peso del texto cuyaciano, Esmein⁷¹ ha pretendido demostrar que

⁷⁰ J. CUJACIUS, *In libros Pauli ad edictum*, en *Id.*, *Opera*, V, Neapoli, 1758, col. 518 sobre la ley *locati*.

⁷¹ P. ESMEIN, *Les baux de 5 ans du droit romain*, en *NRHD*, 1896, 134-137 y 149 nt. 2.

los arrendamientos privados son deudores de los públicos, y entre otros argumentos cita las *locationes censoriae* por un quinquenio. En mi opinión no tiene sentido esta apelación, porque cuando aparece la *locatio* como contrato consensual son las partes las que fijan libremente el período de ejecución y la fecha de terminación del contrato, y no hay ninguna evidencia que no fuera así en períodos anteriores, donde para delimitar la duración del contrato no hay ninguna razón para ajustarla a los arrendamientos censorios.

También Leuregans sigue la tesis de Mommsen y se empeña en demostrar el tránsito de lo que llama *locatio* de derecho administrativo al derecho privado⁷²; no me parecen convincentes sus argumentos.

10. Tampoco parece mas convincente la tesis de Perozzi⁷³ que sostenía el carácter real de la *locatio conductio* incluso en el derecho clásico; las fuentes non dicen que al menos desde el s. II a.C. ya era un contrato consensual, y si nos fijamos en Catón ya estaba plenamente consolidado como o-

⁷² P. LEUREGANS, *L'origine*, cit., 304.

⁷³ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, 289.

bligación personal en el s. III. Ciertamente que en los primeros balbuceos del ordenamiento jurídico romano en que los poderes jurídico-económicos estaban exclusivamente en manos de los *patresfamilias*, muchas instituciones que en el desarrollo posterior fueron netamente admitidas como figuras obligacionales o reales en su caso, no podían diferenciarse según estos esquemas que aún no habían sido calificados como obligaciones o derechos reales. Pero de esta ambivalencia primitiva no puede derivarse sin más un pretendido valor de derecho real de la *locatio-conductio* primitiva.

No mas convincente es la tesis que arranca de Degenkolb⁷⁴ y seguida por Costa, Perozzi y Scherillo⁷⁵ de que la *locatio-conductio* tiene su punto de partida en el *precarium*. Pero el *precarium*⁷⁶ es una relación gratuita que los postclásicos encuadraron entre los contratos innominados tutelados por la *actio praescriptis*

⁷⁴ H. DEGENKOLB, *Platzrecht*, cit., 188 ss.

⁷⁵ E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, 1915, 2 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, 880; G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di scienze lettere e arti*, LII, 1929, 389 ss.

⁷⁶ Vid. A. TORRENT, voz *Precairium*, en *Diccionario*, cit., 968-969.