

EMPTIO (NON) TOLLIT LOCATUM – LA PROTECCIÓN DEL COLONO Y DEL INQUILINO

TAMMO WALLINGA

Universidad Erasmus de Rotterdam / Universidad de Amberes

La *locatio-conductio* es un contrato de largo alcance. Este hecho sirve para suavizar las limitaciones del sistema cerrado del Derecho romano de contratos. Aparte de la posibilidad de dar relevancia y protección jurídica a cualquier pacto que no fuera contrario a los *boni mores* dándole la forma de una *stipulatio* y de la posibilidad de extender el alcance de los contratos *bonae fidei* añadiéndoles *pacta adiecta*, este contrato tiene varias modalidades distintas. Los mismos Romanos se daban cuenta de ello, pero no fue hasta el siglo XVII cuando el jurista neerlandés Johannes Voet (1647-1713) inventó los términos técnicos en Latín (*rei* y *operae*) para distintas manifestaciones de la *locatio-conductio*, que los Pandectistas¹ ampliaron hasta la tripartición que conocemos hoy en día: *locatio-conductio rei* para obtener la disposición temporal de una cosa a cambio del pago de una renta, la *locatio-conductio operarum* para el contrato laboral que consiste en poner el potencial de trabajo a disposición de un patrono durante un período largo o ilimitado a cambio de un sueldo periódico, y la *locatio-conductio operis* para la realización de una obra determinada a cambio de una cantidad de dinero. Este último tipo en sí ya se corresponde con varios contratos modernos: contrato de obra, de transporte, o en casos excepcionales, el tratamiento médico.²

Este artículo trata sobre la *locatio-conductio rei*, y concretamente sobre dos tipos de ella, esto es, la *locatio-conductio* de dos objetos específicos: fincas rústicas y fincas urbanas. En el Derecho romano clásico y justiniano no se distinguen jurídicamente estas de otras cosas corporales que pueden ser arrendadas, aunque en vez del término general *conductor* para designar la parte que paga para tener la cosa a su disposición, aquí se habla de *colonus* e *inquilinus*, respectivamente.³ Pero hay buenos motivos para verlos con otros ojos, siendo diferente, por ejemplo, el caso de un esclavo o de un carro alquilado.

¹ Feenstra considera a Voet el autor de los tres términos modernos, pero existen dudas sobre cuánto se puede atribuir a Voet: véase ZIMMERMANN, R, *The Law of Obligations*, [Oxford 1996], p. 338 nota 1; también D'ORS, Á, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA [10a ed. 2004], § 500 sgg.

² KASER, M, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. Múnich, C.H. Beck, 1970, p. 570.

³ Véase D'ORS (arriba, nota 1), § 501.

La tierra que trabaja el colono y la vivienda en la que vive un inquilino normalmente tienen un papel principal en la vida de estos *conductores*: la posibilidad de ganarse la vida labrando la tierra y tener un lugar fijo para vivir son aportaciones importantes al bienestar del hombre. Y aun a riesgo de aplicar a la Antigüedad un juicio de valor moderno, sin embargo, me parece razonable entender que tierra y vivienda tenían un significado especial para el colono e inquilino hace quince o veinte siglos también. No obstante, como ya se ha observado, no existía un régimen especial para estos objetos concretos de arrendamiento en el Derecho romano clásico y justiniano.

El *conductor* de antaño no gozaba de una protección jurídica especialmente fuerte. Derivaba su posición respecto a la cosa únicamente del contrato, que no le proporcionaba más que una *actio in personam* contra el arrendador (*locator*), que sería normalmente pero no necesariamente, el propietario de la cosa arrendada. El propietario disponía de una *actio in rem*, la *reivindicatio*, que le permitía reclamar la cosa de cualquier poseedor. Además tenía la *actio ad exhibendum* para obtener la posesión de una cosa mueble, o el *interdictum quem fundum* para un inmueble, cuando el poseedor se negaba a ir a juicio. Luego existían también otros interdictos (*utrubi; uti possidetis; unde vi*).

De todo esto, el *conductor* no tenía nada. Si alguien le molestaba en su disfrute de la cosa no le quedaba más remedio que acudir al *locator*, que podía tomar medidas contra el tercero. Con la *actio conducti*, el *conductor* intentaba recuperar la disposición, pero si no lo conseguía, la acción le servía para obtener una indemnización del *locator*. La cantidad con la que era indemnizado dependía del comportamiento previo del *locator*: si se le podía hacer algún reproche o no. En el caso afirmativo, el *locator* respondía por *id quod interest*, el interés completo que tenía el *conductor* en el contrato; en el caso contrario, la indemnización se limitaba a la restitución de la renta pagada o la liberación de la renta debida durante el período de tiempo en que el *conductor* no pudo disponer de la cosa. Sin embargo, el *conductor* tenía que aceptar ciertas molestias, por ejemplo cuando el *locator* tenía que hacer reparaciones necesarias, como nos muestra el siguiente texto:

D. 19,2 (Locati conducti),²⁷ (Alfenus libro secundo digestorum)pr

Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet.

D. 19,2 (Las acciones de locación y conducción),²⁷ (Alfeno, *Digesta* 2)pr

A los inquilinos que no pudieran usar con toda comodidad alguna parte de la vivienda, no por eso les corresponde una deducción de la pensión, pues el inquilino lo es con la condición de que si algo inconveniente ocurriese, a causa del cual el propietario debiera hacer alguna demolición, habrá de soportar esa pequeña incomodidad, aunque no, sin embargo, que el propietario deje al descubierto aquella parte de la vivienda de la que el inquilino hace el uso principal.⁴

⁴ Traducción D'ORS et al., *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, Aranzadi, 1968-1975, con algunas correcciones.

Una pregunta específica sobre la posición del arrendatario es: ¿Qué pasa si el arrendador vende la cosa mientras está en vigor el contrato de arrendamiento? Con respecto a esta situación se ha llegado a utilizar la expresión *emptio tollit locatum*, que quiere decir que al final, la posición del comprador es más fuerte que la del arrendatario. Así que, como dice Gayo, el arrendador que decide vender la cosa arrendada tiene que tener cuidado, porque si el comprador no permite al arrendatario seguir disfrutando de la cosa, pagará el arrendador porque el arrendatario puede demandarle en base al contrato de arrendamiento:

D. 19,2 (Locati conducti), 25 (Gaius libro decimo ad edictum provinciale),1

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.

D. 19,2 (Las acciones de locación y conducción),25 (Gayo, Comentario al edicto provincial, 10),1

El arrendador de un fundo o de una habitación, si por algún motivo vende el fundo o la casa, debe precaverse de que sea permitido al colono disfrutar y al inquilino habitar en las mismas condiciones, por parte del comprador; si no, el arrendatario impedido podrá demandarle por la acción de conducción.

Otro texto, en el Códex de Justiniano, deja entrever cómo el arrendador puede arreglar las cosas de manera que el arrendatario siga disfrutando de la cosa:

C. 4,65,9 *Idem A.[Alexander Severus] Fusco militi*. Emptori quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus 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. PP. VIII Id. Sept. Maximo II et Urbano cons.

C. 4,65,9 *El mismo Augusto al soldado Fusco*. El comprador de un fundo no está ciertamente obligado a conservar al colono a quien el dueño anterior lo dio en arrendamiento, si no compró con esa condición. Pero si se probase que por algún pacto consintió que permaneciera en el mismo arrendamiento, aunque haya sido sin escritura, está obligado por acción de buena fe a cumplir lo que se pactó. *Publicada a 8 de las Idus (día 6) de Septiembre, bajo el segundo consulado de Máximo y el de Urbano*. [234]⁵

El texto dice claramente que en principio, el comprador no está obligado frente al colono. Esto tiene su lógica: el contrato de arrendamiento no tiene ningún efecto para el comprador, que no es parte en aquel; tan sólo crea derechos y obligaciones entre arrendador y arrendatario. Si el comprador obtiene la propiedad de la cosa arrendada y le priva al arrendatario de la disponibilidad, éste puede demandar al arrendador por la pérdida del disfrute de la cosa. Como no es posible restablecer la posición del arrenda-

⁵ Traducción GARCÍA DEL CORRAL, I, *Cuerpo del Derecho civil romano*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1988 (reimpresión de la edición Barcelona, J. Molinas, 1889-1898), con algunas correcciones.

tario, éste no obtiene más que derecho a una indemnización –normalmente, su interés completo en el contrato– a cargo del arrendador. Y con razón, dado que ha tenido a bien vender la cosas antes de terminar el período previsto del contrato de arrendamiento.

Hay otra situación diferente si el vendedor (a la vez el arrendador) hace insertar en el contrato de compraventa un *pactum adiectum* en el que el comprador se obliga a respetar la posición del arrendatario. Este pacto, añadido a un contrato en el que no es parte, no le da ningún derecho directo al arrendatario. Si el comprador expulsa al arrendatario, éste puede demandar tan sólo al arrendador. Esta vez, sin embargo, el arrendador no es el que al final paga el daño. Puede interponer una demanda –en un segundo procedimiento, con la *actio venditi*– basada sobre el pacto contra el comprador. Éste, por no atenerse al pacto, responde por el daño sufrido por el vendedor, que será la cantidad de indemnización pagada por él en el primer procedimiento, iniciado por el arrendatario con la *actio conducti*.

Incluso en el segundo caso, cuando se ha hecho el pacto entre vendedor y comprador, éste puede quitarle al arrendatario el disfrute de la cosa, como confirma también una glosa sobre el texto C. 4,65,9:

Glosa *Locavit* ad C. 4,65,9.⁶

Locavit. Immo eum iuste repellere potuit, nisi iustam habuit tenendi causam ut D. de vi et vi armata l. Colonus.

Lo dio en arrendamiento. Es más, tiene derecho a echarlo, a no ser que disponga de una causa justa para tener la cosa, como en D. 43,16,12.

La glosa se refiere en una *allegatio* al texto D. 43,16,12. Allí se describe el caso de un colono que se niega a entregar la tierra arrendada al comprador que viene a tomar posesión con permiso del arrendador que le ha vendido la tierra. Luego el comprador toma posesión con violencia, y el arrendatario tiene contra él el *interdictum Unde vi*, pero por otro lado el arrendador tiene el mismo interdicto contra el arrendatario, por haberle quitado con violencia la posesión al arrendador, al negarse a entregar la tierra al comprador. Todo esto, a no ser que el arrendatario tenga una justa causa –que no llega el texto a explicar con más detalle.

La situación en el Derecho romano se resume en la expresión *emptio tollit locatum*. Merece la pena detenernos un momento para analizar el significado exacto de esta expresión. No es tanto el contrato de compraventa (la *emptio*) lo que afecta la posición del arrendatario; sólo después de la entrega de la cosa al comprador –lo que normalmente le convierte en propietario, y en todo caso en poseedor– éste está en condiciones para expulsar al arrendatario. Tampoco *tollit locatum* es una expresión de gran precisión jurídica: el contrato de arrendamiento no se ve afectado, sino que sigue existiendo y es el fundamento de la *actio conducti* que el arrendatario puede ejecutar contra el arrendador que ha dejado de proporcionarle el disfrute de la cosa. Lo que en realidad *tollitur* es el disfrute del arrendatario.

Jurídicamente hablando, todo está en orden. Aunque le gustará poco al arrendatario no tener el aprovechamiento durante todo el período de arrendamiento, se le indem-

⁶ Ms Avranches, Bibliothéque Municipale 141, fol. 75r.

niza por la parte que le falta y por los demás daños que puedan surgir. El texto C. 4,65,9 resume muy bien la situación que resulta cuando se enajena una cosa arrendada, y se convirtió en la Edad Media en lo que se llama la *sedes materiae* de este problema, el texto central al que los Glosadores y juristas más tardíos conectaron sus comentarios. Y no se limitaron simplemente a explicarlo, sino que además idearon otros varios para mejorar la posición del arrendatario. Los textos que siguen a continuación son ejemplos de ello, que en gran parte remontan a la época más temprana de la recepción del *Corpus Iuris Civilis* en la universidad de Bolonia.⁷

Los Glosadores y C. 4,65,9

Los Glosadores, como ya se ha dicho, utilizaron el texto de C. 4,65,9 como punto de partida para sus comentarios sobre el problema de la venta de la cosa arrendada, estableciendo la conexión con varias palabras del texto y así analizando el significado del texto de manera pormenorizada. Un primer ejemplo es la siguiente glosa, que relata una opinión del Glosador Johannes Bassianus:⁸

Glosa *Colonum* ad C. 4,65,9.⁹

Colonum. An idem in inquilino? Utique secundum Io(hannem) B(assianum), ut sic ff. de usufructu l. Arbores.

El colono. Es igual para el inquilino? Ciertamente, según Juan Basiano, como en D. 7,1,59.

Aunque en el texto se contempla el caso de un colono, un *conductor* de una finca rústica, Johannes Bassianus extiende la aplicación del texto al inquilino, el *conductor* de una finca urbana.

El siguiente texto contiene un comentario importante de Azón, que dice que el propio arrendatario o su sucesor a título particular puede expulsar al arrendatario:

Azón, *Summa Codicis* ad C. 4,65,9.¹⁰

Item locator vel singularis eius successor, ut emptor cui vendidit, auctoritate sua potest expellere conductorem. Nec enim possidet conductor temporalis, immo dominus videtur possidere.

⁷ Para este artículo se han aprovechado los resultados de una investigación llevada a cabo por Eltjo Schrage, entonces catedrático de Derecho romano en la Universidad Libre de Amsterdam, sobre una colección de microfilms de varios manuscritos jurídicos. Véase SCHRAGE, E.J.H., *Koop breekt geen huur. Enige grepen uit de geschiedenis van het geleerde recht inzake de gevolgen van de vervreemding van een verhuurde zaak*, Deventer, Kluwer, 1984.

⁸ Sobre este Glosador: WALLINGA, T., «La Lectura Institutionum de Johannes Bassianus», *Glossae* 13 (2016) pp. 655-669 (con bibliografía).

⁹ Mss Bamberg, Staatliche Bibliothek, *Jur.* 21, fol. 84va; Bamberg, Staatliche Bibliothek, *Jur.* 22, fol. 85ra; Bruselas, Koninklijke Bibliotheek, 125, fol. 79rb; París, Bibliothèque Nationale, *Lat.* 4527, fol. 91vb. Por cierto, se trata de una variante textual, ya que el texto de C. 4,65,9 que hemos utilizado tiene *colono*. He decidido dejar de lado los problemas textuales, porque al fin y al cabo no afectan al contenido del texto.

¹⁰ Citado según la edición *Summa Azonis sive locuples iuris civilis thesaurus ...*, Venetiis, apud Societatem Minimam, 1610.

También el arrendador o su sucesor a título particular, como el comprador al que vendió, puede expulsar al arrendatario. Porque el arrendatario temporal no posee, más bien se considera que posee el propietario.

Por un lado, Azón subraya que no sólo el arrendador mismo, sino todo sucesor a título particular puede expulsar al colono, dado que éste no posee; posee el propietario, es decir el arrendador (antes de ser entregada la cosa al comprador) o el comprador (después de la entrega, suponiendo conllevase la transmisión de la propiedad). Por otro lado añade Azón un detalle muy importante: habla del *conductor temporalis*, el arrendatario temporal. Esto implica una distinción entre dos tipos de *conductor* que se hará más explícita en otras glosas. La hizo ya Irnerio (ca. 1120),¹¹ pero sin darle mucha importancia para la posición del arrendatario:

Irnerio, glosa *Colonum* ad C. 4,65,9.¹²

Colonum. Sive perpetuum, sive temporalem, qui expulsus agit ad interesse cum locatore. Yr.

El colono. Sea perpetuo, sea temporal, que después de ser expulsado demanda al arrendador por su interés. Irnerio.

El arrendatario perpetuo al que se refiere Irnerio es el que tiene en arrendamiento un *ager vectigalis*. Esta forma de arrendar podía hacerse *in perpetuum*, y así Irnerio distingue entre arrendatario temporal y para siempre, aunque sin sacar consecuencia alguna de la distinción. Sin embargo, Placentino († 1192)¹³ formuló la regla de que los que tienen un *ius in re*, un derecho real, no están obligados a ceder al sucesor a título particular del arrendador, mencionando como ejemplos al superficiario y al arrendatario de un *ager vectigalis*:

Glosa *Colono* ad C. 4,65,9.¹⁴

Colono. Nisi talis sit qui habeat ius in re, veluti superficiarius, vel conductor fundi vectigalis, vel qui possidet achronetica predia post XXX annos, ut infra de fundis patrimonialibus l. Iubemus. P. et ff. de usufructu l. Arbores.

El arrendatario. A no ser que sea el que tiene un derecho real, como el superficiario, o el arrendatario de un *fundus vectigalis*, o el que posee fundos que obtuvo después de ganar en los juegos durante más de 30 años, como se dice en C. 11,62,14, Placentino, y en D. 7,1,59.

Luego Azón persigue las ideas de los comentarios de Irnerio y Placentino. Azón interpreta al arrendatario perpetuo de Irnerio como un arrendatario por largo tiempo;

¹¹ LANGE, H, *Römisches Recht im Mittelalter, Band I, Die Glossatoren*, Múnich, C.H. Beck, pp. 154 sgg.

¹² Mss. Avranches, Bibliothèque Municipale 141, fol. 75r; Bamberg, Staatliche Bibliothek, *Jur.* 21, fol. 84va; Berlín SBPK, Lat. fol. 408, fol. 74ra; Bruselas, Koninklijke Bibliotheek, 125, fol. 79rb; París, Bibliothèque Nationale, *Lat.* 4523, fol. 80vb; París, Bibliothèque Nationale, *Lat.* 4527, fol.91vb; París, Bibliothèque Nationale, *Lat.* 4534, fol. 79ra; Stuttgart, Württembergische Landesbibliothek, *Jur.* fol. 71, fol. 77rb; Città del Vaticano, *Vat. lat.* 11152, fol. 87vb.

¹³ LANGE (arriba nota 11), pp. 207 sgg.

¹⁴ Ms Stuttgart, Württembergische Landesbibliothek, *Jur.* fol. 71, fol. 77rb.

por otro lado existiría el arrendatario por breve tiempo. Esta distinción la pone en conexión con la regla de Placentino de que es imposible expulsar al que tiene un *ius in re* sobre la cosa:

Azón, *Summa Codicis* ad C. 4,65,9.¹⁵

Colonus autem perpetuus vel qui conduxit non ad modicum tempus non potest impune expelli cum habeat ius in re et naturalem possessionem, ut ff. si ager vec. l. i. en ii.

El arrendatario perpetuo o el que alquiló por largo tiempo no puede ser expulsado impunemente porque tiene un derecho real y posesión natural, como se dice en D. 6,3,1-2.

Según Azón, el arrendatario que alquiló para siempre o por largo tiempo no puede ser expulsado porque está protegido por un derecho real y además tiene *possessio naturalis*, es decir que es uno de esos detentadores que disponen de un interdicto, lo que implica que puede defender su posición sin tener que acudir al arrendador. Queda abierta la pregunta: ¿qué es largo tiempo y qué es corto tiempo? Parte de la respuesta está en la siguiente glosa:

Glosa *Colono* ad C. 4,65,9.¹⁶

Colono. Intelligendum est de eo colono qui ad lustrum conduxit, qui ius non habet in re; non qui perpetuo conduxit.

El arrendatario. Debe entenderse ese arrendatario que alquiló por cinco años, que no tiene un derecho real; no el que alquiló para siempre.

Corto tiempo es el término regular para arrendamientos de fincas rústicas en Derecho romano: cinco años.¹⁷ Al parecer, más de cinco años todavía no es largo tiempo; no hubo unanimidad sobre este tema. La mayoría de los Glosadores parece haber optado por el término de diez años de la *praescriptio longi temporis*.¹⁸

Una manera de proteger más al arrendatario, es, pues, la distinción entre arrendatario por corto y largo tiempo y la atribución a este de un derecho real. Pero los Glosadores crearon otra opción también. En el texto C. 4,65,9 se habla del pacto que el vendedor tiene que hacer con el comprador para que éste deje al arrendatario disfrutar de la cosa durante el término previsto en el contrato que tiene con el vendedor / arrendador:

Glosa *Ea lege* ad C. 4,65,9.¹⁹

Ea lege. Quam legem venditor semper ponere debet, scilicet ut colonus in conductione remaneat: alioquin ex conducto tenetur, ut ff. eodem <l.> Si merces, Inst. eodem.

Con esta condición. La condición que el vendedor tiene que poner siempre, es decir, que el arrendatario siga en su arrendamiento: de otra manera, responde en base al arrendamiento, como en D. 19,2,25; Inst. 3,24.

¹⁵ Arriba, nota 10.

¹⁶ Ms Città del Vaticano, *Vat. lat.* 1427, fol. 124va.

¹⁷ Véase KASER (arriba, nota 2), p. 568.

¹⁸ SCHRAGE (arriba, nota 7), p. 16.

¹⁹ Mss Berlín SBPK, Lat. fol. 408, fol. 74ra; Londres British Museum, Harley 5117, fol. 84ra; Múnich, Bayerische Staatsbibliothek, Clm. 22, fol. 88vb.

El vendedor tiene que estar atento al establecer este pacto, porque responde *ex conducto* por el daño sufrido por el arrendatario expulsado, y sólo puede recobrar este daño del comprador si se ha incorporado el pacto en el contrato de compraventa. De todas las formas, el pacto no sirve directamente para mantener al arrendatario, al que el comprador todavía puede expulsar:

Glosa *Parere* ad C. 4,65,9.²⁰

Parere. Set et isto casu poterit eum expellere, set tenebitur ad interesse venditori et venditor conductori, ut ff. e. Si fundus et hec. H(u)golinus).

Cumplir. Pero incluso en este caso lo puede expulsar, sin embargo, responderá hacia el vendedor por su interés, y el vendedor hacia el arrendatario, como en D. 19,2,33 y aquí. Hugolino.

Sin embargo, la existencia del pacto implica que al final, será el comprador que paga el daño si opta por expulsar al arrendatario. No se le obliga de manera directa (*praecise*) a soportar al arrendatario, sino de manera indirecta (*causative*), por medio de la amenaza de tener que pagar el daño. Pero algunos Glosadores interpretaron el pacto de otra manera muy distinta:

Glosa *Consensisse* ad C. 4,65,9.²¹

Consensisse. Scilicet emptorem colono.

Consintió. Es decir, el comprador con el colono.

En este caso, no se puede tratar de un *pactum adiectum* al contrato de compraventa, porque en ese contrato el arrendatario no es parte, sino tercero. Se tiene que tratar de un nuevo contrato entre comprador y arrendatario:

Glosa *Cogitur* ad C. 4,65,9.²²

Cogitur. Intelligitur enim locatio nova inter eos contracta.

Está obligado. Porque se entiende que se ha hecho un nuevo arrendamiento entre ellos.

Las palabras *aliquo pacto consensisse* se interpretaron así como contrato nuevo en vez de cláusula en el contrato de compraventa. Para estos Glosadores no había problema para interpretar el término *pactum* como acuerdo vinculante, sinónimo con el *contractus* del Derecho romano.

²⁰ Ms Berlín SBPK, Lat. fol. 408, fol. 74ra.

²¹ Mss Bamberg, Staatliche Bibliothek, *Jur.* 22, fol. 85ra; Montpellier, Bibliothèque Universitaire, *Méd. H* 83, fol. 89rb; Londres British Museum, Harley 5117, fol. 84ra; París, Bibliothèque Nationale, *Lat.* 4523, fol. 80vb; París, Bibliothèque Nationale, *Lat.* 4527, fol. 91vb.

²² Mss Bamberg, Staatliche Bibliothek, *Jur.* 22, fol. 85ra; Londres British Museum, Harley 5117, fol. 84ra; Munich, Bayerische Staatsbibliothek, *Clm.* 22, fol. 88vb; Montpellier, Bibliothèque Universitaire, *Méd. H* 83, fol. 89rb; París, Bibliothèque Nationale, *Lat.* 4519, fol. 94vb; París, Bibliothèque Nationale, *Lat.* 4523, fol. 80vb; Città del Vaticano, *Vat. lat.* 1427, fol. 124va; Città del Vaticano, *Vat. lat.* 11152, fol. 87vb.

Los Comentaristas

Estas fueron las soluciones encontradas por los Glosadores para darles al colono y al inquilino una posición más fuerte frente al arrendador y sus sucesores a título particular. Sin embargo, de la época posterior a la formación de la Glosa Magna de Acursio (ca. 1260) aparecen otras dos construcciones más.

La primera está en una forma especial de arrendamiento, la *colonia partiaria* (aparcería). En el Digesto ya se encuentra esta forma de arrendamiento rústico, en el que el colono paga al arrendador un porcentaje de la cosecha. El propietario de la tierra y el arrendatario se reparten la cosecha y tienen el mismo interés en un buen rendimiento, y sufren las pérdidas por igual cuando la cosecha es mala. En el Digesto ya se hace la comparación entre la aparcería y el contrato de sociedad: tal y como los socios comparten ganancias y pérdidas, también lo hacen el arrendador y el colono:

D. 19,2,25,6 (fragmento)

(...) apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

(...) Ya se entiende que hablamos de un colono que tomó en arriendo por dinero, ya que el colono aparcerero reparte con el propietario del fundo los daños y lucros como por derecho de sociedad.

En D. 17,2,16,1 se pone el ejemplo de dos personas que hacen un contrato de sociedad por un período de tiempo determinado y pactan que ninguno de los dos se puede retirar durante ese período ni pedir la división. Cada uno de los socios tiene la opción de vender su parte de la sociedad, pero si su sucesor ejercita una acción de división, su demanda será paralizada por la excepción del otro socio basada en el pacto de las partes contratantes originales:

D. 17,2 (Pro socio),16 (Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum),1

Qui igitur paciscitur ne dividat, nisi aliqua iusta ratio intercedat, nec vendere poterit, ne alia ratione efficiat, ut dividatur. sed sane potest dici venditionem quidem non impediri, sed exceptionem adversus emptorem locum habere, si ante dividat, quam divideret is qui vendidit.

D. 17,2 (La acción de socio),16 (Ulpiano, comentario a Sabino libro 30),1

Así pues, el que pactó que no se divida, a no ser que interceda otra justa razón, no podrá vender, para que no se divida de otra manera; pero, ciertamente, puede decirse que la venta no se impide, sino que tendrá lugar una excepción contra el comprador si quisiera dividir antes de que pudiera hacerlo el vendedor.

El Comentarista Jacobus Butrigarius (ca. 1273-1348)²³ aplica este texto a la aparcería, y al arrendador le considera como a un socio cuyo demanda de división puede ser para-

²³ LANGE, H – KRIECHBAUM, M, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II, Die Kommentatoren*, Múnich, C.H. Beck, 2007, pp. 621 sgg.

lizada por una excepción. Así un sucesor del arrendador no puede echar al colono que tiene el fundo en aparcería:

Jacobus Butrigarius ad D. 19,2,25,1

Qui fundum. Distingue quia aut colonus erat partiarius et non potest eum expellere, quia non est proprie locatio, set societas, ut l. Cum duobus, Si inchoandam supra pro socio (D. 17,2,52,2) et emptor cogitur stare pacto sociorum, ut l. Denique, supra pro socio (D. 17,2,16).

El arrendador de un fundo. Distingue, porque el colono era aparcerero, y no lo puede expulsar, porque no es propiamente arrendamiento, sino sociedad, como en D. 17,2,52,2 y se obliga al comprador atenerse al pacto de los socios, como en D. 17,2,16(1).

La última manera de proporcionarle más protección al arrendatario contra el sucesor del arrendador es una creación del famoso jurista Bártolo de Saxoferrato (1313-1357).²⁴ A pesar de lo que habían ideado los Glosadores, el colono o inquilino por corto tiempo todavía estaban relativamente desprotegido a la hora de intentar proteger su posición en relación con la cosa arrendada; no obtenía un *ius in re*. Bártolo se aconseja pedir un derecho de hipoteca sobre el patrimonio entero del arrendador. De este modo, el arrendatario se provee de un *us in re*, que será capaz de defender también contra el sucesor a título particular:

Bartolus, Comm. ad C. 4,65,9.²⁵

... Sed volo vobis dare talem doctrinam. Ratio huius legis est hec, quia colonus nullum ius habet in re sed habet obligatam personam domini locantis. Sed illa obligatio personalis non tenet emptorem, merito emptor non cogitur stare. Sed si ponerem colonum habere ius in re ut quia conduxit ad non modicum tempus, tunc ei emptor tenetur stare, cum enim habeat utile dominium et sic actionem, multo fortius exceptionem, ut l. 1 § Quod ait ff. de superfi.

Et per hoc alias dixi quod quando de locatione fit instrumentum et in stipulatione obligant partes hincinde omnia bona pro observatione predictorum quod tunc ratione predictae obligationis potest dicere colonus vel inquilinus: ego habeo ius hypothecae in re et sic nolo recedere donec mihi satis fiat de pena vel interesse meo cum hec res iam sit mihi obligata; et ita iam de facto dixi et obtinui ...

... Pero les quiero presentar esta doctrina. La razón de esta ley es esta, que el colono no tiene ningún derecho real, pero tiene obligada a la persona del arrendador. Sin embargo, aquella obligación personal no obliga al comprador, y correctamente no se obliga al comprador a conservar el colono. Por otro lado, si propusiera que el colono tiene un derecho real porque arrendó por largo tiempo, entonces se obliga al comprador a conservar el colono, porque entonces tiene la propiedad útil y así una acción, es más, una excepción, como en D. 43,18,1,3.

Y por ende he dicho en otro lugar que, cuando se hace una escritura sobre el arren-

²⁴ LANGE-KRIECHBAUM (arriba, nota 23), pp. 682 sgg.

²⁵ BARTOLI A SAXOFERRATO, *Iuris omnia opera ... tom. VII, in primam Codicis partem*, Venetiis 1596.

damiento y las partes obligan mutuamente todos sus bienes en observancia de lo que se ha dicho, entonces con motivo de esta obligación el colono o el inquilino puede decir: yo tengo un derecho de hipoteca sobre la cosa y así me niego a retirarme hasta que no se me satisfaga en cuanto a mi recompensa o interés, porque esta cosa me está obligada. Y esto ya lo he dicho en un caso práctico y he tenido éxito ...

Aún así, al momento de ejercer su derecho de hipoteca el *conductor* todavía no va a conseguir mantener su disfrute de la cosa; lo que puede conseguir es la venta forzada (de una parte) del patrimonio del arrendador y tiene preferencia sobre lo obtenido en la subasta. Pero la amenaza de la venta forzada pesaría más sobre el arrendador que la de una simple condena a pagar una indemnización, y por este motivo tendrá más cuidado cuando se presenta la oportunidad de enajenar la cosa arrendada. Lo que llama especialmente la atención en este texto es que Bártolo nos informa que ha dado este consejo en la práctica, y que ha funcionado.

CONCLUSIÓN

En principio es verdad que jurídicamente hablando, no hay mucho motivo para criticar la solución del Derecho romano clásico y justiniano para la situación que nace al enajenarse la cosa arrendada durante la vigencia del contrato. Gana el comprador, en el sentido de que consigue la posesión inmediata de la cosa; el arrendatario recibe una indemnización por la pérdida del disfrute de la cosa. Sin embargo, se podría haber optado por la solución contraria, que es más habitual en codificaciones modernas.²⁶ Opciones parecidas se dan en el caso de la venta de cosa ajena: el Derecho romano se pone del lado del propietario, pero sistemas modernos de Derecho privado suelen proteger al adquirente de buena fe. Se trata de preferencias distintas al nivel de política jurídica – hoy en día: lo que elige el legislador.

Es interesante que los Glosadores optaron por un camino distinto al que parecía prescribirles el *Corpus Iuris Civilis* que estudiaban. Analizaron la situación existente después de la venta de la cosa arrendada, tomando como su punto de partida al texto C. 4,65,9, y buscaron maneras de mejorar la posición de arrendatario. Sobre todo la del colono, el *conductor* de fundo agrícola, pero por analogía también la del *inquilinus*, el *conductor* de una vivienda. Implícitamente parecen haber establecido la distinción entre estos dos *conductores* frente a los de otras cosas. En las glosas no hay discusión sobre si es deseable proteger especialmente a estos dos *conductores*; entre los Glosadores se da por hecho que es así. Este es un hecho remarcable que suscita la pregunta: ¿de dónde viene? No me consta ninguna constitución imperial, por ejemplo, como fuente de esta idea; aunque algunos emperadores como Federico Barbarossa y Federico II sí publica-

²⁶ Por ejemplo la neerlandesa, tanto la de 1838 en su artículo 1612 como la nueva de 1992 en su artículo 7:226, párrafo 1 «Overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft (...) door de verhuurder doen de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst (...) overgaan op de verkrijger. = La transferencia de propiedad de la cosa a la que se refiere el contrato de arrendamiento (...) por el arrendador transfiere los derechos y obligaciones del arrendador resultantes del contrato de arrendamiento (...) al adquirente.»

ron varias constituciones nuevas que incluso fueron incorporadas al *Corpus Iuris Civilis*. Los Glosadores no se refieren a ninguna fuente semejante. Es posible que en la práctica jurídica se necesitasen argumentos a favor del *conductor* tal y como los desarrollaron los Glosadores –pero los Glosadores no destacan por su actividad en la práctica. Son más bien los juristas de las generaciones más tardías, después de la formación de la Glosa Magna de Acursio –los Comentaristas, también llamados Post-Glosadores o Consilia-tores – los que escribieron muchos *consilia* para la práctica. Un ejemplo lo hemos visto arriba: Bártolo, que en su comentario a C. 4,65,9 nos expone una solución que ha utilizado con éxito en un caso práctico.

¿Qué más se puede descubrir sobre este tema? Es una pregunta para tener en la mente cuando vamos a leer más fuentes –al ser posible, nuevas– del pensamiento de los Glosadores.²⁷ ¿Puede ser que exista una conexión con (los cambios en) las condiciones sociales de la explotación del suelo? Esta es una pregunta de otro tipo, no tanto jurídico-dogmática, sino más bien de carácter político-jurídico o sociológico. Un tema para otro artículo.

ABSTRACT: This article studies the position of the *conductor* in the case of *locatio-conductio rei* of land and houses, after the object of the sale has been sold before the end of the period foreseen in the *locatio-conductio*. In classical and Justinianic Roman law, the buyer can drive out the *colonus* of land or the *inquilinus* of a house and they can only address themselves to their *locator* for damages. In the Middle Ages, the Glossators and Commentators tried to find ways to provide the *colonus* and *inquilinus* with better means of protection against the buyer.

KEYWORDS: *locatio-conductio rei* of land and houses; *colonus*; *inquilinus*; sale of the object of the lease; *emptio tollit locatum*; protection of the *conductor* against the buyer; developments in Medieval times.

²⁷ Desgraciadamente, los *Casus Codicis* de Wilhelmus de Cabriano (en realidad una *Lectura* de Búlgaro sobre el Códex de Justiniano del año académico 1156-1157) no contienen ningún comentario sobre C. 4,65,9: WALLINGA, T, *The Casus Codicis of Wilhelmus de Cabriano* [Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 182], Frankfurt am Main, Klostermann, 2005. El texto no parece haber creado polémica entre los primeros Glosadores: no se encuentra nada en las *Dissensiones Dominorum*, las recopilaciones tempranas de las diferencias de opinión entre Glosadores: HAENEL, G, *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui Glossatores vocantur*, Leipzig 1834 (reimpresión: Aalen, Scientia, 1964).

LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA COMPRAVENTA ROMANA EN EL DERECHO EUROPEO. HACIA UN NUEVO CONTENIDO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL SIGLO XXI: *CAVEAT EMPTOR**

The rules and principles of the Roman Law on sales in the current European Law. A contribution to the sales contract law of the 21st century: caveat emptor

AMPARO MONTAÑANA CASANÍ
Universitat Jaume I (Castellón-España)

Resumen: En el momento actual de globalización económica, debido a la influencia del Derecho anglosajón en la formación de la nueva *lex mercatoria*, el principio *caveat emptor* ha sido adoptado por el ordenamiento jurídico internacional y la práctica mercantil. En nuestro ordenamiento el principio *caveat emptor* se ha introducido a partir de la práctica negocial en el ámbito de algunos contratos de naturaleza mercantil, como en el caso del contrato compraventa de empresas.

Palabras clave: *caveat emptor*, compraventa de empresas, modelo analítico de contratación.

Abstract: In an era of economic globalization, as a consequence of the influence of the Common Law in the formation of a new *Lex Mercatoria*, the *caveat emptor* principle has been adopted by international law, as well as by trade practice. In our legal system, the *caveat emptor* principle has been introduced from the legal practice in some business contracts, such as in the corporate acquisitions.

Keywords: *caveat emptor*. Corporate acquisitions. Analytical Contracting Model.

* El presente trabajo deseo dedicárselo al Prof. Dr. D. Justo García Sánchez, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo, como muestra de agradecimiento.

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Imposición en la praxis negocial del modelo analítico de contrato de compraventa de empresas y del principio *caveat emptor*. III.—Principio *caveat emptor*. IV.—Modelo analítico de contratación en la compraventa de empresas. V.—Relaciones causa-efecto entre las «due diligence» y las «manifestaciones y garantías». VI.—Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del tema propuesto y enlazando con anteriores trabajos presentados en esta misma sede¹, dedicaré mi intervención a un principio o máxima romana *caveat emptor*, retomado en sede de incumplimiento contractual en el ámbito de algunos contratos de naturaleza mercantil, como en el caso del contrato de compraventa de empresas².

Existen históricamente tres sistemas de regular el incumplimiento contractual cuando éste consiste en la falta de adecuación de la cosa vendida en cuanto a las cualidades que ésta debe tener de acuerdo con el contrato. A saber, y por orden histórico: *caveat emptor*, acciones edilicias, y el principio de conformidad. En cualquier caso ninguno de los tres responde a una necesidad esencial del contrato, siendo desde un punto de vista técnico, cualquiera de sus soluciones tan válida como otra³.

El principio *caveat emptor* fue el que en su origen rigió en las compraventas específicas en Roma. Según este principio, el vendedor sólo respondía de aquellas cosas que expresamente había prometido⁴.

¹ MONTAÑANA CASANÍ, A., «La *actio quanti minoris* en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías» en P. RESINA (Coord.) *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, Universidad de Almería, 2012, 393-408; «Hacia un nuevo contenido de la *actio quanti minoris* en el régimen del incumplimiento contractual del siglo XXI. La acción de rebaja del precio en la ley 23/2003 de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo» en *Revista Internacional de Derecho Romano, RIDROM 11*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, 510-548; «Un supuesto de adaptación al Derecho europeo en materia de incumplimiento contractual a la luz de la STS de 4 de marzo de 2013» en J.R. ROBLES, (Coord.) *Las actividades de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, Pamplona, Aranzadi, 2015, 199-208.

² Al hacer referencia a la naturaleza mercantil del contrato de compraventa de empresa, no pretendemos afirmar su carácter mercantil, sino referirnos a que es objeto de estudio del Derecho mercantil por razón de la materia. Sobre el carácter mercantil o civil del contrato de compraventa de empresa ver: VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, 23ª ed., Valencia, Tirant Lo Blach, 2012, p. 404-406; vol II, 23ª ed., p. 1579-1585, El autor defiende el carácter civil del contrato de compraventa de empresas, por no existir identidad de razón con la compraventa mercantil delimitada y regulada en los art. 325 y ss C.co.

³ MORALES MORENO, A.M., «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa» en *Anuario de Derecho Civil LXV*, BOE, 2012, 5-28.

⁴ MONTAÑANA CASANÍ, A., «La responsabilidad por vicios ocultos en los Fueros de Valencia» en A. MURILLO (Coord.) *La responsabilidad civil de Roma al Derecho Moderno. IV Congreso Internacional*