

BREVES NOTAS ACERCA DEL ORIGEN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN DERECHO ROMANO¹

LUZ AMPARO SERRANO QUINTERO²

Resumen: El artículo, toma como referencia un marco histórico que se extiende de la economía agraria de la primitiva Roma, a la economía de mercado de la Roma imperial. En este contexto, se pone de manifiesto las distintas teorías que explican el surgimiento del contrato de arrendamiento como contrato consensual, desde el ámbito del Derecho público, o como una evolución propia de la expansión de Roma, esto es, producto de la evolución de los contratos en el ámbito del Derecho privado.

Palabras clave: Economía agraria economía comercial en Roma, *locatio-conductio*, origen del contrato de arrendamiento, contrato consensual, evolución del concepto de contrato.

Abstract: The article covers a historical period that goes from the agrarian economy in the primitive Rome to the market economy of Imperial Rome. In this context, the text shows the different theories that explain the origin of the lease contract: as a consensual contract within the sphere of public law or as a manifestation of Rome's own expansion – that is, product of the evolution of contracts within the sphere of private law.

¹ Este artículo constituye un texto provisional del Trabajo de Tesis Doctoral que con el título «*Huellas romanas en las legislaciones colombiana y española en el contrato de vivienda*» la autora realiza en la UNED.

² Profesora de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Colombia.

Key words: Agrarian economy-market economy in Rome, origin of the lease contract, consensual contract, evolution of contracts.

Sumario: I. De la economía agraria de la Roma arcaica a la economía de mercado de la Roma imperial.–II. La formación del arrendamiento como contrato consensual.–II.1. La *locatio conductio* y su origen en el ámbito de derecho público.–II.2. La *locatio conductio* y su origen en el ámbito de derecho privado.

I. DE LA ECONOMÍA AGRARIA DE LA ROMA ARCAICA A LA ECONOMÍA DE MERCADO DE LA ROMA IMPERIAL

Al pretender abordar el estudio del contrato de arrendamiento dentro del contexto de la historia de Roma, resulta inevitable situarnos en el siglo III a.C., durante el cual se produjo una profunda transformación política, social y religiosa, de una ciudad estado que llegaría a erigirse en la sede de gobierno central del Imperio Romano³.

Estos cambios, conllevaron grandes innovaciones en la pequeña ciudad-estado, fundada en una economía rural y agraria que luego, llegaría a ser la primera economía globalizada de mercado de occidente. Se hace, entonces, necesario analizar la transformación de las instituciones jurídicas vigentes hasta ese momento y la implementación de nuevas figuras contractuales, con mayor capacidad para adaptarse a los requerimientos de la nueva forma de vida que, en un siglo trascendental de su historia, vendrían a adquirir los habitantes de la península.

La historia de Roma desde antes de la instauración de la República, se había caracterizado por los continuos enfrentamientos con las ciudades vecinas, hasta que finalmente, logró la conquista de la totalidad de la península itálica. La clase dirigente romana para esta época, comienza a caracterizarse por sus grandes ambiciones políticas y la avidez por acumular bienes de fortuna, lo que explica que los intereses económicos animaran los conflictos con ánimo expansionista y que posteriormente, los comicios centuriados se estructuraran con base en un criterio timocrático o de carácter económico⁴.

³ Sobre la actitud del romanista como historiador, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Madrid, Octava Edición, Aranzadi, 2005, 35 y ss.

⁴ GARCIA GARRIDO, Manuel J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, Madrid, Dykinson, 2001, 17 y ss.

La carrera política de un ciudadano romano se iniciaba en los campos de batalla, lo que contribuía a que sin gozar de un linaje patricio, pudieran alcanzar una buena carrera política, siempre y cuando se destacaran como buenos estrategas en la guerra. En lo referente a la descendencia femenina, se las educaba para ser buenas esposas, hábiles en el manejo de la economía doméstica, y dóciles en aceptar, desde muy pequeñas, alianzas matrimoniales provechosas para el *pater familiae* que veía en ellas una buena oportunidad económica o el logro de un ascenso de categoría en la estratificación social romana⁵.

Con la península itálica conquistada, el afán expansionista de Roma la lleva a enfrentarse con un poderoso rival, Cartago, quien era ya una potencia naval y comercial. Cartago, por su origen semita, tenía un espíritu propio para la navegación y el comercio, extendiendo su influencia por el Mediterráneo occidental es decir, por toda la costa norte de África, exceptuando a Egipto, el sur de la península ibérica y las islas del mediterráneo occidental.

Al querer ambas su dominio, sobrevino una rivalidad que perduró desde el año 264 hasta el 146 a.C., con tres enfrentamientos que se conocen como «las guerras púnicas», con períodos de receso entre cada una de ellas. La potencia que resultara victoriosa, le conllevaría una posibilidad inmensa de expansión, puesto que quedaba abierto el camino de conquista hacia el oriente, después de la muerte prematura de Alejandro Magno⁶.

El triunfo de Roma, le significó consolidarse como la primera potencia en el Mediterráneo, comenzando una nueva etapa de desarrollo económico e industrial. Aunque a finales del siglo IV, existía un desarrollo económico y comercial que iba creciendo, Roma seguía siendo una República aristocrática de campesinos, que se sostenía con una economía primitiva, de índole agraria, en el que todos los miembros de una familia, congregados alrededor de los dioses domésticos y bajo la autoridad de su *pater*, trabajaban afanosamente en los campos. En algunos casos se acudía a la ayuda de esclavos, que lejos de ser considerados como mercancía semejante a los animales eran tratados con consideración por sus dueños⁷. También se

⁵ En cuanto a la formación de la ciudad de Roma por la agrupación de diversas familia o gentes, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano*, 2005, cit., 65 ss.

⁶ ROSTOVVTZEFF, M., *Historia Social y Económica del Imperio Romano*, Tomo II, Espasa-Calpe, 1962, 32 y ss.

⁷ «La casa, fuera villa rústica o urbana, era el centro de producción de los bienes

contaba con los clientes, quienes se encontraban ligados con las familias aristocráticas a través de vínculos, más religiosos que jurídicos y donde se obtenían mutuos beneficios⁸.

En esta época es que se forman los valores cívicos romanos que servirán de ejemplo y guía a los romanos de épocas posteriores, contribuyendo a identificarse como un pueblo, llamado a dominar el mundo hasta ese momento conocido. Estos valores, todavía identifican a la civilización occidental, debido a la influencia ejercida por las tres grandes creaciones del mundo antiguo: la filosofía griega, el derecho romano y la religión cristiana⁹.

La ciudad en los primeros tiempos es el centro administrativo y religioso donde residen el rey y los sacerdotes, es la fortaleza que acoge a los dioses de la comunidad y el lugar donde se administra justicia; pero los hombres viven fuera de sus murallas, en familias aisladas que se reparten el campo. Era ésta, una forma de vida común en los pueblos de la antigüedad¹⁰.

Una vez despejado el Mediterráneo para movilizarse libremente hacia el oriente, el contacto de Roma con las nuevas civilizaciones y especialmente con las ciudades griegas y el antiguo imperio de Alejandro, lo lleva a encontrar una realidad muy diferente a la suya.

de consumo y del mobiliario artesanal así como de los rudimentarios instrumentos de cultivo. Los esclavos desempeñaban los diferentes oficios de tejedores, carpinteros, herreros, hortelanos e incluso preceptores y maestros para los niños». GARCIA GARRIDO, Manuel J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, 2001, cit., 18.

⁸ Un ejemplo de la relación entre cliente y patrono, es la norma que sitúa Bruns en la Tabla VIII.21 «Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto. (*Serv., ad. Aeneida 6.609*) (21. Si el patrono defraudare a su cliente, sea execrado). En nt. 16, comentario a dicha regla, Rafael Domingo agrega: «nos dice Servio que si los clientes, son como descendientes y los patronos como los padres, traicionar a un cliente es como traicionar a un hijo. «*Sacer esto*» supone, originariamente, una sanción de tipo religioso que comportaba la muerte. DOMINGO Rafael, et al, *Textos de Derecho Romano*, Editorial Aranzadi, Navarra, (2002), 32.

⁹ «Un insigne pensador español de nuestro siglo, Xavier Zubiri, constataba como los tres grandes pilares que sustentan la civilización occidental son la filosofía griega, el derecho romano y la religión cristiana. En este sentido, creo que puede decirse, como imagen topográfica, que Jerusalén, Atenas y Roma han conformado nuestro ser occidental. En la «Declaración sobre la identidad europea» de diciembre de 1973, se insistía en la necesidad de redescubrir Europa, a través de su identidad cultural pretérita.» FERNÁNDEZ DE BUJAN, Federico, *en Aportación del Derecho Romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea*, SDHI, 1998, 531.

¹⁰ Tucídides (II, 15-16) describe estas antiguas acostumbres, que habían subsistido en el Ática hasta su tiempo. Sólo al principio de la guerra del Peloponeso las abandonaron. En COLANGES, Fustel de, *La Ciudad Antigua*, Barcelona, Editorial Iberia, (1982), 331.

Desde el triunfo de la primera Guerra Púnica, en la que Roma gana el dominio del Mediterráneo, se marca el fin de la época arcaica para comenzar una nueva etapa, la de una ciudad-estado que comienza a perfilarse como la capital de un gran imperio¹¹.

El contacto con Oriente, lleva a Roma a conocer sociedades con mentalidades urbanas, inmersas en novedosos procesos industriales para la fabricación de artículos en serie, que dan comienzo a una próspera economía de mercado¹². Esto hace que nazca en Roma una clase integrada por comerciantes, contratistas de obras públicas, de suministros, que dan paso a grandes y prósperos negocios en las Provincias conquistadas y que a su vez, le generan inmensos ingresos al Estado romano¹³. Adicionalmente, se origina una economía bancaria y desde el siglo II a.C., las explotaciones agrarias basadas en la mano de obra esclava. Todo esto contrasta con la sociedad romana arcaica, cuya forma de gobierno y su estructura social era producto de la solidez de sus tradiciones y costumbres familiares¹⁴.

¹¹ «En el mundo antiguo, Roma se transformó de una pequeña comunidad política urbana bajo la forma de *civitas* o *urbs*, en una entidad política territorial en base a la conquista militar y a la subsiguiente romanización de los pueblos conquistados.» FERNÁNDEZ DE BUJAN, Federico, *Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión Europea*, cit., 529.

¹² En la historia del comercio no puede dejarse de mencionar el lugar privilegiado que ocupó la aparición y el uso de la moneda acuñada. Sobre este aspecto, expone el profesor Manuel García Garrido: «La moneda antigua es, en principio, una moneda metálica con valor intrínseco real y no simbólico. No obstante las sucesivas pérdidas del valor real, una vez puestas en circulación entraban en el circuito de los movimientos internacionales de capitales. El oro se usó excepcionalmente en la República para las transacciones internacionales. Con la introducción de la moneda de plata en el año 269 a.C. se facilitaron los cambios con los extranjeros, mientras que las monedas de cobre, junto al cobre y al orocalco (aleación de cobre y zinc), continuaron reservados para el comercio ordinario de la gente humilde... Desde el mundo griego la profesión de cambista se extiende hasta Roma y los centros más importantes». GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, (2001), cit., 24 ss.

¹³ «El botín requisado por los generales y entregados por ellos al tesoro público alcanzó cifras de enorme importancia: en las guerras contra los griegos el botín fue de 70 millones de denarios y el de Paulo Emilio contra la monarquía macedonia alcanzó la cifra de 52 millones y medio de denarios. A estas requisas se sumaron las cantidades que los vencidos debían reembolsar a la administración romana para compensarle de los gastos de la guerra y los tributos anuales en sus diversas formas, tanto en dinero como en especie. Se recaudaba la décima parte de los productos de la tierra: cereales, vino, frutas, y legumbres, etc. Roma sustituía a los Estados vencidos en la propiedad de sus bienes: fincas rústicas, minas, canteras, bosques y salinas que se explotaban por medio de sociedades y particulares.» GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *El Comercio, los Negocios...*, (2001), cit. 20.

¹⁴ Un ejemplo de las normas rígidas de la época está en las normas que Bruns sitúa en la Tabla VIII.9. (Plin., Nat. Hist. 18.3.12): *Frugem aratro quaesitam noctu pa-*

Los resultados económicos de las victorias de Roma sobre Cartago y los que se dieron a continuación sobre los pueblos de oriente, se pueden analizar teniendo en cuenta que dentro de los triunfadores estaban por un lado, los miembros del pueblo romano, esto es, la población campesina; por el otro lado, los caudillos militares y políticos, es decir, los miembros de la nobleza hereditaria gobernante.

Para los campesinos libres, su situación económica se vio afectada negativamente, pues al ser incapaces de competir con los productos traídos de las provincias de oriente, se vieron obligados a vender sus fundos convirtiéndose en arrendatarios de sus propias tierras. Entretanto, las clases privilegiadas tenían la capacidad económica de adquirir tierras, convirtiéndose en acaudalados terratenientes¹⁵.

Ahora bien, siguiendo a Pomponio, en su exposición sobre el origen y el desarrollo del mismo derecho, relata que una vez promulgada la Ley de las XII Tablas, comenzó su interpretación y discusión en el foro apoyada en la autoridad de los juristas, y a este derecho se le llamó Derecho Civil¹⁶.

Posteriormente, de las leyes, surgen casi al mismo tiempo las acciones, llamadas acciones de la ley, ciertas y solemnes, a través de las cuales se podían hacer valer en juicio los derechos, y todo formado dentro de un sistema cerrado de figuras jurídicas, cuya interpretación era exclusiva del Colegio de los Pontífices.

visse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumquae Cereri necari iubebant... inpubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni; o la que sitúa en la Tabla VIII.14. (Gell. 11.18.8): Ex ceteris manifestis furibus liberos verberari addicque iusserunt (Xviri) ei, cui furtum factum esset; servos verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impubes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque sarciri.»

¹⁵ «Para los pequeños campesinos libres, la situación económica se convierte en insostenible, ante la imposibilidad de competir con una economía a gran escala, mientras que para la clase gobernante, tanto militar como de la nobleza senatorial, los triunfos de guerra les permite adquirir grandes cantidades de objetos preciosos y de dinero amonedado, convirtió en terratenientes a las clases privilegiadas, mientras que los pequeños propietarios, se vieron obligados a vender sus fundos, logrando en algunas ocasiones arrendar sus propias tierras bajo la figura del colonato o los más afortunados, arrendar los bienes del Estado». VACCA, Letizia, *La Giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, (1989), 31.

¹⁶ D. 1.2.2.5. (Pomponius libro singulari enchiridii). *His legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentum auctoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus disignantur, datis propriis nominibus ceteris partibus; sed communi nomine appellatur ius civile.*—

¹⁷ Gai 3, 89. *Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem*

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

De esta manera, los particulares al celebrar sus negocios, debían acomodarlos a alguno de los contratos ya existentes¹⁷, para poder utilizar, en caso de ser necesario, alguna de las acciones reconocidas en la ley. La función del pretor¹⁸ se limitaba a controlar la estricta repetición de las declaraciones solemnes y gestos rituales, en que consistían estas acciones, salvo que tuvieran que pronunciar algunas palabras por precepto legal¹⁹.

Respecto de las ficciones para conceder ciertas acciones, encontramos en:

quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.

¹⁸ SCARLATA, S. V. «Praetor», en NNDI XIII, Torino, 1957, 548 ss., sostiene, en contra de la doctrina mayoritaria, que el pretor no fue creado por *Las Leges Licinia Sexta* del 367 a.C. El autor, con fundamento en el testimonio de Livio (Liv. VI, 42) afirma la preexistencia del *praetor* en relación con esta ley. EUGENIO y DÍAZ, *Breve historia de Roma*, Madrid, 1991, 134, expone que la pretura es la más antigua magistratura de la República. *Praetor, prae-itor*, deriva de *praeire* y significa el que viene al frente. Después de la caída de la monarquía, el mando militar lo ostentaría un dictador o dos pretores, de los cuales uno *-praetor maximus-* tendría la supremacía sobre el otro *-praetor minus-* o simplemente *praetor*. Al cabo de los años ambos pretores acabaron llamándose cónsules. La pretura acabó siendo una magistratura jurisdiccional. En el año 367 a.C., fue creado un tercer pretor *-collega minor* de los pretores/cónsules-. Tenía atribuciones relativas a la represión penal, en el sentido de que no podía imponer por la fuerza y sin proceso el correspondiente castigo disciplinario *-coertitio-*; y, en orden a la jurisdicción civil, en el sentido de que era el magistrado encargado de encauzar el proceso, de presidir su fase *in iure*. En MARTÍN MUNGUIJÓN, Ana Rosa, *Acciones Ficticias y Acciones Adyecticias. Fórmulas*, Dykinson, Madrid, 2001, 4, nt. 6. En igual sentido Antonio Fernández de Buján, para quien el cargo de pretor (de *prae-ire*, ir delante) habría tenido una significación militar en sus orígenes. Se trataría de un jefe del ejército, pero a partir de las *leges Licinae-Sextiae* del 367 a.C., la tradición atribuye al pretor competencia específica en materia de proceso civil, el cual se desarrollaría en una primera instancia ante el pretor, para que fuera decidido en segunda instancia por un juez, un árbitro o un tribunal de jueces. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano.*, 2007, cit., 133.

¹⁹ MARTÍN MUNGUIJÓN, Ana Rosa, *ibídem*, 4.

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

Por otro aspecto, la naturaleza restrictiva del *ius civile*, impedía su aplicación a los negocios entre romanos y peregrinos o entre peregrinos únicamente, impidiéndose con ello que se desarrollara con agilidad el tráfico comercial que comenzaba ya entre las ciudades de la península itálica, por la construcción de la *via Apia*²⁰. El problema se agravaría con la expansión hacia el Oriente, cuando se intensifica el intercambio comercial y financiero, entre las provincias conquistadas y la Urbe.

La labor de creación y evolución del ordenamiento jurídico²¹ comenzó y fue bien asumido por la jurisprudencia republicana, debido a la sustracción que hiciera el liberto Gneo Flavio a Apio Claudio Ciego del libro de las acciones, y que sirviese posteriormente a Sexto Elio Peto Cato, para complementarlo entre el III y II siglo a.C., con otras especies de acciones ya necesarias para la época. Se logra así, la protección de las nuevas relaciones sociales y contractuales que comenzaban a surgir, sin que conllevara una caída o desuso del *ius civile*²².

Hay que tener en cuenta que todavía, en pleno período clásico, se discutía si los contratos innominados podían legitimar el ejercicio de una acción civil, como se puede ver en un texto de Ulpiano, tomado de su libro IV de comentarios al Edicto y recogido en D. 2.14.7.4²³.

²⁰ MARTÍN MINGUIJÓN, Ana Rosa, *Acciones Ficticias y Acciones Adyecticias. Fórmulas*, 2001, cit., 4 y ss.

²¹ A. D'ORS añadía a las características tradicionales del Derecho romano el valor de permitirnos asistir impasibles a la transformación del Derecho, que aparece como un todo dinámico en constante evolución. A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, 1943, pág. 21.

²² «Para los jurisconsultos, el derecho brota como formación espontánea de la vida social, que ellos se encargan de plasmar y encauzar en principios y reglas, y la vida como tal es desordenada, no puede encerrarse en unos límites lógicos y rígidos. Cuando el jurista tiene que atender a una necesidad concreta, en un consejo o respuesta, no puede detenerse a considerar en qué estructura o clasificación encaja mejor para una ordenación ulterior.» REINOSO BARBERO, Fernando, *Los Principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Dykinson, 1988, 22.

²³ «Tuttavia la giurisprudencia cautelare a iniziare dalla pontificale, nella sua attività del responderé, agere e cavere» (Cic., *De oratore* 48), «scopriva» nuovi istituti e nuove

Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

Posteriormente, la creación de nuevas instituciones jurídicas se debió al aporte de la jurisdicción del pretor peregrino, magistratura instituida hacia el año 242 a.C., que a su vez, serviría de estímulo a los juristas romanos del período clásico para la reflexión de problemas jurídicos nacidos por fuera del campo de aplicación del rígido *Ius Civile*²⁴, pero cuya solución y respuesta se conseguía en el marco de acción de una moral general, inmutable, aplicable a todos los pueblos y que más tarde recibirá el nombre de *Ius Gentium*²⁵. Es esta finalidad práctica en la búsqueda de soluciones convenientes o útiles, que llevaron a los juristas a ocuparse de estudiar minuciosamente los casos prácticos, valiéndose de una lógica propia en la que el raciocinio jurídico se unía a un gran sentido de oportunidad, de conveniencia y de equidad²⁶.

*azioni considerate come già implicite nel sistema. Un primo elenco di zioni fu pubblicato, nel 304 a.C., con il liber actionum di Gneo Flavio, liberto di Appio Claudio Cieco; altre ne aggiunse Sesto Elio Peto Cato, vissuto tra il III II secolo, nella sua opera Tripertita (cfr. Pomponio, D. 1.2.2.7); ancora, in pieno periodo classico, si discuteva se i contratti innominati legittimassero una azione civile (cfr. Ulpiano, D. 2.14.3.7). IMPALLOMENE Giambattista, *Locazione nel diritto romano*, DDP, Sezione Civile, Tomo XI, UTET, Torino, 1992, 91.*

²⁴ Nos dice Mohino Manrique «Es bien sabido que la regla de oro de la jurisprudencia clásica consiste en adoptar la solución más justa al caso concreto que se plantea. Por ello, los prudentes romanos presidieron su labor desde un esencial sentido pragmático que considera que el Derecho, como ciencia o arte, se concibe para la vida y no para la especulación.» MOHINO MANRIQUE, Ana, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, Dykinson, 2006, 1.

²⁵ Como lo menciona Antonio Fernández de Buján en Roma se reconoció «a los pretores, en cuanto magistrados jurisdiccionales, no sólo una labor complementaria, interpretativa o integradora del *ius civile*, sino también incluso, en ocasiones excepcionales, correctora, por la vía de dejar sin eficacia, en la práctica, una institución civil en desuso o cuya aplicación podía dar lugar a una injusticia. Al respecto, se afirma de manera reiterada en las fuentes que las soluciones pretorias son, en ocasiones, de equidad, es decir, procurando tener en cuenta lo que la conciencia y el ambiente social requieren en el caso concreto.» FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 2007, cit., 375 y 376.

²⁶ «E ammirabile la facilità con la quale dall' affermare un principio astratto della più vasta applicazione scendono ad esporre la formule da usarsi nei contratti o in giudizio, a spiegare il significato dei termini giuridici, a descrivere i gesti delle parti, a computar gradi di parentela, a esporre la partizioni dell'asse, etc. Simili a quei grandi poeti, che hanno ogni corda alla loro lira, che ascellono ugualmente in ogni estile, in ogni argomento essi conoscono tutte le altezze del pensiero giuridico e tutti i bassi piani della pratica, rimanendo uguali a sé stessi. Qual esempio e qual insegnamento per quei tanti teorici, che disdegnano d'occuparsi d'altro che il principio puro». PEROZZI, Di alcune censure ai giuriconsulti romani, en *Scritti Giuridici II*, Milán, 1948, 571-572.

Como se mencionó con anterioridad, la apertura hacia el oriente comienza a impactar la realidad de Roma y demás ciudades anexas²⁷. La vida rural se torna en urbana con una categoría de ciudadanos diferente a la tradicional, que se instala dentro de los límites de la ciudad buscando una diferente forma de vida e ingresos. Surge, entonces, una nueva clase social compuesta ya no sólo de nobles sino ahora constituida por la nueva clase ecuestre, los excombatientes de guerra y de nuevos terratenientes²⁸.

Esta circunstancia origina el surgimiento de nuevas situaciones y se evidencian carencias de distintas clases que se hace necesario atender, lo que produce un incremento en el trabajo artesanal, la venta y el arriendo de cosas, obras y servicios personales, esta vez de personas libres y de profesiones no liberales²⁹.

Adicionalmente, de dicha afluencia de personas a la nueva urbe romana, se hace evidente la necesidad de proveerlos de viviendas, construidas ahora en forma de *insulae*³⁰ subdivididas en *cenacula* o apartamentos y con la inversión de dineros de los capitalistas roma-

²⁷ «Roma se transforma en una gran ciudad desde las conquistas en Oriente. El número de habitantes alcanza los 400.000 en la época de Sila, y 800.000 en la época de Augusto, que se encargaba de atender a 320.000 habitantes pobres de la urbe. El trigo necesario para alimentar a esta numerosa *plebs* urbana se importaba de las provincias: primero de Sicilia y de Cerdeña y después de Egipto y de África. El comercio del grano hacía necesaria la adquisición de numerosas naves de transporte, en manos de ciudadanos particulares. Aunque los ediles imponían los precios del grano y castigaban los abusos, las mayores ganancias se hacían sobre los transportes, que atraían el dinero de los especuladores e inversionistas.» GARCÍA GARRIDO, *El Comercio, Los Negocios...*, cit., 21.

²⁸ «Así las cosas, las nuevas condiciones económicas imperantes en el mercado, hacen que el comerciante paulatinamente comience a desplazar al agricultor, pero a su vez, el agricultor se convierta en comerciante. Es un período en que la agricultura romana entra a formar parte en gran escala del engranaje mercantil y financiero de lo que empieza a ser un gran imperio, tanto político como económico.» VACCA Letizia, *La Giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto romano*, 1989, cit., 32.

²⁹ DI MARTINO, Francesco, *Storia Economica di Roma Antica* (I), La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1979, 110 y ss.

³⁰ CARCOPINO, J., *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del imperio* (trad. Española FERNÁNDEZ CUESTA, M.), Madrid, 1993, 48, ss.; GUILLEN, J., *URBS Roma. Vida y costumbres de los romanos*, Salamanca, 1997, 77 ss., se refieren a la *insulae* como un edificio de viviendas, totalmente aislado y rodeado por todas partes de un jardín o una calle. Tenía varios pisos, con una altura de alrededor de 70 pies. En su planta baja incluía una casa individual semejante a una *domus*, en la que, generalmente, habitaba el propietario o arrendador de todo el bloque y locales de negocios *-tabernae o pergulae-*. Las plantas más altas estaban divididas en apartamentos *-cenacula-*, cuyas condiciones de habitabilidad iban en detrimento conforme la altura era superior, puesto que no gozaban de agua corriente, estaban mal construidas, por lo que estaban expuestas a hundimientos y a incendios frecuentes, tanto por su hacinamiento, sobre

nos que vieron un gran negocio en la renta que se generaba con su alquiler³¹. De estas situaciones es previsible la necesidad del reconocimiento jurídico del contrato de arrendamiento para dotar de herramientas jurídicas a estas nuevas formas contractuales³².

II. LA FORMACIÓN DEL ARRENDAMIENTO COMO CONTRATO CONSENSUAL

Desentrañar los orígenes del contrato de arrendamiento es una tarea bastante difícil, habida cuenta que la *locatio conductio* aunque unitaria como contrato, engloba diversas modalidades cuya función económico-social es diferente, razón por la cual es imposible atribuir el origen de la figura a una única institución³³.

Tal como se refleja en lo dicho con anterioridad, la *locatio conductio* como contrato consensual es producto de toda una serie de circunstancias históricas, transformaciones sociales e instituciones jurídicas que finalmente determinaron la creación de un contrato consensual inspirado en la buena fe³⁴.

Las teorías que intentan explicar el origen de la *locatio conductio* pueden agruparse básicamente en dos categorías: de una parte aquellas que afirman que la *locatio conductio* se inició a partir de figuras del derecho público romano, y de otra, aquellas que encuentran los precedentes de este contrato en el ámbito del derecho privado.

Dentro de los que sostienen que la *locatio conductio* nació del derecho público romano encontramos ilustres romanistas como

todo en los pisos superiores, como por el uso de hornillos, lámparas y otros utensilios. En AREVALO CABALLERO, W., *Algunos aspectos del arrendamiento de viviendas en Roma y su recepción en el derecho español*, IUSTEL, 12, (2009).

³¹ Cfr. *CIC*. Ad Att., 15, 17,1; 16, 1,5; *de fin.*, 2, 26, 83; *SERV.*, in Ulp., D., 14,3,5,1. Para demostrar el desarrollo que tuvo en Roma las *insulae*, en el transcurso de la época republicana, es el hecho narrado por SÜETONIO, Caer., 41, que Cesar «*recensum populi vicatim per dominus insularum egit.*». En COSTA, Emilio, *La Locazione di cose nel Diritto Romano*, L'Erma, Roma, 1966, 5, nt. 2. De igual manera CARCOPINO, J., *La vida cotidiana*, cit., 45, en *Algunos aspectos del arrendamiento*, AREVALO CABALLERO, W., menciona que en tiempos de Augusto, frente a 1979 *domus* (vivienda amplia, de un solo piso, con varias habitaciones y jardín interior, con agua corriente, cloacas e incluso calefacción), registradas en Roma existían 46.602 *insulae*.

³² COSTA, Emilio, *La Locazione di cose nel Diritto Romano*, 1966, cit., 5.

³³ AMIRANTE, Luigi, *Locazione: In generale (Diritto romano)*, in NNDI, IX, Vnionc Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1957, 994.

³⁴ FERNANDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema Contractual Romano*, Editorial DY-KINSON, Madrid, 2004, 266 y 267.

MOMMSEN³⁵, CANCELLI³⁶ y AMIRANTE³⁷; los cuales afirman que el contrato de arrendamiento se remonta a las concesiones realizadas por el Estado romano sobre las tierras públicas (*ager publicus*), a particulares, generalmente patricios, a cambio de un *canon*, reservándose el derecho de propiedad para la comunidad. Esta tesis, amerita entrar a analizarla con detalle, lo que haremos a continuación.

II.1. La *Locatio Conductio* y su origen en el ámbito de derecho público

Es común encontrar en los tratados de derecho privado romano³⁸ la referencia a la tesis elaborada por MOMMSEN, según la cual la *locatio-conductio* tuvo su origen en los arrendamientos públicos.

Conforme a esta teoría cada una de las modalidades del contrato de arrendamiento tiene una o varias figuras equivalentes en el derecho público romano, las cuales constituirían el fundamento y antecedente originario de este contrato.

La *locatio conductio rei* (arrendamiento de cosas) tendría su origen en las diversas clases de concesiones sobre tierras públicas dentro de las cuales se destacan, las *locationes censoriae* y la *conductio agri vectigali*.

La *locatio conductio operarum* se habría desarrollado a partir de la contratación por parte de los magistrados de auxiliares subalternos que mediante el pago de un salario prestaban sus servicios para la administración del patrimonio de la comunidad; funciones que corres-

³⁵ MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del Derecho Público Romano*, Buenos Aires, Editorial Impulso, 1942, 63 y ss.

³⁶ CANCELLI, Filippo, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel Diritto Romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1963, pp. 17-50, 151 y ss.

³⁷ AMIRANTE, Luigi, *Ricerche in tema di locazione*, in BIDR, 1959, 14 nt.18. Cit. por MASI Antonio, Voce: *LOCAZIONE*, *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Dott. A. Giuffrè-Editore, Varese, 1974, 912.

³⁸ MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del Derecho Público Romano*, cit., 363 y ss. CANCELLI, Filippo, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel Diritto Romano*, cit., 17-50, 151 y ss. AMIRANTE, Luigi, *Locazione: In generale (Diritto Romano)*, cit., 994. KUNKEL, *Derecho privado romano*, cit., 338. D'ORS, Álvaro, *Derecho romano privado*, cit., 553. GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho privado romano. Casos, Acciones, Instituciones*, Ediciones Académicas, décimo quinta edición, Madrid, 2007, 315. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema Contractual Romano*, cit., 266. IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, 442. LÓPEZ PEDREIRA, Adela, *Emptio tollit locatum. (La venta de cosa arrendada en el derecho romano)*; Editorial Edisofer, Madrid, 1996, 21, entre otros.

pondían en época republicana a los censores, en lo relativo al orden económico, y a los cuestores, en lo que se refiere a la administración de la caja³⁹. Este arrendamiento de servicios implicó una transferencia de competencias públicas a los particulares. De esta manera, fueron otorgadas en concesión: el servicio de vigilancia anti-incendios (cuya competencia durante la República estaba atribuida a los ediles), la administración y mantenimiento de baños públicos, los suministros públicos, el cobro de impuestos, entre otras⁴⁰.

Adicionalmente, y siguiendo con esta tesis, la *locatio conductio operis* se remontaría a la contratación de obras públicas con sociedades privadas. El contenido de estos contratos suscritos entre la administración y los particulares se encontraba regulado por las *leges locationes* promulgadas por los censores, y posteriormente por el Emperador⁴¹. En la República estas concesiones tuvieron por objeto principalmente, la construcción de puentes, calzadas, edificaciones, circos, baños públicos, templos, cárceles, hospitales, vías y la conducción de aguas hacia la capital, entre otras⁴².

³⁹ MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del derecho público romano*, cit., 365.

⁴⁰ Sobre las concesiones de prestación de servicios públicos por sociedades de particulares, sostiene MURGA: «fue algo ordinario dentro de la variada administración municipal romana que el servicio público no lo ofreciera directamente la curia municipal sino que se prestara a través de un contratista –*redemptor*– cuya actuación debía ser siempre conforme a la *lex locationis*. No es raro encontrar en el Digesto frecuentes referencias a los más variados servicios públicos cedidos en arrendamiento a un *redemptor*, debiendo en todo caso el concesionario sujetarse al contrato con un planteamiento absolutamente privatístico...» en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano*, 2007, cit., 257. En lo que se refiere al cobro de impuestos, señala como, el método de recaudación predominante es indirecto. No se ejerce esta labor por medio de funcionarios públicos sino de particulares, o más exactamente de sociedades de particulares o *societates*, muy poderosas, quienes por el asiduo contacto con lo público, reciben el nombre de «publicanos» (*publicani*). Estas sociedades debían pagar una cantidad fija al tesoro, apropiándose de lo que recaudaban. «Las sociedades de publicanos son célebres en la literatura latina y los escritos de los juriconsultos. Pero muchas veces se señalaron por su avaricia y exacciones. (Cicerón, Epist. Ad Quint., 1). Así es que los publicanos terminaron por hacerse odiosos a las poblaciones en que recaudaban.» PETIT, Eugène, *Tratado Elemental del Derecho Romano*, Abogados Asociados Editores, Novena Edición, 409.

⁴¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público romano*, cit., 240.

⁴² MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del derecho público romano*, cit. 368. Sobre este particular Fernando Betancourt sostiene: «En las contrataciones públicas de construcción, el *conductor operis* ponía los materiales de construcción, cuyo valor, así como el de la mano de obra contratada por él para hacer la construcción, recuperaba luego al cobrar el precio fijado por la obra terminada; en este sentido se le llama *redemptor*. En cambio, la consideración de *locator operis* siempre la tenía el magistrado porque era la *res pública* la que «ponía» el suelo público. En relación con las contrataciones públicas de construcción se debe destacar aquella construcción pública que fue,

CANCELLI⁴³, autor que ha retomado la tesis de MOMMSEN sostiene que tanto el contrato de *emptio venditio* como el de la *locatio conductio* se derivan de las ventas y arrendamientos de terrenos públicos realizados por los censores, pues habría una semejanza e identidad del procedimiento contractual privado con los negocios celebrados por el Estado. En este sentido los particulares habrían imitado el procedimiento contractual censorio que carecía de solemnidades y la *lex censoriae* constituiría el modelo histórico aplicado a la *lex venditionis* y a la *lex locationis* privadas.

Fueron características comunes a las concesiones públicas mencionadas: el pago de un canon periódico por parte del particular beneficiario de la concesión, el otorgamiento del derecho al uso y disfrute del terreno y la falta de transferencia de la propiedad sobre las tierras que se siguen considerando de dominio del *populus romanus*. Las similitudes con la *locatio conductio rei* son ostensibles; no obstante, el beneficiario de la concesión es considerado poseedor, a diferencia del arrendatario que es un mero detentador, con todas las consecuencias que comporta dicha situación.

Ahora bien, la práctica social determinó que estas concesiones fueran renovadas de manera indefinida, situación que dio lugar a que se fuera desdibujando la característica de la temporalidad del otorgamiento derivado de una relación contractual entre el Estado y

según expresión de Sexto Julio Frontino (30/35 d.C-103 d.C), *cum magnitudinis Romani imperii vel praecipuum sit indicium = el principal testimonio de la grandeza del imperio romano* (S.J. FRONTINO, *De Aqueductu Urbis Romanae*, edición crítica y traducción por T. González Rolán, Madrid 1985, 83, cap. 119,1), los acueductos públicos; empresas esencialmente políticas que se decidían en la cumbre misma de la *potestas* (política). Nombrado *curator aquarum* por el emperador Nerva (96-98) el año 97 d.C., su interés le lleva a investigar sobre el recorrido de los nueve acueductos públicos que existían en su época, con una longitud total aproximada de 482 Kilómetros de canales, y que aportaban un total de 992.200 metros cúbicos diarios para una población de un millón de habitantes. Por tanto, en la medida en que puede estimarse la densidad de las poblaciones, la cantidad suministrada por día y por habitante debía ser aproximadamente de 1.100 litros por persona. Estas cifras son considerables y netamente superiores a los promedios modernos, pues se ha calculado que una persona que vive sola en un piso de dos habitaciones consume 35 metros cúbicos de agua fría y 15 metros cúbicos de agua caliente al año, o sea unos 136 litros de agua diarios; esta cantidad se eleva a 400 litros por persona y por día si se tiene también en cuenta los servicios públicos de carácter colectivo: Hospitales, bomberos, jardines, riego de calles, etc. Así, pues, en nuestra opinión, todavía los romanos antiguos nos superan –como en tantas otras cosas– en cultura del agua. En este sentido, la obra de Frontino nos puede servir de referente clásico para esta cultura» BETANCOURT, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, 3ª Edición, Universidad de Sevilla, 2007, 645-646.

⁴³ CANCELLI, Filippo, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel Diritto Romano*, cit., 17-50, 151 y ss.

el particular; abriéndose paso la concepción según la cual habría una relación directa entre el beneficiario y la tierra. Así pues, con el paso del tiempo las concesiones tienden a unificarse, y en época imperial se consolidan bajo una sola figura: el *ager vectigalis*⁴⁴.

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

No se trata de considerar que las figuras se hubieran trasladado de manera casi textual de lo público hacia lo privado; sino de asimilar la experiencia de casos y situaciones acaecidas en el desarrollo de los contratos de concesiones públicas, para luego adaptar, mas no calcar, algunas experiencias hacia la *locatio conductio* privada.

La *locatio conductio* fue reconocida como contrato consensual desde fines de la República. Considerando «que esta tesis retomada recientemente por CANCELLI y VON LÜBTOW, está hoy totalmente desechada»⁴⁵.

LÓPEZ, en contra de la tesis sostenida por MOMMSEN, cita a autores como SCIALOJA y MAROI, poniendo en evidencia que no obstante la similitud entre las palabras utilizadas para denominar los arrendamientos públicos y el contrato de arrendamiento privado (*locationes censorias, legis locationes, locatio conductio*); su significado y alcances en materia jurídica no se pueden equiparar, pues en las relaciones de derecho público el Estado se encuentra en una situación de superioridad frente a los particulares⁴⁶.

En el mismo sentido se manifiesta COSTA, quien pone en evidencia la fragilidad de la tesis enarbolada por MOMMSEN, toda vez que en el mundo antiguo romano el Estado no fue concebido como un sujeto patrimonial ubicado en una posición de igualdad frente a los particulares en materia negocial, tal como ocurre en el derecho moderno⁴⁷.

⁴⁴ VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*. Editorial Civitas, Madrid, 1986, 387 y ss.

⁴⁵ TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado Romano*, Edit. Librería Central, Zaragoza, 1987, 462.

⁴⁶ LÓPEZ PEDREIRA, Adela, *Emptio Tollit locatum*. cit., 22.

⁴⁷ COSTA, Emilio, *Locazione di cose nel diritto romano*, cit., 6.

II.2. La *Locatio Conductio* y su origen en el ámbito de derecho privado

En cuanto a los que sostienen que el arrendamiento se habría originado en el seno del derecho privado encontramos diferentes hipótesis. SCHERILLO⁴⁸ y PEROZZI⁴⁹ sostienen que el arrendamiento se habría desprendido de una institución antiquísima llamada *precarium*.

El primero de ellos sustenta su tesis en la identificación en las fuentes de ciertas analogías entre ambas figuras. En efecto, el precario y el arrendamiento tienen una serie de similitudes pues en ambos se otorga el uso y disfrute de una cosa, no obstante, cabe destacar de antemano que el *precarium* es un negocio gratuito y esencialmente revocable desarrollado en el campo de las relaciones de clientela⁵⁰.

Por su parte PEROZZI entiende que el precario era un negocio que podría implicar una contraprestación pecuniaria a favor del concedente, y llega a sostener que «incluso los clásicos habrían considerado la *locatio conductio* como un precario a merced y sólo los compiladores habrían establecido la contraposición entre estos dos institutos»⁵¹.

Ahora bien, en el ámbito del derecho privado también se destacan otras tesis. ELGUERA⁵² sostiene que el origen de la *locatio conductio* se encuentra en el arrendamiento de bienes muebles. Así lo demostraría la misma palabra *locatio* cuyo significado es «cambio de lugar»

⁴⁸ SCHERILLO, *Locazione e precario*, en LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, cit., 22.

⁴⁹ PEROZZI, *Istituzioni, I*, en LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, cit., 22.

⁵⁰ D.43,26,1. (inscriptio) *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quandiu is, qui concessit, patitur*. IHERING, R. Von. *El espíritu del derecho romano*, Librería Editorial de Carlos Bailliere, Madrid, 1891, 280. «Se llamaba precarium todo aquello que el patrón concedía a su cliente para su uso y a su ruego. (*Preces*, de ahí *precarium*). A menudo esa dádiva consistía en un fundo de tierra, aunque el otorgamiento de habitaciones (*habitatío* del derecho posterior) debió también ser frecuente.» De esta definición vale destacar que engloba ciertos aspectos básicos de la institución del precario, tales como su referencia directa a las relaciones de clientela; así como el carácter de concesión o dádiva, lo cual a nuestro modo de ver, lleva implícito el concepto de gratuidad. Por su parte, el profesor José M. Uria señala cinco elementos básicos del precario: 1) Convención celebrada entre *precario accipiens* y *precario dans*; 2) Entrega de la cosa (*traditio* de la *res precario data*), toda vez que en derecho justinianeo el precario es considerado un contrato innominado de la categoría *do ut facias*; 3) Que no medie recompensa o contraprestación pecuniaria alguna, por cuanto la figura es un negocio de carácter gratuito; 4) Que se otorgue el uso de la cosa durante un tiempo indeterminado. 5) Que el concedente pueda exigir la restitución de la cosa en cualquier momento. URÍA, José M, *Derecho Romano*. Volumen II. Imprenta del Consejo de la Judicatura, Bogotá, 1938, 249.

⁵¹ LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, cit., 22.

⁵² ELGUERA, Origen y evolución histórica del contrato de locación en Roma, en LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit locatum*, cit., 23.

o «poner una cosa a disposición de otra», lo cual indica que en un principio el contrato de arrendamiento debió estar referido a los muebles pues solo estos pueden ser transportados.

En este contexto adquiere relevancia el texto contenido en Gayo 4,28⁵³ que nos habla de la figura de la *locatio iumentum*. El texto gayano nos señala que la Ley de las XII tablas autorizaba el ejercicio de la *actio legis per pignoris capionem* en favor de aquellos que hubieren dado en arrendamiento sus bestias con el fin de destinar el pago de la merced a la realización de los sacrificios para los dioses. Aunque esta figura no es, jurídicamente hablando, una *locatio conductio* consensual, la *locatio iumentum* si constituye un precedente histórico importante en el desarrollo del contrato de arrendamiento, por cuanto pone de presente que para esta época, siglo V a.C., ya existía la necesidad de hacer uso de cosas pertenecientes a otros, mediando un acuerdo y por el pago de un precio⁵⁴.

Aunado a lo anterior, considera ARANGIO RUIZ⁵⁵ y también AMIRANTE, según la cual, la *locatio conductio*, antes de tipificarse como contrato consensual, nacía a la vida jurídica por medio de dos estipulaciones que se cruzaban entre sí, mediante las cuales se otorgaba el uso y disfrute de una cosa a cambio del pago de una *merces*. Se trataba entonces de una situación que, como ha puesto en relieve Amirante «entrado más tarde el esquema del arrendamiento consensual, un precedente y continuado uso de la estipulación, parece bastante probable»⁵⁶.

La caracterización del contrato de arrendamiento como contrato consensual, se logra a partir de la promulgación de la *lex Aebutia*⁵⁷ (aprobada entre el 150 y el 120 a.C.), con la que se generaliza el procedimiento formulario, al establecer un marco de libertad para que las partes pudieran elegir entre uno y otro procedimiento. Esta ley supuso

⁵³ Gai 4, 28: *Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam dapem, id est in sacrificium, inpenderet.*

⁵⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema Contractual Romano*, cit., 267.

⁵⁵ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Compravendita*, cit., 57.

⁵⁶ «Entrato tardi nello schema della locazione consensuale, un precedente e continuato uso della stipulazione sembra estremamente probabile.» AMIRANTE, Luigi, *Locazione in generale*, citado por MASI, Antonio, en ED, XXIV, Giufre Editore, 1974, 912.

⁵⁷ ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiliano, *Manual de derecho romano. Tomo I*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, 278. En Igual sentido se manifiesta CARRERAS FERRO, José M., *Curso de Derecho Romano*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 305.

un hito en el ámbito procesal ya que, a partir de su promulgación, el pretor debía establecer en el edicto también las fórmulas de las acciones civiles, lográndose con ello, que las instituciones de derecho de gentes, y los programas redactados para dotarles de protección jurídica eficaz, fueran incorporados paulatinamente al *ius civile*⁵⁸. Posteriormente, unas *leges Iuliae*⁵⁹ (17 a.C.) abolieron el derecho de opción y establecieron, como único y obligatorio, el procedimiento formulario.

Según Grosso⁶⁰, la época en la cual se habría logrado la definitiva configuración del contrato consensual, ha sido «la del pleno desarrollo económico de la sociedad romana». Por esta razón, en algún momento durante el transcurso de la República los acuerdos encaminados al intercambio del uso de una cosa por un precio habrían sido protegidos por el pretor mediante dos acciones de buena fe, la *actio conducti* y la *actio locati*, dando lugar al surgimiento de la *locatio conductio* como contrato consensual.

Siguiendo a Grosso, la opinión más difundida y aceptada en torno del origen de los contratos consensuales, es aquella que afirma que este proceso de protección jurídica del simple consentimiento habría sido producto del creciente intercambio comercial entre ciudadanos romanos y peregrinos⁶¹, y en este sentido los orígenes de la *locatio conductio* provendrían del *ius gentium*⁶².

⁵⁸ MARTÍN MINGUIJÓN, Ana Rosa, *Acciones Ficticias y Acciones Adyecticias. Fórmulas*, 2001, cit., 6.

⁵⁹ Cic., *de off.* 3.17: *itaque maiores nostri aliud ius gentium aliud ius civile esse voluerunt: quod civile non ideo continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet.* En relación con las instituciones del *ius gentium*, VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Trad. Esp. De Daza, Madrid, 1986, se refiere a la acogida de normas e instituciones extranjeras en el Derecho Romano a través de fuentes de producción romana. Puntualiza que más que una auténtica recepción (que, a su vez, distingue de la aplicación ocasional por parte de los magistrados romanos) se produce una imitación de normas y de institutos extranjeros por parte del ordenamiento jurídico romano. En MARTÍN MINGUIJÓN, Ana Rosa, *Acciones Ficticias y Acciones Adyecticias. Fórmulas*, cit., 6, nt. 10.

⁶⁰ GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 401. Cit. por MASI, Antonio, en ED, XXIV, Dott.A Giuffrè-Editore, 1974, 908.

⁶¹ MAZEAUD, Henry y León Jean, *Derecho civil. Parte IV. Los principales contratos*, p. 6 «El arrendamiento no se desarrolló en Roma sino con las conquistas, con el gran comercio, con la afluencia de extranjeros y con las emancipaciones de esclavos: La población inestable y pobre no podía adquirir su casa; se alojaba en el último piso de las casas familiares, para luego encontrar asilo en las *insulae*, casas de renta construidas por los romanos ricos. Los capitales encontraban así una inversión segura, mientras que las personas menos afortunadas hallaban alojamiento seguro.»

⁶² AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, en Adela LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, cit., 25.