

# NEGOTIATIONES IN ANIMALIBUS CONTRAHERE: UNA APROXIMACIÓN A LA TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN PECUARIA EN DERECHO ROMANO

F. JAVIER CASINOS MORA  
Universitat de València

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Con la denominación *negotiationes in animalibus* que he utilizado en el título sólo pretendo aglutinar bajo una sola denominación todas las figuras contractuales que tienen en común los animales, fundamentalmente de pastura, como objeto de explotación económica. Existen manifestaciones de contratación pecuaria desde la más remota Antigüedad, sobre todo de alquiler de bueyes, asnos, caballos y mulos para la trilla y otras tareas agrícolas y arrendamientos de servicios a pastores y veterinarios. Así, en los códigos mesopotámicos más antiguos, como el de Lipit-Ishtar<sup>2</sup> y el de Eshnunna;<sup>3</sup> en el babilonio Código de Hammurabi;<sup>4</sup> así como en el Código hitita.<sup>5</sup> Se han hallado también algunos papiros neobabilónicos relativos a contratación pecuaria, así como papiros griegos que contienen contratos de aparcería y locación de ganados que responden a diferentes esquemas.<sup>6</sup> En el libro del Génesis hay alusiones a lo que podría identifi-

<sup>1</sup> Para la citación abreviada de las fuentes literarias romanas he seguido la relación de abreviaturas de GLARE, G. W. (ed.), *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, Oxford University Press, 1982, reimpr. 2007; para la de las fuentes bíblicas las abreviaturas de la BJ (*Bible de Jérusalem*, Paris, Éditions du Cerf, 1956, rev. 1961); para la de los papiros he utilizado las abreviaturas propuestas por MONTANARI, F., *Vocabolario della lingua greca*, Torino, Loescher, 2013; y para otras fuentes la seguida en la edición consultada, la cual se indica en la correspondiente nota a pie de página.

<sup>2</sup> Leyes 4, 39-42 (consultada edición de LARA PEINADO, F. y LARA GONZÁLEZ, F., *Los primeros Códigos de la humanidad*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 87 y 101 s.).

<sup>3</sup> Leyes 3 y 10 (*ibíd.*, pp. 112 y 114).

<sup>4</sup> Leyes 242-249, 253, 255, 261 y 264-271 (consultada edición de LARA PEINADO, F., *Código de Hammurabi*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 37-40).

<sup>5</sup> Leyes 151, 152 y 159 (consultada edición de BERNABÉ, A. y ÁLVAREZ PEDROSA, J. A., *Historia y Leyes de los hititas. Textos del Imperio antiguo. El Código*, Madrid, Akal, 2000, p. 202 s.).

<sup>6</sup> Sobre ambos grupos de papiros véase VON BOLLA-KOTEK, S., *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum*, München, C. H. Beck, 1969.

carse como arrendamientos de obra relativos al ganado;<sup>7</sup> y en el mundo griego existen referencias literarias a contratos sobre ganado en Diodoro de Sicilia,<sup>8</sup> en Pausanias<sup>9</sup> e incluso tal vez en Hesíodo.<sup>10</sup> Por lo que se refiere a Roma, al margen de las referencias en la literatura técnica jurídica, pueden encontrarse alusiones a los animales objeto de explotación económica y a contratos sobre ellos en Catón, Varrón y Columela y también, en Apuleyo, en cuya obra *Metamorphoses* el protagonista, transformado en asno, es arrendado a un tercero.<sup>11</sup> En el ámbito hispánico alguna suerte de aparcería pecuaria ya podría tener precedentes en el mundo iberocéltico.<sup>12</sup>

Que en Roma la ganadería precedió históricamente a la agricultura era un hecho bien conocido por los tratadistas romanos.<sup>13</sup> Es más, según la tradición historiográfica romana, la propia Roma habría sido fundada por pastores y en el mismo día de la fiesta en honor de su diosa patrona, Pales (*Parilia*). Al decir de Varrón *culturam agri docuerunt pastores progeniem suam, qui condiderunt urbem*<sup>14</sup> y de *antiquis illustrissimus quisque pastor*

<sup>7</sup> GN. 30, 28-32: <sup>28</sup> *constitue mercedem tuam quam dem tibi.* <sup>29</sup> *At ille respondit: Tu nosti quomodo servierim tibi, et quanta in manibus meis fuerit possessio tua.* <sup>30</sup> *Modicum habuisti antequam venirem ad te, et nunc dives effectus es: benedixitque tibi Dominus ad introitum meum. Justum est igitur ut aliquando provideam etiam domui meae.* <sup>31</sup> *Dixitque Laban: Quid tibi dabo? At ille ait: Nihil volo: sed si feceris quod postulo, iterum pascam, et custodiam pecora tua.* <sup>32</sup> *Gyra omnes greges tuos, et separa cunctas oves varias, et sparsa vellere; quodcumque furtum, et maculosum, variumque fuerit, tam in ovibus quam in capris, erit merces mea.* GN. 47, 5-6: <sup>5</sup> *Dixit itaque rex ad Joseph: Pater tuus et fratres tui venerunt ad te.* <sup>6</sup> *Terra Ægypti in conspectu tuo est: in optimo loco fac eos habitare, et trade eis terram Gessen. Quod si nosti in eis esse viros industrios, constitue illos magistros pecorum meorum.*

<sup>8</sup> D.S. 8, 5: Ὅτι Πολυχάρη Μεσσήνιον πλούτῳ καὶ γένει διαφέροντα συνθέσθαι ἀγεῶν κοινωσίαν πρὸς Εὐαίφνον Σπαρτιάτην. Ὅν εἰς ἐπιμέλειαν καὶ φυλακὴν παραλαβόντα τὰς τε ἀγέλας καὶ τοὺς νομεῖς ἐπιχειρήσαι μὲν πλεονεκτεῖν, καταφανῆ δὲ γενέσθαι. Πωλήσαντα γὰρ ἐμπόροις τῶν τε βοῶν καὶ τῶν νομέων τινὰς ἐπ' ἔξαγωγῇ προσποιηθῆναι τὴν ἀπώλειαν αὐτῶν ὑπὸ ληστῶν γεγενῆσθαι βιαίως.

<sup>9</sup> PAVS. 4, 4, 4-6: 4. (...) Πολυχάρης Μεσσήνιος τὰ τε ἄλλα οὐκ ἀφανῆς καὶ νίκην Ὀλυμπίασιν ἀνηρημένος –τετάρτην ὀλυμπιάδα ἤγον Ἕλληες καὶ ἀγώνισμα ἦν σταδίου μόνον, ὅτε ὁ Πολυχάρης ἐνίκησεν–, τούτῳ τῷ ἀνδρὶ ἐγένοντο βοῦς· καὶ–οὐ γὰρ ἐκέκτητο ἰδίαν 5. γῆν ὡς νομὰς ταῖς βουσίην ἰκανὰς εἶναι–Σπαρτιάτη σφᾶς δίδωσιν Εὐαίφνῳ βόσκεισθαι τε ἐν ἐκείνου καὶ 6. μοῖραν εἶναι καὶ Εὐαίφνῳ τοῦ καρποῦ τῶν βοῶν (...)

<sup>10</sup> En HES. *Op.*, 437 se habla de la compra de dos bueyes machos de nueve años; y en *Op.* 602 de lo que podría ser un arrendamiento de servicios que comprendiera tareas pecuarias.

<sup>11</sup> APVL. *met.* 7, 15: *Nec tantum sui cibi gratia me fatigare contenta, vicinorum etiam frumenta mercennariis discursibus meis conterebat, nec mihi misero statuta saltem cibaria pro tantis praestabantur laboribus. Namque hordeum meum frictum et sub eadem mola meis quassatum ambagibus colonis proximis venditabat.*

<sup>12</sup> COSTA, J., *Derecho consuetudinario y economía popular en España*, I, 1, Barcelona, Henrich y Cía, 1902, p. 330.

<sup>13</sup> Así lo expresan autores como Varrón quien señala, citando la autoridad del peripatético Dicearco de Mesina: VAR. R. 1, 2, 16: (...) *ut superioribus temporibus fuisse doceat, cum homines pastoriam vitam agerent neque scirent etiam arare terram aut serere arbores aut putare; ab iis inferiore gradu aetatis susceptam agri culturam. Quocirca ea succinit pastorali, quod est inferior (...)*. Varrón desarrolla esta idea en R. 2, 1, 4, en que distingue tres estadios: *gradus naturalis*, *pastoricia* y *agri cultura* y aporta en los pasajes sucesivos múltiples testimonios en la cultura y religión romanas que avalan la antigüedad fundacional y la prosapia de la ganadería: el vellochino de oro; los nombres de algunos signos zodiacales y constelaciones; los topónimos Egeo, Tauro, Bósforo, *Hippion Argos*; el propio nombre de Italia, derivado de *uituli* –según Columela, del nombre griego de los toros *Italous* (COL. 6, *praef.* 7)–; Faústulo, el pastor ayo de Rómulo y Remo; el ritual purificador de la *suovetaurilia*; o muchos *nomina gentium*, como los Porcios, Caprilios, Ovinios, Asinios, Tauros, Equicios, así como *cognomina* diversos.

<sup>14</sup> VAR. R. 2, *proom.* 4.

*erat, ut ostendit et Graeca et Latina lingua et veteres poetae.*<sup>15</sup> La industria pecuaria es la más antigua y el ganado el primer capital conocido, *nam in rusticatione vel antiquissima est ratio pascendi eademque quaestuosissima*, como afirma Columela, hasta el punto, como es bien sabido, de derivar de *pecus* el propio nombre del dinero, *pecunia*.<sup>16</sup> Pero habiendo sido el ganado el primer objeto de explotación industrial, quedaría después estrechamente asociado a la agricultura,<sup>17</sup> y se originó entre ganadería y agricultura una, en expresión varroniana, *societas inter se magna*. De hecho, como explica Ulpiano, los ganados e incluso en algunas regiones los rebaños llegaron a considerarse pertenencias de los fundos, del *instrumentum fundi*.<sup>18</sup>

Al definirse en derecho romano los contratos por su causa y no por su objeto material no existe una categoría de contratos pecuarios bajo tal designación sino que *pecuaria* o animales de la *pastoralis scientia*<sup>19</sup> intervienen como elemento real de distintos contratos nominados y modalidades de contratos innominados, las llamadas *locationes irregulares*, llegando a ser la casuística al respecto bastante notable. Así lo evidencian también para la praxis algunos papiros hallados en Egipto.

La base común a todas las figuras contractuales, que trataré seguidamente, es que su *ratio* económica no es la mera transmisión del dominio de animales de pastura<sup>20</sup> o su intercambio con otros bienes sino cualquier tipo de explotación de aquéllos, de su fuerza de trabajo, de la zootecnia y de sus productos,<sup>21</sup> de la que participen ambas

<sup>15</sup> VAR. R. 2, 1, 6.

<sup>16</sup> Columela explica la etimología de *pecunia*, en términos que podría suscribir sin inconvenientes la moderna ciencia filológica: COL. 6, *praef.* 4: *Propter quod nomina quoque pecuniae et peculii tracta videntur a pecore, quoniam id solum veteres possederunt, et adhuc apud quasdam gentes unum hoc usurpatur divitiarum genus.*

<sup>17</sup> Catón y Varrón indican fórmulas ideales para cuantificar el número y tipo de animales de tiro y de pastura en relación con las medidas de los predios agrícolas. VAR. R. 1, 19 y CATO Agr. 10 y 11.

<sup>18</sup> VLP. 20 Sab. D. 33, 7, 8: pr.-1: *In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat. Quaerendi, veluti homines qui agrum colunt, et qui eos exercent praepositive sunt is, quorum in numero sunt vilici et monitores: praeterea boves domiti, et pecora stercorandi causa parata (...) 1. Quibusdam in regionibus accedunt instrumento, si villa cultior est, veluti atriensis scoparii, si etiam viridiaria sint, topiarii, si fundus saltus pastionesque habet, greges pecorum pastores saltuarii.*

<sup>19</sup> Varrón distingue en R. 2, 1, 12 nueve elementos integrantes de la *pecuaria* divididos en tres grupos: *pecus minor: oves, caprae, sues; pecus maior: boves, asini, equi*; y los que no son objeto sino de utilidad para la ganadería, entre los que incluye a los esclavos pastores: *muli, canes, pastores*. Columela diferencia en COL. *praef.* las siguientes partes en la *pastoralis scientia: equinum armentum, bubulum armentum, pecus ovillum, caprinum, porculatoris professio, subulci professio, avium cura, apium cura.*

<sup>20</sup> A la pregunta de cuáles son estos animales responde el siguiente pasaje de Columela: COL. 6, *praef.* 6: *Igitur cum sint duo genera quadrupedum, quorum alterum paramus in consortium operum, sicut bovem, mulam, equum, asinum, alterum voluptatis ac redditus et custodiae causa, ut ovem, capellam, suem, canem.* Sin duda, corresponde al buey el puesto de honor en la antigua explotación ganadera romana: *Nec dubium quin, ut ait Varro, ceteras pecudes bos honore superare debeat.* También sobre el reconocimiento de la importancia del buey para la agricultura: PLIN. *nat.* 8, 70 (45), 180.

<sup>21</sup> Los tratadistas romanos de asuntos pecuarios indican como conocimientos precisos para la adecuada explotación económica ganadera unos relativos a la provisión: la edad adecuada de los animales según su especie para su adquisición y tenencia (*aetas*), las características específicas de cada especie (*modus*), su raza (*seminium*) y las normas sobre compraventa (*ius in parando*), incluyendo las estipulaciones exigibles al vendedor; y otros a la pastura: el pasto o crianza (*pastio*): su lugar, tiempo y modo, con respeto a las *leges censoriae*; la reproducción (*fetura*); nutrición (*nutricatus*) de adultos y crías; y conocimientos de veterinaria y terapias de curación (*sanitas*), según cada especie, y la correcta

partes contratantes, y en la que se produzca la entrega de los animales a cambio de una contraprestación distinta del pago de un precio de venta o de la permuta de otra cosa. Aun tratándose también de negocios arrendaticios deo fuera de este estudio la contratación sobre el uso de animales exclusivamente para el transporte de personas o mercancías por no concurrir la nota de «pecuareidad».<sup>22</sup> También queda fuera el aprovechamiento de pastos públicos por dueños o poseedores de rebaños a cambio del pago de impuestos<sup>23</sup> o la imposición fiscal a las ventas<sup>24</sup> de animales en mercados, dado que se trata de relaciones de naturaleza fiscal y de que no se da un aprovechamiento privado conjunto.

Qué eficacia tenga la entrega de los animales: es decir, si ésta es traslativa o no del dominio; si hay previa estimación o no del valor de los animales entregados; si la *traditio* se hace o no conjuntamente con un predio rústico; cuál sea la contraprestación del adquirente: si el pago de una renta al transmitente, pecuniaria o no, determinada o no determinada *ab initio*, o la retribución a éste con una parte de las ganancias; qué deba restituirse por el adquirente y en relación con ello quién deba soportar el riesgo de pérdida de los animales y por qué concepto, son, entre otras, variables estructurales y del contenido del negocio que van a producir como resultado la casuística contractual.

Entre los comentaristas medievales y después también entre los humanistas y pandectistas hubo un encendido debate acerca de la naturaleza de los contratos pecuarios, que recibirían en conjunto la denominación de *socida*, es decir, si constituían sociedad, arrendamiento o *locatio conductio irregularis* fundamentalmente.<sup>25</sup> En los derechos medievales francés, alemán, italiano e hispánico hubo un importante desarrollo de estas figuras,<sup>26</sup> entre las cuales camparía, además, cierta modalidad abusiva de con-

---

estabulación e higiene (VAR. R. 2, 1, 13-16; CATO Agr. 30; 54; 60; 70-73; 83; 89-90; 96; 102-103; 131-132; 134; 138; y 141; COL. 2, 3 y por extenso en los libros 6 al 9 dedicados fundamentalmente a la veterinaria y a la custodia y alimentación de los distintos grupos de animales de explotación; y PALLAD. Agr. 1, 21-33 y 4, 11-14).

<sup>22</sup> Como es el caso contemplado en ALF. 3 dig. D. 19, 2, 30, 2, sobre el alquiler de unas mulas para transporte de carga.

<sup>23</sup> Sobre la explotación de pastos públicos por particulares existen bastantes papiros, si bien contienen sobre todo recibos de pago: PFAY. 61, de 233 (GRENFELL, B., HUNT, A. S. y HOGARTH, D. G., *Fayum Towns and Their Papyri*, London, The Offices of the Egypt Exploration Fund, 1900, p. 190); y los PPBGU 199, 345 y 810.

<sup>24</sup> Véase un recibo de pago del impuesto sobre la venta de una vaca en mercado público en PFAY. 62, de 134 (GRENFELL, B., HUNT, A. S. y HOGARTH, D. G., *Fayum*, cit., p. 191).

<sup>25</sup> Véase *status quaestionis* existente en el siglo XVI en TABOR, O., *De iure socidae*, Argentorati, 1642; Vid. también: TILEMANN, B., *De contractu socidae*, Jenae, 1672; BRUNNEMANN, J., *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, Coloniae Allobrogum, 1762 (Fráncfurt del Oder, 1677), pp. 561-571; STRYK, S., *Specimen usus moderni Pandectarum*, 1712, Lib. XIX, Tit. II, §8; BEYER, G., *Delineatio juris Germanici opus posthumum*, Lipsiae, 1723, pp. 230-235; y HEINECIO, J. G., *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, Frankfurt am Mayn, 1774 (Amsterdam, 1725), pp. 711 s.

<sup>26</sup> Vid. PERTILE, A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, IV. *Storia del diritto privato*, Padova, 1874, pp. 595-611; NOLTENIUS, E., *Der «contractus socidae»*, 1897; BESTA, E., *Il contratto di soccida nel suo svolgimento storico*, Palermo, 1908 (bibliografía sobre este contrato desde el siglo XVII en p. 3, n. 1); BREGLIA, M., *Negozió giuridico parziario*, Napoli, Pierro, 1916; SCHUPFER, F., *Il Diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, II, Milano, Fratelli Bocca, 1921, pp. 143 ss.; FRANCIA, V., «Il contratto di soccida nel Bolognese nei secoli XIII e XIV», en *Archivio Giuridico*, 1922, pp. 68-93; PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, X, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1932, pp. 928 ss.; y HUCK, E., «Die Viehverstellung», en *Zeitschrift für deutsches Recht*, 5,

trato, el *contractus socidae* de hierro, con apoyo en el derecho romano, en la praxis jurídica grecoegipcia, así como en la legislación romano-bárbara. En el derecho intermedio predominaría una concepción societaria o cuasi societaria de los negocios pecuarios. De hecho, la expresión medieval *contractus socidae* es la más utilizada desde antiguo para designar en general a los contratos sobre animales de pastura y gozaría de éxito histórico, pues no en vano sigue estando vigente tal denominación, por ejemplo, en derecho italiano (*soccida*) o en derecho catalán (*sòcita*). En las épocas más recientes ha prevalecido en cambio una concepción más «locacionista» de estos negocios, tendente a fijar por escrito las obligaciones de las partes para seguridad del contratante más vulnerable y atenta a evitar desequilibrios contractuales en perjuicio de éste y de la que participan la aparcería pecuaria y, muy especialmente, los modernos «contratos de integración».

Veamos ya las distintas *negotiationes in animalibus*. En la exposición no he pretendido seguir un orden cronológico o de aparición histórica de las figuras contractuales sino que primero me he ocupado de los negocios de tipo arrendaticio, para seguir con los societarios y concluir con la aparcería pecuaria, por constituir ésta un híbrido, una suerte de contrato de estructura cuasi arrendaticia con coloración societaria.

## II. NEGOTIATIONES IN ANIMALIBUS

### 1. *Locatio conductio rei non aestimatae*

Un rescripto de Septimio Severo y Caracalla, invocado por Ulpiano en 32 *ed. D.* 19, 2, 9, 4, se refiere *obiter dicta* a este arrendamiento sobre animales de pastura al tratar del delito de abigeato: *cum grex esse abactus, quem quis conduxerat*. Este arrendamiento tiene por objeto animales de pastura, una *universitas facti*, como es la *grex*, aunque nada se opondría a la admisibilidad de un arrendamiento de un animal o animales en cuanto que *singulum caput non aestimatum* o *singula capita non aestimata*. En esta *locatio* no hay transferencia de la propiedad sino sólo de la mera tenencia y no se constituye una comunidad sobre los animales; estos son entregados con o sin un predio simultáneamente y sin estimación de su valor; la contraprestación es por parte del arrendatario pecuniaria y se halla perfectamente determinada en cuantía y vencimiento desde la perfección del contrato; y el riesgo de la pérdida de la cosa por *casus* corresponde, como es lo regular, al arrendador.<sup>27</sup> En VLP. 32 *ed. D.* 19, 2, 15, 2 se sanciona esta regla y se enuncian supuestos de *vis maior*, es decir, todos aquellos en que hay una *vis, cui resisti non potest*,<sup>28</sup> y otros

pp. 226 ss. Afortunadamente, el tema de la evolución histórica de los sistemas de explotación pecuaria se ha retomado recientemente: MATTONE, A. y SIMBULA, P. F., *La pastorizia mediterranea. Storia e diritto (secoli XI-XX)*, Roma, Carocci, 2011.

<sup>27</sup> VLP. 29 *Sab. D.* 50, 17, 23: *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam (...) Dolum et culpam (...) locatum. (...) Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur (...)*

<sup>28</sup> Sobre el problema del incumplimiento contractual por *vis maior* y el concepto de ésta véanse: FIORI, R., *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli,

que no lo son; el arrendatario responde por culpa o también asume la responsabilidad por custodia a cambio de una retribución adicional. Como lo entregado al arrendatario es un *corpus universum*, esto mismo es lo que deberá restituir al finalizar el contrato, ya sea cuantitativa y/o cualitativamente idéntico, ya sea aumentado o ya sea disminuido en número de individuos y/o en la calidad de éstos, pues *universitas remanet eadem*,<sup>29</sup> no se trata sino de la misma *res* en todos los supuestos. La idea se menciona explícitamente, tratándose de un usufructo de rebaño o de piara, en POMPON. 5 Sab. D. 7, 1, 69 *i.f.*: *Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse; nam alioquin quod nascitur, fructuarii est, et cum substituit, desinit eius esse*; y de un legado de rebaño en VLP. 15 Sab. D. 30, 21 y POMPON. 5 Sab. D. 30, 22.<sup>30</sup>

Son fuentes fundamentales de este contrato, además del citado rescripto invocado en VLP. 32 *ed.* D. 19, 2, 9, 4: VLP. 32 *ed.* D. 19, 2, 9, 2: *Si quis fundum locauerit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse*; y GAI. 5 *ed. prov.* D. 19, 2, 40: *Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*. El rescripto habría además exonerado de responsabilidad al arrendatario en caso de abigeato: *Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest iudicio locati, casum praestare non cogeris atque temporis quod insecutum est mercedes ut indebitas reciperabis*.

También fueron frecuentes desde antiguo las *locationes* de instalaciones pecuarias que en ocasiones tenían por objeto animales y productos de éstos. De ello tenemos constancia gracias al hallazgo de algunos papiros reveladores de la habitualidad de este tipo de transacción jurídica. Así, el P<sub>UBM</sub> 606, datado en 306,<sup>31</sup> que contiene un alquiler de establo para ganado y de un almacén para paja y forraje; el P<sub>OXY</sub>. 1127, de 183,<sup>32</sup> sobre arrendamiento de un ático para palomar; el P<sub>UBM</sub> 393, datado en 168,<sup>33</sup> que describe el alquiler de un establo de camellos; y el P<sub>OXY</sub>. 1207, de 175-176?,<sup>34</sup> el cual versa sobre el alquiler de unos locales, que habían sido establos de camellos para uso como gallinero por el arrendatario, incluyendo la renta algunos extras en especie consistentes en aves de granja y sus productos, entre otros.

---

Jovene, 1999, pp. 85-93; GERKENS, J. F., «*Vis maior and vis cui resisti non potest*», en VAN DEN BERG, R. (ed.), *Essays in honour of Eric Pool*, Pretoria, University of South Africa, 2005, pp. 109-120; y también la reciente monografía CHAMIE, J. F., *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

<sup>29</sup> Como explica Jasón del Maino en *In secundam infortiati partem commentaria*, Lugduni, 1582, p. 44, al comentar VLP. 15 Sab. D. 30, 21: *quia universitas sicut est grex sui natura recipit incrementum et deminutionem et tamen est semper idem (...)* *In universalibus unum subrogatur loco alterius: et universitas remanet eadem*.

<sup>30</sup> VLP. 15 Sab. D. 30, 21: *Grege legato et quae postea accedunt ad legatarium pertinent*. POMPON. 5 Sab. D. 30, 22: *Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri: et si deminutum ex eo grege pecus esset et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desisset esse: quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari*.

<sup>31</sup> ERMAN, A. y KREBS, F. (eds.), *Aus den Papyrus der königlichen Museen*, Berlin, W. Spemann, 1899, p. 203.

<sup>32</sup> HUNT, A. S. (ed.), *The Oxyrhynchus Papyri*, 8, London, The Offices of the Egypt Exploration Fund, 1911, pp. 221-223.

<sup>33</sup> ERMAN, A. y KREBS, F., *Aus den Papyrus*, cit., p. 204.

<sup>34</sup> HUNT, A. S. (ed.), *The Oxyrhynchus Papyri*, 9, London, The Offices of the Egypt Exploration Fund, 1912, pp. 244 s.

## 2. *Locatio conductio rei aestimatae*

Sobre esta figura arrendaticia caben dos hipótesis. En la primera, que sería el caso correlativo al de la rúbrica precedente, el objeto del arrendamiento es un rebaño o conjunto de animales entregados por el *locator* ahora bajo estimación económica, de tal modo que el *conductor* queda obligado a restituir si no los mismos animales recibidos sí un equivalente en calidad y cantidad (*tantumdem eiusdem generis*). En cualquier caso el dominio de los animales permanece en el arrendador. El arrendatario ha recibido una *universitas gregis aestimata* y queda obligado a restituir esa misma *universitas*, que debe ser idéntica en valor y calidad a la recibida por efecto de la estimación, pues con la estimación se persigue un efecto de garantía. De no existir la *aestimatio*, cumpliría el *conductor* con restituir la *grex* ya sea idéntica, ya aumentada o ya disminuida, pues en todos los casos sigue siendo la misma *res* que recibió del *locator*.

La segunda hipótesis es la *locatio conductio* de animales con transferencia de dominio al arrendatario, admisible en derecho justinianeo y también en derecho clásico, si es que confiamos en la autenticidad de dos pasajes sobre los que no recae sospecha de interpolación, al menos en lo concerniente a este extremo. En efecto, el arrendamiento puede ser de cosa cuya propiedad se transfiere al arrendatario o no, aun siendo ciertamente esto segundo lo habitual y ordinario. Esto se colige de la paremia ulpiana contenida en VLP. 2 ed. D. 19, 2, 39: *Non solet locatio dominium mutare*. Pues bien, se transfiere excepcionalmente la propiedad de las *res locatae* cuando éstas son cosas genéricas. Así resulta de un pasaje de Alfenos no atetizado en lo que aquí interesa: ALF. 5 dig. D. 19, 2, 31:<sup>35</sup> (...) *Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum uestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (ueluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut uasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri*. Es claro que los *pecora* y los *pecudes* pueden intervenir en los negocios también como *singula capita* y no sólo como *grex* o *universum*, y al mismo tiempo como *genus*. En tal caso se transmite su propiedad *ipso iure* cuando se verifica la entrega de la cosa al *locator* en la *locatio conductio rerum*, bien entendido que la transferencia dominical se debe no a la propia causa del contrato sino a la naturaleza de su objeto material. La misma solución se da en caso de entrega de un apero o *instrumentum fundi* estimado al arrendatario o de entrega de una dote estimada, como resulta de POMPON. 9 Sab. D. 19, 2, 3: *Cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur*.

Respecto a la responsabilidad, la diferencia entre este tipo de *locatio conductio rei* y el *mutuum*, figura con la que guardaría una evidente similitud, radicaría en que la responsabilidad del arrendatario respecto al arrendador por la pérdida de la cosa, a despecho de que *res perit domino* y de que *genus numquam perit*, sería exigible sólo en caso de culpa o dolo: *Sed si ita datum esset, ut in simili re solui possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi)*; mientras que de tratarse de un préstamo se podría exigir al mutuuario la devolución del *tantumdem* aun en caso de pérdida de la cosa por fuerza mayor o caso fortuito, respondería, pues, a todo riesgo:

<sup>35</sup> Es muy abundante la literatura sobre todas las cuestiones que suscita el pasaje en su integridad. Véase la exhaustiva relación bibliográfica indicada por COCHIS, B., «Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3, 147», en *Rivista di Diritto Romano*, 3, 2003, p. 10 s.

VLP. 28 ed. D. 13, 6, 5, 3: (...) *et ideo uerior est Quinti Mucii sententia existimantis (...) si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.* Tal sería una consecuencia del carácter sinalagmático del arrendamiento y no sinalagmático del mutuo.

De una *locatio conductio rei* con transferencia del dominio de una cosa ilustra el pFLOR. 1, 16, datado en 239. Se consigna en él un arrendamiento rústico en el cual, a cambio de una renta, una arrendadora entrega a un arrendatario un huerto y también una vaca para utilizar su fuerza bruta en el funcionamiento de una noria de agua con un valor estimado de cien dracmas. La estimación del valor de la vaca tendría por objeto la garantía de la restitución del animal, ora el mismo entregado ora otro de su mismo valor y calidad en el caso de que aquél pereciera durante el arrendamiento. En caso de perecimiento del animal por algún evento irresistible (*vis maior*) o por algún evento absolutamente imprevisible (*casus*) quedaría exonerado el *conductor* de restituir el *tantumdem*, al no haberse incorporado una cláusula ἀθάνατος, de la que trataré más adelante, sin que evidentemente puedan considerarse como tales casos los de muerte del animal por causas naturales o por causas accidentales, que sean debidas a culpa o dolo del arrendatario, pues se perdería el valor de garantía que representa la *aestimatio* de la *res locata*.

### 3. *Locatio conductio operis*

El *negotium in animalibus* consistente en una *locatio conductio* también lo puede ser en la modalidad de *locatio conductio operis* cuando un *pastor* recibe en arriendo *pecora pascenda* de un *dominus pecorum*. Así lo sugiere Celso cuando en el pasaje VLP. 32 ed. D. 19, 2, 9, 5 equipara al *conductor-pastor* con el *sarcinator*, que recibe prendas para remendar, o al *politor*, a quien se encomienda un campo para que mejore su productividad, recibiendo el primero la merced convenida y el segundo una parte de los productos, previa entrega del *opus factum* en ambos casos. La diferencia con la aparcería sería muy sutil pues lo que se contrata aquí es la realización de la obra, de ahí que el *conductor* debe responder por *imperitia* o mal ejercicio de su arte, al considerarse aquella equivalente a la culpa: *Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octauo digestorum scripsit: si quis uitulos pascondos uel sarciendum quid poliendumue conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccauit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

### 4. *Locatio conductio operarum*

Aunque no existe mención alguna en las fuentes jurídicas al caso de un pastor que arriende sus servicios como tal, en tanto que concedor de la *ratio et scientia pastoris* y al que compete *ea quae nata ex pecore*,<sup>36</sup> nada impide admitir en derecho romano esta posibilidad teórica bajo la figura de la *locatio conductio operarum*, ni tampoco la de arrendar esclavos peritos en arte pastoril, en el cuidado, alimentación, zootecnia e industria

<sup>36</sup> Expresiones contenidas en VAR. R. 2, 1, 5. Una alusión a la figura del pastor que arrienda sus servicios podría admitirse con dificultades en VERG. Ecl. 3, 1-2: *Menalcas: Dic mihi, Damoeta, cuium pecus? An Meliboei? Damoetas: Non, verum Aegonos; nuper mihi tradidit Aegon.*

del ganado, que presten tal servicio a un *dominus pecorum*. Aunque muy tardíamente lo confirmaría para la práctica un papiro, el *pLOND.* 1796,<sup>37</sup> en el que se contempla una *locatio conductio operarum* a la que se yuxtapone una *locatio conductio rei* y un comodato: la operación negocial consiste fundamentalmente en que un individuo se compromete a llevar a cabo las labores agrícolas y ganaderas de una finca durante un año a cambio del pago de un salario, pero aportando él mismo el ganado y por el cual además percibiría una suma de dinero fija, doce sólidos, de los cuales dos serían pagaderos al inicio del contrato y el resto al vencimiento. El documento también contiene la cláusula adicional de que el arrendador entregue en comodato al arrendatario de servicios dos camellos y sus jinetes durante doce días. La datación tardía del papiro, siglo VI, podría levantar sospechas sobre la posible creación encubierta de un *patrocinium vicorum* a través de esta operación, patrocinio a la sazón prohibido por una constitución de León I y Antemio de 468 al hacerse *in fraudem circumscriptionemque publicae functionis*.<sup>38</sup>

### 5. *Contractus innominatus (do ut facias et des)*

Se da cuando hay transferencia de la propiedad de los animales al *recipiens* y la contraprestación de éste consiste en el abono al transmitente de parte del precio obtenido en una futura venta de las reses. El contrato se aproxima a la compraventa pero a diferencia de ella no existe precio cierto en el momento de la perfección del contrato, la cual además no se produce *consensu* sino *re*. Tampoco es una simple *permutatio* sino un negocio más complejo pues a la obligación del *recipiens* de *dare* preceden diversas obligaciones de *facere*, como alimentar a los animales y venderlos. Es fuente fundamental a este respecto: *VLP.* 30 *Sab.* D. 19, 5, 13, 1: (...) *si (...) pecus pascendum tibi dedero (...) ut, si post certos annos uenisset, pretium inter nos communicaretur (...) dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem Iulianus dandam, id est praescriptis uerbis.*

### 6. *Contractus innominatus (facio ut facias)*

Esta figura aparece descrita en *VLP.* 28 *ed.* D. 19, 5, 17, 3: *Si, cum unum bouem haberem et uicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bouem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, uerum praescriptis uerbis agendum est.* Se trata de una suerte de pseudocomodato recíproco de animales por un plazo de tiempo, el suficiente para llevar a

<sup>37</sup> BELL, H. I. (ed.), *Greek Papyri in the British Museum*, London, 1917, Oxford University Press et al., pp. 253-255.

<sup>38</sup> Con esta interpretación quien arrienda sus servicios sería en realidad el dueño de la finca, quien la transmitiría a otro para inmediatamente colocarse bajo su protección en calidad de colono. Cfr. BELL, H. I. (ed.), *Greek Papyri*, cit., pp. 253 s. La constitución imperial se halla en C. 11, 54, 1 pr. A. 468: *Si quis post hanc nostri numinis sanctionem in fraudem circumscriptionemque publicae functionis ad patrocinium cuiuscumque confugerit, id, quod huius rei gratia geritur sub praetextu donationis vel venditionis seu conductionis aut cuiuslibet alterius contractus, nullam habeat firmitatem: tabellionibus, qui talia instrumenta perficere ausi fuerint, bonorum proscriptioe plectendis, qui tamen scientes ausi fuerint huiusmodi instrumenta conscribere: vicis etiam vel possessionibus ad patrocinia confugientium publico vindicandis.*

cabo cierta tarea agrícola sucesivamente en los fundos de los respectivos dueños. Habida cuenta de que un comodato tiene por causa el otro comodato y al revés, no estaríamos ante dos comodatos sucesivos y como tales gratuitos sino en realidad ante un solo negocio oneroso. Por ello, en caso de pérdida de uno de los bueyes en manos de uno de los dueños procedería contra él la *actio praescriptis verbis* y no la *actio commodati*. La figura no se ajustaría tampoco ni al molde del arrendamiento ni al de la sociedad. Al primero por la ausencia de *merces* y al segundo porque no hay puesta en común ni reparto de beneficio alguno. Se trataría de una relación surgida de la necesidad entre pequeños propietarios de tierra, que contaban con tan sólo con un animal de labor. Una institución jurídica aragonesa, llamada «tornayunta», replicaría esta figura jurídica descrita por Ulpiano.

## 7. Societas

El contrato sobre ganado es societario cuando uno conservando la propiedad pone en común con otro u otros sus animales de pastura (*pecora pascenda*) y el que los recibe se obliga, por su parte, a procurar su alimentación, cuidado e industria (*ars operave*), repartiéndose los frutos de la explotación entre todos y respondiendo recíprocamente de dolo y culpa. Son fuentes fundamentales: VLP. 31 ed. D. 17, 2, 52, 2: (...) *Celsus (...) scripsit (...) socius inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda societate (...) ueluti cum pecus in commune pascendum (...) nimirum ibi etiam culpa praestanda est (...)*; VLP. 30 Sab. D. 19, 5, 13, 1: (...) *sed si (...) pecus pascendum tibi dedero (...) ita, ut si post certos annos uenisset, pretium inter nos communicaretur, abhorrere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio.*

Debe distinguirse entre *pecus aestimatum* y *pecus non aestimatum*, distinción que afecta al tipo de responsabilidad que asume el socio pecuario. Tal distinción se halla en VLP. 31 ed. D. 17, 2, 52, 3: *Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec uera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamuis aestimata.*

En caso de haberse aportado el ganado con estimación los socios no se responsabilizan individualmente de la pérdida de las reses por fuerza mayor (*damna fatalia*), pues asumen el riesgo por tales daños en común y responden recíprocamente por dolo o culpa, salvo que la pérdida acontezca por *furtum*, pues en tal caso se estima que el socio en cuyo poder estaban los animales debe responder. *A contrario sensu* en el supuesto de *pecus inaestimatum* no responde el socio del hurto de los animales estando éstos en su poder, sólo responde en tal caso el socio por dolo o culpa como en el resto de casos. Ese supuesto excepcional en que el socio debe responder por custodia, el de *furtum pecoris aestimati dati* podría tener su explicación en la necesidad de comprometerse los socios pecuarios a extremar la diligencia en la vigilancia de los animales, había cuenta de que el hurto o sustracción no violenta de ganado debía estar a la orden del día.

De admitirse una responsabilidad absoluta del socio de industria para todo supuesto de pérdida de los animales, de tal modo que quedara obligado a su íntegra reposi-

ción, se estaría en presencia del contrato que sería conocido en la Edad Media como «socida de hierro», inadmisibles en derecho romano clásico, pues en éste la limitación de la responsabilidad de los socios es elemento esencial del contrato y no admite pacto en contrario y en el que, además, de los accidentes y de la muerte de los animales que acontecen sin culpa no responde nadie.<sup>39</sup>

La *Summa Perusina* en 2, 3, 7, relativa a C. 2, 3, 9,<sup>40</sup> más allá del tenor de éste admite la validez del negocio societario sobre animales de pastura: *societas pecorum pascendorum*. Junto a un contrato de *pecora partiaría*, que describe el rescripto de Alejandro Severo de 226 contenido en C. 2, 3, 9, se interpreta por el autor de la *Summa* que dicha constitución no impide la admisión de una sociedad sobre *pecora pascenda* al afirmar que es válido el negocio en que hay una puesta en común de animales de pastura: *Si pecora pascenda dedisti, ut facta communia esse, valet*, siendo que el rescripto imperial habla solamente de *suscipere*, «recibir para sí». En dicha sociedad a la que alude la *Summa* se harían también comunes, conforme a SP. 2, 3, 8, los *foeti* (crías) de las *pecora pascenda*: *Pactum de pecora fetus earum quod factum est, per iudicem compellitur*.

## 8. *Pecora partiaría*

Las referencias romanas más antiguas a la llamada *pecora partiaría*, si bien de carácter no exclusivamente pecuario, se hallan en dos pasajes de Catón.<sup>41</sup> El primero es R. 137: *Vineam curandam partiarío. Bene curet fundum, arbustum, agrum frumentarium. Partiarío faenum et pabulum, quod bubus satis siet, qui illic sient. Cetera omnia pro indiviso*. Habida cuenta de que existen en la hacienda bueyes (*bubus qui illic sient*) y de que se atribuye al pastor, el llamado aquí *partiaríus*, el forraje (*pabulum*) para ellos junto con el heno, en el pacto de que todo lo demás corresponda a dueño y pastor *pro indiviso* (*cetera omnia pro indiviso*) cabría entender comprendidos, además de los agrícolas, los beneficios derivados de los animales. Existe una cesión en el disfrute al *partiaríus* pero no a cambio de una renta sino que aquella cesión está vinculada a la participación en los beneficios agrarios y pecuarios, por lo que no se trata de un mero arrendamiento.

El segundo pasaje es el R. 149: *Qua lege pabulum hibernum venire oporteat. Qua vendas fini dicito. Pabulum frui occipito ex Kal. Septembribus. Prato sicco decedat, ubi prius florere coeperit; prato inriguo, ubi super inferque vicinus permittet, tum decedito, vel diem certam utrique facito. Cetero pabulo Kal. Martiis decedito. Bubus domitis binis, cantherio uni, cum emptor pascet, domino pascere recipitur. Holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur. Siquid emptor aut pastores aut pecus emptoris domino damni dederit, viri boni arbitratu resolvat. Siquid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, viri boni arbitratu resolvetur. Donicum pecuniam solverit aut satisfecerit aut deligarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunt. Siquid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat*.

<sup>39</sup> VLP. 29 Sab. D. 50, 17, 23 i. f.: *Animalium uero casus mortisque, quae sine culpa accidunt (...) a nullo praestantur*.

<sup>40</sup> PATETTA, F. (ed.), *Adnotationes Codicum Iustiniani (Summa Perusina)*, Romae, L. Pasqualucci, 1900, p. 36.

<sup>41</sup> Sobre los contratos catonianos véase en general von LÜBTOW, U., «Catos leges venditioni et locationi dictae», en *Eos*, 48, 3, 1956, pp. 227-441.

El término *emptor* empleado por Catón no debe inducir a engaño. En este texto del siglo II a.C. *emptor* aparece usado en el sentido genérico de aquel que toma o recibe, no en el técnico-jurídico de «comprador». Por este contrato, cuyo objeto fundamental es el forraje, el tomador del predio tiene derecho a vender el forraje que en él se produce a cambio de una renta y, respecto al ganado que apacienta dicho tomador, se reserva para el dueño el derecho a apacentar dos bueyes y un caballo castrado, así como una servidumbre de paso para transporte y para paso de personas y ganado. Existe, pues, una incorporación de una persona distinta al dueño, el *emptor*, al disfrute y a los aprovechamientos; no cede el dueño del disfrute del predio y de los animales en favor de aquél sino de una parte de los beneficios devengados en la explotación. Por lo demás, se pacta un régimen de responsabilidad en términos de reciprocidad por los daños que causaren los empleados o el ganado de dueño o de tomador a la contraparte; se constituye prenda sobre el ganado y los esclavos del tomador hasta que éste preste un aval de pago; y se acuerda que las controversias jurídicas que puedan surgir se diriman en Roma.

Será en el rescripto de Alejandro Severo de 226, antes citado, donde se describa un contrato de *pecora partiaria* en sentido estricto: C. 2, 3, 9: *Si pascenda pecora partiaria (id est ut fetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem diuidantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur*. Al comentar este rescripto aporta claridad Homborg al definir *pastor partiarius* y *pecora partiaria* de la siguiente manera: *Dicitur autem pastor partiarius, cui pascenda dantur pecora partiaria. Pecora vero partiaria sunt, quorum foetus inter dominum et pastorem certis modis dividuntur, pro opera pastoris compensanda*.<sup>42</sup>

Este rescripto imperial constituye un antecedente romano del moderno contrato de aparcería pecuaria. En él se inspira de hecho el art. 1800 del Código napoleónico.<sup>43</sup> La estructura contractual no es la de una *locatio rei*, pues no se percibe una renta cierta por la cría y explotación de las *pecora pascenda*, sino que el dueño de los animales incorpora al pastor a la explotación de los animales para darse después una coparticipación en las ganancias y en las pérdidas. Tampoco, pues, son puestos en común los animales con el pastor, no se forma un condominio como acontece en un contrato de sociedad, sino que el dueño conserva plenamente la propiedad de aquéllos.

El contrato no es, pues, ni arrendamiento ni sociedad pero tampoco aporta el derecho romano una definición clara acerca de su calificación jurídica. Por ello, aunque nada se diga la acción adecuada para reclamar en caso de incumplimiento de las respectivas obligaciones habría sido la *actio praescriptis verbis*. Al contrato se incorpora un pacto de reparto de las crías (*foeti*), de donde el término *partiaria*, entre *dominus* y *pastor*, y de corresponsabilidad en el riesgo, pacto que atribuye esa coloración societaria al contrato (*quasi societatis iure*), que habría motivado que el redactor de la *Summa Perusina* interpretara el negocio sobre *pecora pascenda* previsto en el rescripto como de naturaleza societaria. A dicha corresponsabilidad en el *damnum* correlativa a la participación en el *lucrum* se refiere el pasaje GAI. 10 ed. prou. D. 19, 2, 25, 6 i. f.: (...) *partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino (...) partitur*.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> HOMBORG, A., *Disquisitio juridica de contractu socidae*, Helmestadii, 1685, §52.

<sup>43</sup> Art. 1800: *Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles*.

<sup>44</sup> También Catón trata de un contrato de *venditio fructum ovium*, de cuya naturaleza resulta proble-

La aparcería, particularmente la aparcería pecuaria, tuvo bastante difusión en los derechos ibéricos y fue la figura contractual propia de los contratos de explotación pecuaria, sustituida en los últimos tiempos por los llamados «contratos de integración», más sensibles a reforzar la posición del contratante débil. El Código civil español no sólo pareció haber heredado del derecho romano la misma falta de claridad en la fijación de los contornos de la aparcería sino que la acentuó al extremo, pues si se refiere a ella en su art. 1579 como «arrendamiento por aparcería», dispone a continuación que este contrato se rija por las disposiciones del contrato de sociedad.<sup>45</sup> El Tribunal Supremo español resolvió la cuestión de la naturaleza jurídica de este contrato recurriendo, como para otras instituciones dudosas, a la socorrida *sententia media* de calificar el contrato como «contrato especial y *sui generis*» que participa de la naturaleza de la sociedad y del arrendamiento.<sup>46</sup>

La posterior legislación especial de arrendamientos rústicos de 1935 y 1980, a diferencia del Código civil, tenderá a dar más relieve al aspecto locativo que al societario, al considerar la aparcería como un arrendamiento *sui generis*; pero la vigente ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos rústicos, modificada en 2015, si bien considera como arrendamientos rústicos las explotaciones ganaderas (art. 1.3), y regula la aparcería en términos generales bajo un sesgo arrendaticio, en cambio, respecto a la aparcería pecuaria, a la que incardina en la figura de la «aparcería asociativa», le confiere una índole manifiestamente societaria, siendo por ello las normas del contrato de sociedad las aplicables supletoriamente a este contrato, aunque también las del arrendamiento en lo que atañe a las impensas y mejoras.<sup>47</sup> Más importancia revisten en los últimos tiempos los contratos de integración ganadera, que sin duda aseguran más la equidad en las relaciones contractuales;<sup>48</sup> sin embargo, no existe todavía una ley estatal en España que regule el régimen de la ganadería integrada.

mático aportar un diagnóstico. Véanse D'ORS, A., «El contrato catoniano sobre el rebaño de ovejas, Cat. Agr. 150», en *BIDR*, 91, 1988, pp. 448-558; y PARSY MAGDELAIN, B., «Caton et le «fructus ovium»», en *Labeo*, 35, 1989, pp. 346-348. Es el descrito en R. 150. Señala así el pasaje: *Fructum ovium hac lege venire oportet. In singulas casei P. I S dimidium aridum, lacte feriis quod mulserit dimidium et praeterea lactis urnam unam; hisce legibus, agnus diem et noctem qui vixerit in fructum; et Kal. Iun. emptor fructu decedat; si interkalatum erit, K. Mais. Agnos XXX ne amplius promittat. Oves quae non pepererint binae pro singulis in fructu cedent. Ex quo die lanam et agnos vendat menses X ab coactore releget. Porcos serarios in oves denas singulos pascat. Conductor duos menses pastorem praebeat. Donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.* También Varrón da noticia de ciertas cláusulas presentes en arrendamientos de predios rústicos alusivas al ganado, como la que reporta R. 2, 3, 7, habitual según parece en tiempos de Catón, por la que el colono se comprometía a abstenerse de apacentar cabras en el predio. El propósito de la cláusula era evitar la ruina de las plantaciones: *In lege locationis fundi excipi solet, ne colonus capra natum in fundo pascat.*

<sup>45</sup> Art. 1579 Cc. (= art. 1516 del Proyecto de Código civil español de 1851): «El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por la costumbre de la tierra.»

<sup>46</sup> STS 5 de diciembre de 1924.

<sup>47</sup> Art. 32.

<sup>48</sup> La ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, modificada en 2015, define a estos efectos «integración» en los términos siguientes: «aquella relación contractual ganadera en la cual una parte, denominada integrador, se obliga a aportar los animales y/o o los productos para la alimentación animal, productos sanitarios y asistencia veterinaria, y la otra, denominada ganadero integrado, aporta los servicios de alojamiento del ganado, instalaciones, mano de obra y cuidados a los animales. A estos efectos, el integrador o el integrado podrán ser personas físicas o jurídicas, incluidas las entidades asociativas agrarias de cualquier tipo.»

En contraste con el español, el Código civil portugués exhibe una concepción de la *parceria pecuária* como contrato con entidad propia, nítidamente diferenciada del arrendamiento, de la sociedad e incluso de la aparcería agraria, al que dedica un capítulo específico y para el que prevé como derecho supletorio (art. 1128) la costumbre local a falta de convenio entre los contratantes, no remitiendo, pues, ni a las normas del arrendamiento ni a las de la sociedad. En efecto, define su art. 1121 la aparcería pecuaria del siguiente modo: *Parceria pecuária é o contrato pelo qual uma ou mais pessoas entregam a outra ou outras um animal ou certo número deles, para estas os criarem, pensarem e vigiarem, com a ajuste de repartirem entre si os lucros futuros em certa proporção.* La *parceria pecuária*, regulada en los arts. 1121 a 1128 es, además, la única aparcería que quedó subsistente tras el Decreto-Ley 294/2009, de *Novo Regime do Arrendamento Rural*, que prohibió la celebración de contratos de aparcería.<sup>49</sup>

Gran importancia histórica y aún moderna reviste en Galicia la aparcería pecuaria.<sup>50</sup> También merecen señalarse la aparcería pecuaria o *comuña* en Asturias,<sup>51</sup> la *sòcita* en Cataluña<sup>52</sup> y la aparcería en Aragón,<sup>53</sup> donde existen las figuras de la *conyunta*<sup>54</sup> y la *tor-*

<sup>49</sup> Art. 36, 1 y 4.

<sup>50</sup> Regulada en los arts. 127, 130 y 132 ss. De la 2/2006, de 14 de junio, de 2006, de Derecho Civil de Galicia, el primero de los cuales define la aparcería en general (agrícola, de lugar acasariado, pecuaria y forestal) en su apartado primero en los siguientes términos: *A cesión por un contratante a outro do gozo de certos bens, pola que se convén en repartir en partes alícuotas os froitos ou rendementos, rexeráse polo título constitutivo e, no non previsto nel, polas normas deste capítulo. No seu defecto, rexeráse polos usos e os costumes.* Completa la regulación de la aparcería la ley 3/1996, de 16 de abril, de las Aparcerías y de los Arrendamientos Rústicos Históricos de Galicia.

<sup>51</sup> La *comuña* constituye una aparcería pecuaria en régimen de reciprocidad, a pérdidas y ganancias, y sin estimación en su forma ordinaria, llamada «a la media cría»; sin embargo, existe una modalidad de *comuña*, llamada «a principal cubierto», hoy apenas utilizada, en que se rompe el equilibrio contractual entre cedente o socio capitalista y aparcerero o *comuñero* en perjuicio del segundo y hay entrega con *aestimatio* de los animales, pues «exigía que el aparcerero cubriese el importe o tasación del animal antes de comenzar a participar en las ganancias, lo que da idea del carácter leonino de este contrato reflejado en el refranero popular asturiano de la siguiente manera: *De les vaques en comuña, lleva l'amu hasta la uña*» (*Compilación del derecho consuetudinario asturiano*, ARIAS DÍAZ, I. (prol.), Buenos Aires, Losada, 2009, p. 35).

<sup>52</sup> En Cataluña las explotaciones ganaderas se rigen actualmente por la ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración, ley que se sitúa en la moderna tendencia a preservar por encima de todo el equilibrio entre los contratantes, integrador e integrado, a través sobre todo de la fijación por escrito del contenido obligacional del contrato y al alcance de las respectivas responsabilidades, que por principio y salvo excepciones se consideran solidarias. Con anterioridad a esta ley y a la precedente de 1984, como indica el preámbulo de la primera, estaba vigente el contrato de *sòcita*: *contracte d'origen romà anomenat de sòcita, regulat per l'article 339 de la Compilació, pel qual una de les parts s'obliga a tenir cura del bestiar de l'altra i totes dues es reparteixen els fruits o els guanys, el contracte de conlloc o d'altres basats en la col·laboració de les parts en la cria i la recría del bestiar, regits sovint pels usos i els costums de la comarca corresponent.* Véase LUNA SERRANO, A. y TREPAT GUAÑABENS, P., «La aparcería pecuaria en el Derecho civil catalán», en *Los contratos agrarios en el Derecho civil catalán*, en *Rivista di Diritto Agrario*, 4, 1975, pp. 668-682.

<sup>53</sup> Actualmente el art. 599 del Código de Derecho Foral de Aragón, de 22 de marzo de 2011, en relación con los contratos relativos a la ganadería, antes regulados en el Apéndice Foral Aragonés de 1925 y en el art. 153 de la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967, remite a los derechos consuetudinarios locales y a los principios generales del ordenamiento jurídico aragonés, siendo de aplicación supletoria el derecho general del Estado.

<sup>54</sup> «Este contrato popular, que constituye una verdadera mancomunidad de bestias de labor, se practica en todo el Alto Aragón, pero más principalmente se utiliza en los *términos de Benavente y la Puebla de Fantoba* (...). Se establece la *conyunta*, que es conocida vulgarmente en el país con la

*nayunta*,<sup>55</sup> consistente la segunda en la aportación por cada contratante de una acémila para la labor agrícola, de modo que, formando pareja o yunta las acémilas de ambos contratantes, primero se emplean en las labores del campo de uno de ellos y después en las del otro.<sup>56</sup> Esta figura entroncaría con el contrato innominado *facio ut facias* descrito en VLP. 28 ed. D. 19, 5, 17, 3 y tratado anteriormente.

## 9. «*Locatio conductio rei irregularis*»

En *ius commune* se conoció bajo la denominación de *locatio conductio rei irregularis* o con las de *Eisernviehvertrag*,<sup>57</sup> *cheptel de fer*, *soccida de ferro* («contrato de ganado de hierro»), según los territorios, o comúnmente con la de *contractus socidae* una figura contractual supuestamente derivada del derecho romano. Ante todo, guarda ésta una sorprendente gran similitud con ciertos contratos de arrendamiento de ganado de la praxis egipcia, que contienen cierta cláusula especial, conocida en el ámbito de la papirología jurídica como «cláusula ἀθάνατος».<sup>58</sup> Un ejemplo paradigmático de

---

denominación de *dar una bestia á suerte*, cuando el dueño de un animal de labor hace entrega de él a quien posee otro, para que, formando pareja, utilice los dos y los cuide todo el año, á excepción de un determinado número de días en que deberá laborear las tierras del cedente ó ayudar al mismo en las faenas del acarreo y trilla de las mieses» (MOUTÓN Y OCAMPO, L., *Derecho consuetudinario español y europeo. Colección de costumbres jurídicas, nacionales y extranjeras*, Madrid, 1911, p. 325)

<sup>55</sup> «Recibe el nombre de *tornayunta* en la provincia de Huesca, y más principalmente en los términos municipales de Benavente y la Puebla de Fantoba, un contrato consuetudinario por virtud del cual el dueño de un solo buey ó mula, se asocia á otro agricultor que tampoco posee más que una res mular ó bovina, al efecto de constituir con los dos semovientes una pareja ó yunta, que se destina, dentro de cierto turno y en beneficio de los otorgantes, á la preparación y sementera de sus tierras respectivas y al acarreo y trilla de sus mieses. Esta aparcería sobre ganados muy análoga a la *conyunta* ( ) favorece muy notablemente los intereses de los agricultores pobres, supliendo la falta de capital con que adquirir las reses necesarias para el cultivo del campo, con la solidaridad y asociación de buena fe, de otros labradores cuyas circunstancias económicas sean iguales» (*Ibíd.*, 333).

<sup>56</sup> Similar por fundamentarse en la buena vecindad y en la mutua ayuda, pero referida no a la explotación del trabajo animal sino al propio trabajo humano, es la institución consuetudinaria valenciana del *tornallom* o *dret al tornallom*, una suerte de relación contractual que responde al esquema romano del contrato innominado *facio ut facias*, positivizada recientemente a través de la ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y Otras Relaciones Jurídicas Agrarias. Así lo regula el art 54: *Els agricultors i les agricultores titulars d'explotacions limítrofes o pròximes, segons costum, podran ajudar-se en les labors agràries respectives, sent equiparades les hores treballades en cada explotació, independentment de la seua extensió i característiques, i sense que hi haja cap retribució, Qui haja prestat la seua col·laboració té acció per a exigir-la de qui l'haja rebuda, amb dret a indemnització en cas d'incompliment.*

<sup>57</sup> Un uso irónico de la metáfora está presente en VON JHERING, R., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1885, p. 85. Véase SELL, W., «Beiträge zur Lehre vom Mieth- und Pachtvertrag. Über die s. g. locatio conductio irregularis», en *Archiv für die civilistische Praxis*, 19, 2, 1836, pp. 302-335.

<sup>58</sup> Sobre esta cláusula véase: VON BOLLA-KOTEK, S., *Untersuchungen*, cit., p. 66-93; HENGSTL, J., «Die ἀθάνατος-Klausel», en BINGEN, J. y NACHTERGAEL, J., *Actes du XV Congrès International de papyrologie. IV Papyrologie documentaire. Papyri Bruxellenses Graecae*, 19, Bruxelles, Fond Égyptologique Reine Élisabeth, 1979, pp. 231-237; y ALONSO RODRÍGUEZ, J. L., «Fault, Strict Liability and Risk in the Law of the Papyri», en URBANIK, J. (ed.), *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory and Practice. Proceedings of the Seminar held in Warsaw 17-19 february 2011*, Warsaw, The Raphael Taubenschlag Foundation, 2012, pp. 56-61.

contratos con cláusula ἀθάνατος documentados en papiro es el presente en PSTRAS. 30, datado en 276.<sup>59</sup>

En él se describe el siguiente contrato: *Aurelius Pabus*, de la aldea de Euhemereia, recibe en arriendo de *Aurelius Panneus*, de la aldea de Theoxenis, cincuenta y seis cabras adultas en calidad de ἀθάνατους («inmortales»), las cuales después de la expiración del contrato de una duración de dos años tiene que restituir en igual número y calidad. Como φόρος («renta anual») tiene que entregar al arrendador catorce crías, la mitad machos y la mitad hembras, por el segundo y el tercer año en conjunto en el mes de Payni del tercer año, es decir, entre mayo y junio de 278. En suma, debe restituir el arrendatario igual número y calidad de animales recibidos y como renta catorce crías. De este modo, lo que al expirar el contrato debe el arrendatario entregar al arrendador no son necesariamente los mismos *singula capita* inicialmente recibidos, pero tampoco una *universitas gregis* sino *singula capita*, equivalentes en número y calidad a los recibidos. Del resto de productos e incrementos eventualmente derivados de los animales no se dice nada, por lo que debemos entender que corresponderían al arrendatario, de lo contrario el contrato sería extraordinariamente abusivo, habida cuenta además de que el arrendatario no debe una *universitas*, que pueda aumentar o disminuir en sus elementos integrantes, sino el mismo número de *singula capita*.

Precisamente, a la inexistencia del concepto de *universitas* en el derecho grecoegipcio se ha atribuido la razón de la inserción de la cláusula ἀθάνατος,<sup>60</sup> lo que no es aceptable pues para conseguir el efecto de seguro a todo riesgo de los animales a favor del *locator* poco tiene que ver dicho concepto de *universitas*, de una *universitas gregis* en este caso, pues, en primer lugar, la cláusula ἀθάνατος no sólo aparece en los papiros en relación con *universitates* sino que también se la puede hallar en ellos respecto a un número muy limitado de animales que no constituyen una *universitas*.<sup>61</sup> A este argumento puede añadirse, en primer lugar, que el derecho romano conocía ciertamente el concepto de *universitas* y no por ello dejaba de admitir también la posibilidad de arrendar un grupo de animales como *singula capita* y no como *universitas gregis*, como se ha visto anteriormente; y, en segundo lugar, que a la cláusula ἀθάνατος no sólo se la encuentra en papiros de época helenística sino que continuó empleándose en época bajo imperial romana, como en el caso del PSTRAS. 30, e incluso bizantina bajo la expresión ζῶον σιδήρειον («animal de hierro»), lo que dificulta, aunque no lo impida, admitir el desconocimiento de aquel concepto jurídico. La explicación de la inserción de la cláusula ἀθάνατος más probablemente se deba a una indistinción en el derecho de los papiros y en el marco de un negocio de tipo arrendaticio entre puesta a disposición o entrega de la cosa al arrendatario con efecto adquisitivo y entrega sin efecto adquisitivo, de tal modo que el carácter «inmortal» de los animales vendría justamente a expresar y de una manera plástica el efecto adquisitivo. Añádanse las ideas, más propias del sentido común que de un derecho impuesto, de la fungibilidad de los animales, de que el género nunca perece y de que la cosa perece sólo para su dueño.

<sup>59</sup> MEYER, P. M., *Juristische Papyri. Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde*, Berlin, Weidmann, 1920, pp. 132 s.

<sup>60</sup> POR VON BOLLA-KOTEK, S., *Untersuchungen*, cit., p. 69.

<sup>61</sup> Como acontece, por ejemplo, en PPRINC. III, 151, de 342, en que son arrendadas ἀθάνατους dos vacas, llamadas Isárium y Teséuris.

El que se hable en el documento de ἀθάνατος no puede significar sino que el riesgo de perecimiento de los animales lo asume por completo el arrendatario. Así, no quedará exonerado de restituir las cabras que perezcan por causas no imputables a él o que no lo sean de muerte natural, es decir, *periculum est conductoris*, sin que el deber de cuidado asumido por el *locator* represente una limitación implícita a su responsabilidad, pues precisamente la cláusula ἀθάνατος lo hace responsable de la muerte de los animales independientemente de la culpa o dolo.<sup>62</sup> De este modo, queda absolutamente garantizada al arrendador la restitución de lo entregado y en las mismas condiciones. La presencia de esta cláusula en ciertos papiros casa mal con el conocido «dogma», formulado por Taubenschlag,<sup>63</sup> según el cual, tanto en derecho egipcio como en derecho griego el deudor es responsable frente al acreedor incluso si no cumple sus obligaciones por circunstancias que escapan a su control, siendo el deudor de ese modo responsable por caso fortuito y fuerza mayor. Menciona el ilustre autor como contratos en que la responsabilidad del deudor es naturalmente ilimitada en aquellos derechos los depósitos, los préstamos, los arrendamientos y los *recepta nautarum*. Pues bien, habría que excluir de ese elenco aquellos contratos que versan sobre explotación económica de animales,<sup>64</sup> para los cuales es necesario insertar la cláusula ἀθάνατος para precisamente alcanzar ese resultado de responsabilidad ilimitada del deudor.<sup>65</sup>

Tal régimen de responsabilidad absoluta del *conductor* sería inaceptable en principio como *naturalia* en la *locatio conductio* romana clásica y justiniana, ya que nunca se hace responder al arrendatario de los animales que perecen sin culpa suya, dado que, según la *regula iuris* invocada por Ulpiano: *animalium uero casus mortisque, quae sine culpa accidunt (...) a nullo praestantur*.<sup>66</sup> Para conseguir parcialmente el efecto de la cláusula ἀθάνατος se habría de hacer una entrega estimada de los animales, como se ha tratado en el apartado dos de esta rúbrica, y en tal caso de *aestimatio* la limitación en defensa del arrendatario, indicada por la citada *regula iuris*, no afectaría a los casos de muerte natural de los animales, pues de lo contrario tal *aestimatio* perdería sentido.

La figura de la *soccida di ferro*, *cheptel de fer* o *Eisernviehvertrag* implica, como la vieja cláusula ἀθάνατος, la transmisión del dominio y la asunción por el arrendatario de todo riesgo de pérdida de los animales, incluso cuando la muerte de estos acaezca por *vis maior*, unida a una participación del arrendador en los beneficios obtenidos en la explotación. Alcanzó gran difusión posterior, especialmente en los siglos XIII y XIV en la práctica notarial<sup>67</sup> y en el derecho estatutario de las ciudades italianas,<sup>68</sup> más si

<sup>62</sup> ALONSO RODRÍGUEZ, J. L., *Fault*, cit., pp. 34-35.

<sup>63</sup> TAUBENSCHLAG, R., *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri, 332 BC-640 AD*, New York, Herald Square Press., 1944, pp. 238 s.

<sup>64</sup> También los contratos relativos a los servicios de nodrizas. Véanse ejemplos en ALONSO RODRÍGUEZ, J. L., *Fault*, cit., pp. 61-67.

<sup>65</sup> Según ALONSO RODRÍGUEZ, J. L., *ibíd*, p. 67, la cláusula ἀθάνατος no necesariamente implicaría responsabilidad del arrendatario si la renovación del rebaño no fuera posible si éste por *vis maior* pereciera en su totalidad debido a una enfermedad.

<sup>66</sup> VLP. 29 *Sab. D. 50, 17, 23 i. f.*

<sup>67</sup> Véase FRANCIA, V., *Il contratto di soccida*, cit.

<sup>68</sup> Véase BESTA, E., *Il contratto di soccida*, cit.; y CORTONESI, A., «Soccide e altri affidamenti di bestiame nell'Italia medievale», en CORTONESI, A., MONTANARI, M. y NELLI, A., *Contratti agrari e rapporti di lavoro nell'Europa medievale, Atti del Convegno internazionale di studi. Montalcino, 20-22 settembre 2001*, Bologna, 2006, Bologna, CLUEB, pp. 203-224.

cabe en las ciudades y principados alemanes,<sup>69</sup> también en territorios franceses, especialmente Borgoña,<sup>70</sup> e incluso el derecho canónico llegó a admitir ciertas formas de *contractus socidae*. La validez de la *soccida* en su modalidad *di ferro* llegaría a ser cuestionada por usuraria o leonina por los juristas e incluso prohibida por diversos sínodos diocesanos, como el de Padua, de 1360, o el de Milán, de 1565,<sup>71</sup> y finalmente por la bula *Detestabilis* del papa Sixto V, de 1586, emanada contra toda forma de usura en el contexto de contratos societarios o similares,<sup>72</sup> que habría de influir en los derechos estatutarios. El Código napoleónico regulará no sólo el *cheptel de fer* (*cheptel donné au ferme*)<sup>73</sup> sino también otras modalidades de negocios pecuarios o *socidae*<sup>74</sup> y, siguiéndolo muy de cerca, el Código civil italiano de 1865 haría lo propio contemplando, además de la *soccida di ferro* en su art. 1687, una *socida* impropia, una suerte de contrato mixto de arrendamiento y sociedad sin transferencia del dominio del ganado; un contrato de sociedad con reparto a medias de ganancias y pérdidas; y finalmente la *locatio conductio* de animales en diversos preceptos.<sup>75</sup> A pesar de contar con una gran tradición histórica

<sup>69</sup> Véase HUCK, E., *Die Viehverstellung*, cit., pp. 235-239. Una *formula contractus socidae* de la práctica notarial de Núremberg del siglo XVIII en BECK, J. J. y HOCHGRÄVLICH, J. V. D., *Vollständiges und nach dem heutigen Curial-Stilo eingerichtetes Formular. Darinnen Verschiedene Instrumenten, wie sie von denen Notariis ausgefertigt werden, allerhand Obligationes und Schul-Bürgschaft- und Gesellschafts-Verschreibungen, Nürnberg und Franckfurth, 1718*, pp. 492 s.

<sup>70</sup> Descritas en CHASSENAUS, B., *Consuetudines Ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae, Lugduni, 1552*, pp. 900 ss.

<sup>71</sup> Véase BESTA, E., *Il contratto*, cit., p. 24, y PERTILE, A., *Storia*, cit., p. 603.

<sup>72</sup> (...) *Nam multi speciosum et honestum societatis nomen, suis foeneratitiis contractibus praetextendo, hoc quasi colore et fuco, mercatoribus, opificibus, negotiatoribus, et aliis personis, super eorum mercibus, officinis, tabernis, pannariis, aliisque rebus ac bonis pecunias suas, aut aliaa res, societatis nomine conferunt, vel greges, armenta, aut certa animalia agricolis, seu terrarum cultoribus, pastoribus, aliisque rusticis, seu quibusvis personis dant in societatem, sive ad soccidam (ut vocant) ea conditione, ut sors ipsa, seu caput, quod vulgo dicitur capitale, tam pecunarium, quam animalium et rerum, salvum semper et integrum existat pro eo, qui non industriam aut operas, sed pecunias, animalia, aut res huiusmodi in societatem confert, utque omne periculum et damnum ab altero socio recipiente sustineatur, contra aequitatem, et societatis iustitiam diversimode paciscuntur (...)* (*Bullarium sive Collectio Constitutionum hucusq. Editarum A S<sup>mo</sup>. D. N. Sixto Quinto Pont. Op. Max. cum rubricis, summariis et lucubrationibus Laertii Cherubini, Romae, 1588*, p. 154).

<sup>73</sup> Art. 1821: *Ce cheptel est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura repus.* Véase THAUMAS, L. A., *Le cheptel de fer. Explication des articles 1821-1826 du Code Civil*, Paris, Sirey, 1921.

<sup>74</sup> Lo hace siguiendo la tipología discurrida por POTHIER, R. J., *Tráite des cheptels*, Paris, 1806, para quien se trata de un contrato generalmente de sociedad y sólo en ocasiones de arrendamiento.

<sup>75</sup> El Código civil italiano de 1942 reguló la *soccida* en los arts. 2170 ss. bajo tres modalidades, excluida la vieja *soccida di ferro*, con la naturaleza de contrato agrario de tipo asociativo cuyo objeto es la obtención de un incremento de las reses. Pero con la ley 203/1982 sólo se admite como modelo de contrato para la *soccida* y resto de relaciones agrarias el de arrendamiento. Se define la *soccida* en los siguientes términos: *Nella soccida il soccidante e il soccidario si associano per l'allevamento e lo sfruttamento di una certa quantità di bestiame e per l'esercizio delle attività connesse, al fine di ripartire l'accrescimento del bestiame e gli altri prodotti e utili che ne derivano* (art. 2170, 1.º). Este tipo de contrato, en desuso en las formas tradicionales, encuentra nueva aplicación en la cría en serie o *in batteria* con la llamada *soccida industriale*, en que el agricultor comparte ganancias y riesgos con quien le proporciona crías o alimentos (TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 422005, p. 1007). La *Corte di Cassazione* tiende a incluir en la figura del arrendamiento de obra estas relaciones llamadas de «integración vertical», en las que el criador se obliga a criar el ganado a cambio de una contraprestación variable, calculada en función del peso alcanzado, del alimento proveído, etc. Recientemente, diversas sentencias de 2013

a lo largo de la geografía alemana, las dudas dogmáticas y los reparos morales acerca de la figura de la *Eisernviehvertrag* condujeron a que el BGB optara por ignorarla.

### III. NEGOTIATIONES IN ANIMALIBUS IN LEGIBUS NATIONUM GERMANICARUM

En los Códigos germánicos aparecen ciertos contratos relativos a animales de explotación pecuaria desconocidos en derecho romano clásico y justiniano, procedentes con toda probabilidad del derecho romano vulgar. En estos casos tal procedencia es sugerida por la apreciable relajación de las diferencias entre las figuras contractuales típicas romanas, hecho que dificulta la incardinación de tales negocios jurídicos en alguno de los paradigmas clásicos y justinianos. Se trata de los que podríamos designar como *commendata animalium ad custodiendum*, descritos en el Código de Eurico (476) y presentes también en la *lex Visigothorum* (654) y en la *lex Baiuvariorum* (s. VII/VIII). También el Edicto de Rotario (643) nos informa *obiter dicta* de cierto contrato de sociedad pecuario, que no podemos lamentablemente conocer en detalle.

Dispone el Código de Eurico en el pasaje de 278 de rúbrica *De commendatis vel commo-datatis: Qui cavallum aut quodlibet animalium genus ad custodiendum mercede placita commenda-verit, si perierit eiusdem meriti ille, qui commendata suscepit, exsolvat: si tamen mercedem fuerit pro custodia consecutus. Quod si etiam qui nulla placita mercede suscepit ea mortua esse probaverit, nec ille mercedem requiratur, nec ab illo aliquid requiratur; ea tamen ratione, ut praebeat sacramentum ille, qui commendata suscepit, quod non per suam culpam nec per negligentiam animal morte consumpta sit. eadem et de commodatis forma servetur.*<sup>76</sup>

Este pasaje describe dos tipos de *commendatum*, término jurídico que a buen seguro procede del derecho romano vulgar<sup>77</sup> y que es utilizado para designar el contrato de depósito, cuyo uso puede considerarse acreditado desde Constantino I, como ha sido constatado.<sup>78</sup> El primero de ellos, al que se podría designar como *commendatum animalium ad custodiendum placita mercede*, representa una suerte de depósito irregular<sup>79</sup> oneroso al tiempo que una figura casi indistinguible de un arrendamiento de cosa genérica, en que el riesgo por la pérdida de los animales, incluso sin culpa,<sup>80</sup> se traslada al «comendatario» o depositario. En su virtud, el comendatario, que recibe caballos

(28 de agosto y 6 de noviembre) han tratado acerca de los pactos válidos en el seno del contrato y del reparto de reses.

<sup>76</sup> *Leges Nationum Germanicarum I. Leges Visigothorum*, ZEUMER, K. (ed.), Hannoverae et Lipsiae, 1902, pp. 6 s.

<sup>77</sup> KASER, M., *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen*, München, C. H. Beck, pp. 371-372.

<sup>78</sup> POR D'ORS, A., *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1960, p. 203.

<sup>79</sup> Se considera habitualmente como introductor de las expresiones *depositum regularis* y *depositum irregulare* a Jasón del Maino (1435-1519); sin embargo, como advirtió GUZMÁN BRITO, A., «El depósito irregular chileno», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 23, 2014, p. 88. las expresiones ya fueron utilizadas con anterioridad por el comentarista Paulo de Castro (1360/1362-1441) en *Consiliorum sive responsorum*, 3, 23, 11 y 13, Venetiis, 1571. Las frases en cuestión: *istud depositum habet irregularem naturam; y contra naturam depositi regularis*.

<sup>80</sup> Cfr. VLP. 29 Sab. D. 50, 17, 23 i.f.

o cualesquiera otros animales para su custodia a cambio de pagar por ello una renta, asume el riesgo de pérdida de los animales por cualquier causa y debe restituir otros animales *eiusdem meriti*, expresión vulgar que reemplaza a la clásica de *tantumdem eiusdem generis*. No pareciera que debiera entenderse que se ha producido un traspaso del dominio pues la operación se hace *ad custodiendum* y el dueño del animal o animales espera en principio recuperarlos. La falta de claridad a este respecto quizá sea debida a la indiferencia entre los conceptos de dominio y posesión característica del derecho germánico que puede subyacer en la mente del artífice de la norma. Por otro lado, no se entiende que por la mera custodia deba pagar una suma el depositario si tal custodia no comprende un aprovechamiento o explotación económica de los animales. Es por ello que la figura romano vulgar del *commendatum animalium ad custodiendum placita mercede* sólo puede entenderse si aglutina lo que en derecho romano clásico sería una *locatio conductio animalium*.<sup>81</sup>

Esta figura contractual también representaría una suerte de «contrato de hierro», en tanto que nunca perecería la cosa para el dueño de los animales, del mismo modo que acontece, como ya he expuesto, en aquellos contratos con cláusula *ἀθανάτος* para Oriente. La admisión de una responsabilidad del comendatario por la pérdida de los animales incluso sin culpa resultaría en principio inaceptable en derecho romano clásico y justiniano.<sup>82</sup> Así, pues, la combinación de elementos correspondientes a diferentes figuras contractuales junto con otras, por así decir, «anomalías», sugiere el origen vulgar de este *commendatum*.

El segundo *commendatum* contenido en CE. 278 sería el *commendatum ad custodiendum sine placita mercede*. Sería éste un depósito gratuito, en la línea del depósito clásico, en el que el comendatario de los animales sólo respondería de su pérdida por dolo o culpa y le bastaría en caso de pérdida por *vis maior* o *casus* con jurar que el perecimiento del animal se produjo sin culpa suya. Dada la naturaleza gratuita y real de este negocio, la única diferencia estructural con el comodato clásico radicaría en la causa. Así, el *commendatum ad custodiendum sine placita mercede* lo sería *ad custodiendo* y el comodato lo sería *ad utendo*.

Por otro lado, pese a ser muy sutil la línea divisoria entre el *commendatum* y el *commodatum* euricianos, afinidad que resulta evidenciada por el hecho de dedicárseles en el Código una rúbrica conjunta, *De commendatis vel commodatis*, se trata, sin embargo, de dos figuras contractuales distintas, pues hay dos leyes en tal rúbrica, la 281 y la 285, que se refieren única y exclusivamente al préstamo, tal como es concebido regularmente en derecho romano y que sólo podrían referirse a éste. Los que sí se hallan unificados en el Código de Eurico y en la legislación visigoda posterior son el comodato y el préstamo, para cuya denominación se reserva la que lo fuera del clásico préstamo de uso romano, *commodatum*, figura crediticia unificada que habría sido recibida por los visigodos del derecho romano vulgar. Pese a todo, la diferencia entre *commendatum* y *commodatum* sería muy tenue y se hallaría igualmente en la causa, crediticia en el segundo y *ad custodiendum* en el primero.

<sup>81</sup> KASER, M., *DPR*, cit., p. 371 y siguiendo a éste ÁLVAREZ CORA, E., «Aproximación al derecho contractual visigodo», en *AHDE*, 74, 2004, p. 577, lo califican incluso estrictamente de «locación», de una suerte de «locación casi innominada *pro custodia consecutus vel pro conducto*».

<sup>82</sup> VLP. 29 *Sab. D.* 50, 17, 23 *i. f.*

Respecto al *sacramentum* exigible al comendatario o comodatario para exonerarse de responsabilidad, en primer lugar tal exigibilidad en el *commendatum* distancia a este negocio del *depositum* clásico, ya que en este segundo negocio carece de sentido la presencia de aquel juramento, habida cuenta de que en el régimen procesal de las acciones de buena fe la prueba de la mala fe correspondería a quien la alega. La exigencia del *sacramentum* es, además, reveladora *per se* de la desaparición en derecho romano vulgar de las *actiones ex fide bona*.

En segundo lugar, tal exigencia de *sacramentum* podría sugerir *prima facie* la incrustación en el *commendatum* de un elemento característicamente germánico, el del juramento de inocencia, con tintes religiosos y ordálicos, dado el sesgo punitivo que caracteriza a todo el Código de Eurico,<sup>83</sup> sin embargo, habida cuenta de la moralización del derecho romano que se experimenta en época posclásica por efecto de la consolidación del cristianismo, se produjo una auténtica inflación del juramento en múltiples contextos jurídicos, lo que supuso un cierto retorno a las usanzas del derecho arcaico. Pero, es más, está acreditada la utilización del juramento como juramento subsidiario, a falta de otro medio de prueba, en derecho romano vulgar, concretamente en un pasaje de una fuente típica de derecho romano vulgar como es la *Interpretatio* de las *Pauli Sententiae*: IPS. 2, 1, 1-2:<sup>84</sup> 1. *Cum de repetitione pecuniae agitur et probatio debita pecuniae nulla profertur, iubet huius rei ambiguitatem sacramentorum interpositione finiri.* 2. *Licet prior petitor offerat sacramentum, tamen cum nulla probatio debiti est, is, qui calumniam se pati dicit, potest fidem suam iurisiurandi religione firmare.* Al no presumirse ni la buena fe ni la inocencia del comendatario, no recaer la carga de la prueba en el acreedor y tratarse de la prueba de un hecho negativo, sólo cabría como medio de prueba el *sacramentum*, es decir, un juramento subsidiario, como el indicado por IPS. 2, 1, 1-2. También, como apunta Biondi,<sup>85</sup> este juramento fue muy empleado en el marco de la *episcopalis audientia*. Dan testimonio de ello el P<sub>OXY</sub>. 903<sup>86</sup> (s. IV) y un pasaje de Gregorio Nacianceno, que da cuenta de juramentos de este tipo prestados ante la jurisdicción episcopal.<sup>87</sup>

En *Lex Baiuvariorum*, 15, 1 se reproduce casi inalterado el tenor de CE. 278, ora por haberle servido de modelo la norma visigoda ora por tener una fuente común de derecho romano vulgar: *Si quis caballum aut quodlibet animalium genus ad custodiendum mercede placita commendaverit, si perierit, eiusdem meriti ille qui commendata, suscepit, exsolvat, si tamen mercedem fuerit pro custodia consecutus. Quod si etiam nulla placita mercede suscepit et mortuum esse probaverit, nec ille mercedem requiratur nec ab illo aliquid requiratur, ea*

<sup>83</sup> Sobre el antiguo debate acerca del carácter germánico o romano de este juramento véase MERÊA, P., «Nota sobre a lex Visigothorum II, I, 23 (juramento subsidiario)», en *AHDE*, 1951, pp. 1163-1168.

<sup>84</sup> MERÊA, P., *Nota*, cit., p. 1167 observó el paralelismo entre LV. 2, 1, 23 e IPS 2, 1-2, estimando que el legislador visigótico habría tenido a la vista la *Interpretatio* de las PS. u otro texto de derecho romano vulgar y se habría inspirado en dicha fuente.

<sup>85</sup> BIONDI, B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano, Giuffrè, 1954, p. 393.

<sup>86</sup> En P<sub>OXY</sub>. 903 se describe lo que hoy, en el siglo XXI, se calificarían ciertamente como episodios de violencia doméstica: la acusación de una mujer a su marido de tratos vejatorios físicos y morales continuados y también de los infligidos a sus hijos e hijas adoptivos y esclavos; y sobre todo, por lo que interesa aquí, se transcribe un juramento prestado por el marido ante la autoridad episcopal (ἐπί παρουσία τῶν ἐπισκόπων): ἀπεντεῦθεν οὐ μὴ κρύψω αὐτῇ(ν) πάσας μου τὰς κλείς καὶ ἐπέχω οὔτε ὑβρίζω αὐτῇν ἀπεντεῦθεν («juro que en adelante no le esconderé todas mis llaves y que en adelante no la maltrataré más»).

<sup>87</sup> GR. NAZ. *Ep.* 163.

*tamen ratione, ut prebeat sacramenta ille qui commendata susceperat, quod non per suam culpam neque per negligentiam morte consumpta sint, et reddat corium. Eadem et de commodatis forma servetur.*

También acoge aquella norma del Código de Eurico el pasaje 5, 5, 1 de la también visigoda *Lex Visigothorum*, que al igual que la ley bávara la translitera igualmente pero con ciertas leves diferencias que aportan quizá un poco más claridad al tenor de la *commendatio* euriciana, en la cual sin duda se habría inspirado directamente. En primer lugar, el verbo utilizado para describir el traspaso de los animales al *recipiens* no es aquí *commendare* sino *suscipere*, con el cual se viene a primar la acción del accipiente de tomar para sí o asumir, no la de confiar o encomendar, que es la acción propia del transmitente. Ello parece sugerir que en el momento precontractual de la *commendatio* visigótica se habría dado más habitualmente o de algún modo se habría primado más el momento de la oferta de servicios que el de su encomienda, mientras que en la *commendatio* euriciana habría primado la idea de demanda de servicios por un arrendatario, empresario o dueño de animales. Esta diferencia empero no afecta a la estructura y contenido del contrato, no lo transforma, sigue hablándose en él de *res commendata* y también sigue diferenciando la norma entre *commendatio sine placita mercede* y *commodatum*.

En segundo lugar, en la rúbrica de la *lex Visigothorum* no se utiliza la conjunción disyuntiva *vel*, como en el Código de Eurico, sino la copulativa *et*, *De commendatis et commodatis*,<sup>88</sup> lo que revela que las figuras de *commodatum* y *commodatum*, si bien próximas y afines, gozaban de autonomía propia en derecho romano vulgar.

Veamos el pasaje LV. 5, 5, 1: *Si quis caballum vel bovem, aut quodlibet animalium genus ad custodiendum, placita mercede, ad custodiendum susceperit, si id perierit, aliud eiusdem meriti ille, qui commendata vel commodata suscepit, exsolvat: si tamen mercedem fuerit pro custodia consequutus. Quod si ille, qui nullum placitum pro mercede susceperat, rem esse mortuam probaverit, nec ille mercedem recipiat, nec ab illo aliquid requiratur: ea tamen ratione, ut praebeat sacramentum ille, qui commendata susceperat, quod non per suam culpam nec per negligentiam animal morte consumptum sit, et nihil cogatur exsolvere. Similis et de commodatis forma servetur.*

Por su parte, como he señalado, CE. 279 se refiere al comodato de acémilas (*iumenta*). Ante todo, aquí se comprueba la aglutinación de comodato y préstamo. Efectivamente, significativo al respecto es que en la rúbrica del título se emplee el término *commodatus* (*De commendatis vel commodatis*) y en la del pasaje y en el texto de éste se utilice el verbo *praestare*, de espectro semántico omnicompreensivo. En CE. 279 se dispone la responsabilidad por custodia del comodatario de *iumenta* en los términos habituales del comodato romano, responsabilidad que deviene absoluta en caso de uso abusivo o *furtum usus* y se atribuye al comodatario la responsabilidad por los daños inferidos por los animales a terceros. La responsabilidad es en este caso de índole penal, lo revela así el verbo *componat*, y con pérdida total de la característica clásica de la noxalidad. CE. 279: *Si quis alicui iumentum praestiterit, et illud per aliquam infirmitatem aput eum moritur, sacramentum primitus praebere debet, quod non per suam culpam morte consumptum sit, et nihil cogatur*

<sup>88</sup> Consultada edición de *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio I. Legum nationum Germanicarum*, I, Hannoverae et Lipsiae, Societas aperiendis fontibus rerum Germanicarum Medii Aevi, 1902, p. 227. También me he servido de esta edición para el resto de disposiciones visigodas, longobardas y bávaras tratadas en la presente rúbrica.

*exsolvere. Sin autem nimium sedendo vel fascies carricando mortuum fuerit, eiusdem meriti caballum reddat. Si vero idem praestitus alicui aliquid debilitatis intulerit vel damni, ille componat, qui eum apud se susceptum habuisse dinoscitur.* LV. 5, 5, 2 (*De animalibus in angariam praestitis*) recoge la misma norma en términos más amplios en cuanto al objeto, pues se refiere al préstamo de *iumentum, caballus vel aliud animal*.

Por último, el capítulo 234 del *Edictus Rothari* (643) permite reconocer una especie de contrato de sociedad pecuaria en derecho longobardo con ocasión de la concesión por la norma de autorización a un siervo macero, *servus massarius*, un colono, a entregar y recibir *bos, vacca, cavallo* por medio de su peculio y a vender aquéllos sólo cuando ello resulte de utilidad al dueño del esclavo y de los animales y en la medida en que aproveche a la hacienda dominical y no perezca: ER. 234: *Servus massarius licentiam habeat de peculio suo, id est bove, vacca, caballo, simul et de minuto peculio, in socio dare aut in socio recipere; vindere autem non, nisi quod pro utilitatem casae ipsius est, quatinus casa proficiat, et non deperat.* Una constitución de Arcadio y Honorio,<sup>89</sup> que recuerda la reiterada prohibición a los colonos de vender cosas del peculio *ignorante domino*, permite apuntar igualmente la procedencia romano vulgar de aquella norma longobarda y parece confirmar esa dirección el hecho de que el final del capítulo 234 ER guarde un paralelismo más que notable con D. 15, 3, 3, 2: *ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriore*, un pasaje de Ulpiano relativo a la *actio de in rem verso* y también a la actuación de un esclavo.<sup>90</sup>

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to show briefly and analytically the contractual forms of livestock exploitation which Roman law met throughout its history as well as also the vulgar Roman law, especially the western one. Two trends can be observed primarily in this regard: livestock exploitation through lease, which has more modes, and through partnership. The roman contractual type in classical and Justinian law and in roman vulgar law explains the different variants developed in times subsequent and present even in modern legislation. The object of these contracts, pasture animals or animals used for agricultural work, is the reason of the development of a kind of contract called «iron cattle», which alters the traditional regime of contractual liability in prejudice of the tenant or business partner of industry, category who enjoyed historical success despite doctrinal doubts about its validity.

**KEYWORDS:** *cheptel de fer, commendata animalium ad custodiendum, contractus socidae, Eisernviehvertrag, locatio irregularis, pecora partiaría, pecora pascenda, pecus aestimatum, pecus non aestimatum, sacramentum.*

<sup>89</sup> C. 11, 50, 2 (= CT. 5, 11, 2): *Cum enim saepissime decretum sit, ne quid de peculio suo cuiquam colonorum ignorante domino praedii aut vendere aut alio modo alienare liceret, quemadmodum contra eius personam aequo poterit consistere iure, quem nec propria quidem leges sui iuris habere voluerunt et adquirendi tantum, non etiam transferendi potestate permissa, domino et adquirere et habere voluerunt?*

<sup>90</sup> VLP. 29 ed. D. 15, 3, 3, 2: *Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriore.*

