

EXEGESIS: DIGESTO, 19, 2, 2, pr., 1. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE LA LOCACIÓN Y LA COMPRAVENTA. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

MIRTA BEATRIZ ALVAREZ¹ Y CÉSAR DAVID GRAZIANI².

I. EXEGESIS

1. Texto³

GAIUS libro secundo rerum cottidianarum

Pr. Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit. 1. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? Sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dederam mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

2. Traducciones españolas existentes

2.1. García del Corral⁴

GAYO; Diario, libro II.– La locación y conducción es semejante a la compra y venta y se apoya en las mismas reglas de derecho. Porque así como la compra y venta, se celebra, si se

¹ Profesora Titular Regular de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Flores. Investigadora categorizada.

² Ex Profesor Adjunto de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

³ BIA *Bibliotheca Iuris Antiqui* (V. T. Mommsen – P. Krueger).

⁴ GARCIA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, I (Digesto), Barcelona, 1889, reimpresso en Valladolid, Lex Nova, 1988, Tomo 1, p. 950 s.

hubiere convenido sobre el precio, así también se entiende que se celebra la locación y conducción, si se hubiere convenido sobre el alquiler.

1. *Mas de tal modo parece que tienen alguna semejanza la compra y venta, y la locación y conducción, que en algunos casos suele preguntarse si es compra y venta, o locación y conducción, como, por ejemplo, si yo hubiere convenido con un orifice que con oro suyo me hiciera anillos de cierto peso y de cierta forma, y que él recibiere, por ejemplo 300, ¿será acaso compra y venta, o locación y conducción? Pero parece bien, que es un solo negocio, y que más bien es compra y venta. Pero si yo le hubiere dado oro habiéndose convenido retribución por su trabajo, no hay duda que será locación y conducción.*

2.2. D' Ors⁵

La locación y conducción es similar a la compra y venta y se rige por las mismas reglas jurídicas. Así como la compraventa se contrae si hay acuerdo sobre el precio, también la locación y conducción se considera contraída si se conviene en la merced. (1) De tal modo, pues, parecen tener alguna familiaridad la compraventa y la locación y conducción que, en ciertos casos, suele preguntarse si se trata de compraventa o arrendamiento. Por ejemplo, si yo hubiese convenido con un joyero que me hiciese de su propio oro unos anillos de cierto peso y cierta forma a cambio de una cantidad ¿será compraventa o arrendamiento? Se admite que es un negocio único y una compraventa; pero si yo le hubiera dado oro señalando una merced por el trabajo, no hay duda de que es arrendamiento. (Gai. 2 res cott.)

3. Traducción propia

La locación y conducción es similar a la compraventa y se rige por las mismas reglas jurídicas. Así como la compraventa se contrae si hay acuerdo sobre el precio, también la locación y conducción se considera contraída si se conviene el alquiler. (1) De tal modo, pues, parecen tener familiaridad la compraventa y la locación y conducción que, en ciertos casos, suele preguntarse si se trata de compraventa o arrendamiento. Por ejemplo, si yo hubiese convenido con un joyero que me hiciese de su propio oro unos anillos de cierto peso y cierta forma a cambio de una cantidad ¿será compraventa o arrendamiento? Se admitió que compraventa; pues si fuera yo quién hubiera dado el oro señalando una retribución por el trabajo, no hay duda que será arrendamiento.

4. Ubicación en el Digesto⁶

En la obra justiniana el pasaje fue inserto en el libro décimo noveno, Título 2, titulado *Locati, Conducti (De la Locación, y de la Conducción)*, en el fragmento dos, principium y uno.

El libro décimo noveno está dividido en 5 títulos: el primero, *De actionibus empti et venditi (de las acciones de compra y venta)*; el segundo ya mencionado; el tercero, *De aesti-*

⁵ D'ORS. A., HERNANDEZ TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA GARRIDO, M., BURILLO, J., *El Digesto de Justiniano*, Versión castellana, Pamplona, Aranzadi, 1968 Tomo I, p.711.

⁶ GARCIA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, cit., Tomo 1, p. 950 s.

matoria (de la acción estimatoria); el cuarto, De rerum permutazione (de la permuta de cosas) y el quinto, De praescriptis verbis et in factum actionibus (de las acciones praescriptis verbis y por el hecho).

5. Autor: Gayo⁷

Una singular figura de jurista, digna por muchas razones de particular estudio, es aquella de Gayo, un contemporáneo de Africano y Pomponio, el cual, mientras que fue poco conocido por los hombres de su época, alcanzó una altísima fama en el s. V d.C.

De la vida de Gayo muy poco puede decirse de preciso. En cuanto a la época del nacimiento, se supone que ésta fue ya viviendo bajo Adriano (117 – 138 d. C.) por el hecho que se observa en el lugar (D. 34, 5, 7 pr.) donde dice: «*nostra quidem aetate Serapias Alexandrina mulier ad divum Hadrianum perducta est cum quique liberis, quae uno fetu enixa est*». Se tiene por cierto que Gayo no estaba muerto en la primera etapa de Cómodo (180 – 192 d. c.), visto que resulta haber sido autor de un comentario al S. C. Orfitianum del 178 d. C.

Bastante extraña es la denominación de nuestro jurista mediante un simple «*praenomen*», «*Gaius*». Esta circunstancia ha hecho pensar, no injustificadamente a Mommsen, seguido de numerosos otros historiadores, que Gayo había nacido y vivido en la provincia; y en verdad era usual en los provincianos, cuando les era concedida la ciudadanía romana, el asumir un «*praenomen*» romano (generalmente aquél de los emperadores en el cargo). Mommsen ha precisado, que Gayo debe haber nacido con mucha probabilidad en una provincia helenística, bien porque su estilo no carece de locuciones griegas, o porque cita las leyes de Solón, o porque demuestra conocer el derecho de los gálatos (Galata, barrio de los mercantes europeos en Estambul) y de los bitinios, o porque es autor de un comentario al *edictum provinciale*.

A ese argumento se ha rebatido que ello no puede ser decisivo y que, por el contrario, permite argumentar en pro de la romanidad de Gayo, la viva postura que él muestra de tomar partido en la controversia entre Sabinianos y Proculianos.

Este último argumento debiera inducir a dar crédito a la teoría de la provincialidad de Gayo, porque sólo un provinciano puede todavía considerar de actualidad, en pleno siglo II d.C., las controversias de escuelas ya ampliamente superadas y casi olvidadas.

Gayo tiene muchos rasgos en común con Pomponio. Ciertamente no tuvo el *ius respondendi*. Escribía mucho y más todavía debía enseñar la materia jurídica (sobre todo el derecho privado) en algún lejano ambiente provincial.

Tiene una larga conciencia de los juristas precedentes desde Quinto Mucio a Juliano, de quienes con frecuencia y con mucho gusto adopta las opiniones, sin manifestar un propio parecer: por el contrario, no siempre su conocimiento de las normas más recientes se revela completo.

La Ley de Citas, desafortunadamente no nos ha llegado en su formulación original, sino solamente en aquélla incorporada doce años después, en el 438, en el Código Teodosiano. Probablemente la fórmula original nombraba solamente a los cinco juristas

⁷ GUARINO, A., *L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 1982, 216 s.

«evangelistas»: Papiniano, Paulo, Ulpiano Modestino y Gayo. Sólo sus escritos poseían *auctoritas*.

Por último, Justiniano, en una frase no muy clara pero muy elogiosa, en I. 4, 18, 5 lo llama *Gaius noster*⁸, lo cual ha llevado a pensar que en tiempos de Justiniano, se le comenzó a dar más relevancia que la que tuvo en su propia época. Pero llama la atención que en un fragmento de Pomponio⁹, en *Comentarios a Quinto Mucio*, que aparece en D. 45, 3, 39 dicho jurista manifiesta: *et non sine ratione est quod Gaius noster dixit*, por lo que también puede pensarse que fue reconocido por sus contemporáneos.

5.1. Las obras de Gayo¹⁰

Las obras de Gayo fueron: los libros *ex Q. Mucio*, citados por el mismo Gayo en Inst. 1, 188; los libros *VI ad legem XII tabularum*, comentario que tal vez se abre con una noticia histórica sobre las fuentes del Derecho Romano; los libros *ad edictum praetoris urbani o urbicum* de los cuales en el Digesto de Justiniano se encontraban tomados sólo los libros 1-10; los libros *XXX ad edictum provinciale* en orden a los cuales mucho se discute para aclarar el significado de «*edictum provinciale*». Probablemente se trata del edicto publicado en la provincia de Gayo y más precisamente de la parte de eso que recalcaba, salvo las modificaciones estrictamente necesarias, el edicto del *praetor urbanus*; los libros *II ad edictum aedilium curulium*; los libros *II de fideicommissis*; los libros *singulare de tacitis fideicommissis*, de cuya legitimidad es lícito dudar; los libros *III de manumissionibus*; los libros *III de verborum obligationibus*; los libros singulares: *dotalicion* (de dote), *ad S.C. Tertullianum*, *ad S.C. Orfitianum*, de formula *Hypothecaria*, de *casibus* (casos jurídicos dignos de mención), *ad legem Glitiam*; y, además, los libros *XV ad legem Iuliam et Papiam*.

Pero sobre todo Gayo debe su inmensa notoriedad en el mundo jurídico posclásico a las obras de carácter elemental: Las Institutas en cuatro libros (o como Gayo la llama, *Commentarii*) y las *Regulae*.

La escuela posclásica, no paró de manipular estas obras gayanas con fines didácticos. Rastros de los tres libros *Regulae* quedan en un libro *Singularis Regularum* y parafrasearon las Instituciones en *Rerum Cottidianarum*, cuya genuinidad se discute.

De las Institutas nos llega algún fragmento a través del Digesto de Justiniano, y además muchos de ellos han pasado a formar parte, con más o menos importantes

⁸ Lo mismo hace en *Const. Omnem*, 1 y *Const. Imperatoriam*, 6

⁹ Sobrevive a Celso hijo y a Juliano, de los cuales fue contemporáneo.

Fue sustancialmente extraño a la controversia entre Sabinianos y Proculianos. Probablemente no ejerció el *ius respondendi*, pero enseñó el derecho y escribió muchísimo, con su estilo no siempre preciso, pero claro.

Sus obras fueron: *l'Enchiridion*, obra de la cual se sabe poco más que el título, pero que fue ciertamente dedicada a una exposición elemental del derecho romano con una amplia introducción de historia de las fuentes, de la magistratura y de la jurisprudencia hasta Juliano.

En el Digesto de Justiniano la obra está indicada como compuesta de dos libros, así en otra, como de un solo libro (*liber singularis anchiridii*). Se discute si se trata de dos ediciones del mismo escrito o de la misma obra. Se deduce también que el *liber singularis* no sea efectivamente de Pomponio, cierto es que en la redacción a nuestra nota está lleno de glosas y anotaciones. Aunque con sus muchas alteraciones, sin embargo, ello es de auxilio precioso, sobre todo para la reconstrucción de la historia de la jurisprudencia del S. I d.C. GUARINO, A., *L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano*, cit., p. 212 s.

¹⁰ GUARINO, A., *L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano*, cit., p. 219.

modificaciones, de las Instituciones Justinianeas. La gran fortuna de Gayo en el mundo posclásico, se debe a que no pocas compilaciones de escuela fueron redactadas sobre su modelo o con su contribución: así los títulos *ex corpore Ulpiani*, *l'Epitome Gai*, más allá de la ya recordada *Res Cottidianae*.

Pero en el año 1816, el historiador y diplomático B. G. Niebuhr, de paso por Verona, leyendo en la Biblioteca Capitular de esa ciudad un texto de las *Epistulae* de San Jerónimo -escrito en el siglo IX- se percató de que dicha obra estaba escrita sobre otro texto que había sido cancelado. Por lo que pudo ver, presumió que el mismo resultaba importante desde el punto de vista jurídico. Inmediatamente dio cuenta del descubrimiento a Savigny, quien en 1817 reconoció el texto de las Institutas de Gayo.

5.2. La obra citada en el fragmento en análisis¹¹

El conocimiento de este trabajo elemental atribuido a Gayo es mucho menor, dependiendo enteramente de los fragmentos tomados de éste por los compiladores del Digesto y las Institutas. En las copias utilizadas por ellos, el trabajo llevaba por título *Gai rerum cottidianarum sive aureorum*, que fue naturalmente acertada en las citaciones. La descripción *aurea* debe haber sido acuñada por algún editor; no puede provenir de Gayo mismo. *Res cottidianae*, al parecer, no significa el derecho en la vida de todos los días; *cottidianus* significa aquí más bien usual, familiar, común y *res cottidianae* son, por lo tanto, los tópicos elementales de un tradicional curriculum académico. El trabajo resume lo que es obviamente una versión o elaboración de las Institutas de Gayo, a pesar de que el orden de los temas está alterado. Nuestros fragmentos muestran que el libro I trataba lo referente a la manumisión, de lo que se puede inferir que cubría casi lo mismo que el libro I de las Institutas, principalmente sobre las personas *in potestate* y *tutela*.

El libro II comenzaba como el Libro II de las Institutas, con la propiedad, pero seguía con los contratos. El libro III comenzaba con los delitos (Inst. 3. 88-225); la herencia (Inst. 2, 97 y 3, 87) debió haber seguido. El texto de las Institutas es a veces reducido, y otras veces ampliado; así, bajo los contratos reales, *commodatum*, *depositum*, y *pignus*, los cuales, como ya se ha observado, están ausentes en las Institutas, sigue *mutuum*. Puede ser que el trabajo completo, por lo que queremos significar los tres primeros libros, pertenezcan al comienzo del período posclásico (finales del siglo III), pero es posible que representen notas de lectura (Justiniano los denomina *commentarii*) compuestas, sino personalmente por Gayo, por algún profesor de derecho del período clásico, aunque no por un jurista de primer rango, y en algunos lugares, revisado en tiempos posclásicos. La evidencia con la que contamos nos hace imposible ser más precisos.

Debemos explicar por qué razón hemos contabilizado hasta aquí sólo tres de los siete libros de *Res cottidianae*. El libro II no puede como el libro 2 de las Institutas, haber llegado al derecho de la herencia, pues contenía, además del derecho de propiedad (de mayor extensión que en el libro 2 de las Institutas), el derecho de los contratos. Delitos debió haber seguido; todos los fragmentos del Digesto sobre el libro 3 se refieren a este tema. Pero los delitos no pueden haber ocupado la totalidad del libro III; por lo que al menos una parte del derecho de sucesiones, debió estar incluida en ese libro, luego de lo relativo a los delitos, en contraste con el orden de las Institutas. Ahora bien, parte del

¹¹ SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Londres, Oxford University Press, 1953.

libro III y la totalidad de los libros IV a VII, es demasiado espacio para ser ocupado por sucesiones y acciones, asumiendo que la exposición debió haber sido en la misma escala que el resto de la obra.

Uno es entonces conducido hacia la conclusión, ya sugerida por Mommsen, que las *Res cottidianae* fueron una obra compuesta, de la cual los tres primeros libros eran una versión de las Institutas de Gayo llevada a cabo hasta el final del derecho sucesorio, pero omitiendo lo relativo a las acciones. Los restantes cuatro libros fueron simplemente las Institutas de Gayo. Los fragmentos del Digesto de los libros 1 a 3 están rubricados como provenientes de esta obra compuesta, pero aquellos provenientes de los libros 4-7 están rubricados como correspondiendo a las Institutas de Gayo, porque copias de esa obra en forma independiente de esta obra compuesta, estaban todavía en uso en las escuelas de derecho y estaban en manos de los compiladores.

Una investigación más profunda acerca de las preguntas sobre origen y transmisión, debe tomar la forma de un examen crítico de los fragmentos considerados como un todo.

El estudio de pasajes individuales no puede echar ninguna luz. Tres problemas deben distinguirse más claramente de lo que se ha hecho hasta ahora, principalmente: 1) qué cantidad de nuestros textos se debe a los compiladores, 2) qué cantidad es con toda probabilidad obra posclásica (occidental) y 3) cuántos pasajes a pesar de caer por debajo de los más altos estándares clásicos, supuestamente representan notas de lectura de un profesor de derecho de la época clásica de segundo rango.

6. Palingenesia¹²

En la palingenesia de Lenel podemos encontrar reconstruida la obra *Rerum Cottidianarum* de Gayo.

En el Libro II bajo el subtítulo *De obligationibus, quae ex contractu nascuntur*, en el cuarto fragmento, con el número 501, encontramos nuestro pasaje.

Los compiladores justinianos no han seguido el mismo orden que tienen los fragmentos en la obra del jurista, en *De obligationibus, quae ex contractu nascuntur*, encontramos que hay pasajes que han sido reproducidos en diferentes partes del Digesto tales como: D. 44, 7, 1; D. 18, 6, 2; D. 18, 6, 15; D. 17, 2, 72; D. 17, 1, 2 y D. 17, 1, 4.

7. Aproximación al tema tratado

7.1. Primera aproximación¹³

El Digesto dedica el título II del libro XIX al régimen jurídico de la *locatio conductio*. La rúbrica de este título, de forma análoga a la del título I del libro XIX que le precede, relativo a la compraventa, es: *Las acciones de locación y conducción*. Los compiladores mantuvieron en sus títulos la visión procesal de los juristas romanos de la época clásica.

¹²LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis, Lipsiae MDCCCLXXXIX*, Roma, edición Il Cigno Galileo Galilei, 2000, p. 258 s.

¹³FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema Contractual Romano*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 267 s.

DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Buenos Aires, Abaco, 2004, p. 184 s.

El primer fragmento con el que se inicia el título está tomado del libro XXXIV de comentarios de Paulo al edicto, D. 19, 2, 1: *La locación y conducción por ser natural de todas las gentes, no se contrae con las palabras, sino por el consentimiento, como la compraventa.*

De acuerdo con el tenor de este pasaje debemos considerar que la *locatio conductio*, en su configuración como contrato consensual, encuentra su origen en el *ius gentium*.¹⁴

No se ofrece en la fuente definición alguna de nuestro contrato. Ya sabemos que esto fue regla general de los juristas, que no se preocuparon por definir las instituciones objeto de su tratamiento.

Desde la realidad actual de clara diferenciación de una y otra categoría contractual, sorprende que en los primeros tiempos en que surgieron ambas relaciones contractuales, pudieran plantearse dudas acerca de la diferenciación entre compraventa y arrendamiento.

Esta cuestión fue incluso objeto de debate doctrinal entre juristas. Así como cuando se recoge el texto tomado del libro II de las *Res Cottidianae* y recogido como ya fue visto en:

D. 19, 2, 2, pr.

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit

La locación y conducción es similar a la compraventa y se rige por las mismas reglas jurídicas. Así como la compraventa se contrae si hay acuerdo sobre el precio, también la locación y conducción se considera contraída si se conviene la retribución.

Después de señalar un origen común, el *ius gentium* y, por ello, una idéntica condición de contrato consensual, desprovisto de formalidades, que responde a unas reglas

¹⁴ El Prof. Sandro Schipani en un trabajo para uso interno de las clases, titulado: *Lo sviluppo delle diverse figure contrattuali nella formazione del nostro sistema e la loro sistemazione*, sostiene que en el ámbito del derecho de las gentes, y en los intercambios entre personas de pueblos y sensibilidades diferentes, el derecho romano desarrolló otros actos típicos (*emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*) en los cuales el consenso de las partes sobre un reglamento de conductas recíprocas resultaba vinculante, sobre la base de la buena fe (objetiva) constituida por la seriedad comercial, que concurría además con la voluntad de las partes en la determinación de las conductas mismas debidas.

Nos consta justamente el intento de Quinto Mucio, aplicando el método del *ius generatim constituere*, de reunir algunas de las diversas figuras típicas de los modos en que se «contraen» obligaciones para buscar analogías concernientes a las maneras en las que las obligaciones incluso se «disuelven» (D. 46, 3, 80). En este trabajo suyo de organización, él demuestra que existía ya una consolidada tripartición del obligarse *re, verbis, litteris* a la que él adjunta el obligarse *consensu*, componiendo así una serie de cuatro géneros de fuentes de obligaciones: *re, verbis, litteris, consensu*.

Para Pugliese: «la *locatio conductio* esta ligada en su génesis a la compraventa y es el fruto de la determinación concreta de una serie de casos, que los jurisconsultos reconducen a una figura unitaria, individualizando a un *locare* del cual era objeto una cosa que venía dada a un conductor o porque la tuviera por un tiempo dado (en este caso el pago de la merced era obligación del conductor) o porque se desarrollara una actividad directa a obtener un determinado resultado (el pago de la merced es aquí obligación del locador). Los jurisconsultos individualizaron también un autónomo valor patrimonial de las obras como actividad laboral de los hombres libres contrapuesta al trabajo *servil*, y por consiguiente configuraron la *locatio* de las *operae* (locador era el que prestaba la actividad del trabajo) en contraposición a la *locatio servi* en cualesquiera de las dos hipótesis la obligación del conductor era aquella de pagar la merced» PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano* Terza edizione, Torino, G. Giappichelli Editore 1991, p. 567.

análogas a la compraventa, se preocupa de diferenciar ambas relaciones, señalando que en cierto supuesto fáctico pudiera resultar dificultoso distinguir si nos encontramos ante una u otra figura contractual. En este sentido, continúa el mismo fragmento:

D. 19, 2, 2, 1

Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri solet, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? Sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dederam mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

De tal modo, pues, parecen tener familiaridad la compraventa y la locación y conducción que, en ciertos casos, suele preguntarse si se trata de compraventa o arrendamiento. Por ejemplo, si yo hubiese convenido con un joyero que me hiciese de su propio oro unos anillos de cierto peso y cierta forma a cambio de una cantidad ¿será compraventa o arrendamiento? Se admitió que compraventa; pues si fuera yo quién hubiera dado el oro señalando una retribución por el trabajo, no hay duda que será arrendamiento.

La distinción entre compraventa y locación, puede ser completada con otro texto de las mismas Institutas de Gayo 3, 145: *Y es tanto el parentesco entre la compraventa y el arrendamiento, que, a veces, se suele preguntar qué contrato hay de los dos, por ejemplo, cuando se arrienda a perpetuidad... En ese caso prevalece la opinión de que hay arrendamiento.*

En definitiva, creemos que Gayo no afronta la locación brindando una serie de reglas para caracterizarla y disciplinar el contrato respectivo, sino que prefiere tratarlo a través de una contraposición con la compraventa, resaltando los aspectos en que se diferencian ambas hipótesis.

7.2. Segunda aproximación

Giovanni Pugliese¹⁵ sostiene que la doctrina dominante, hasta un decenio atrás, relativa a la tripartición que se daba en la locación, tal como: a) la *locatio conductio rei*, en la cual el locador cede a un tercero, conductor, el goce de una cosa tras el pago de una merced; b) la *locatio conductio operis*, en la cual el locador pone a disposición del conductor una cosa para que éste ejecute una determinada actividad, y le corresponde una merced por la actividad desarrollada; c) la *locatio conductio operarum*, en la cual el locador pone a disposición del conductor su actividad laboral contra el pago de una merced.

La doctrina más reciente cuestiona esta tripartición, revelando que es extraña a la concepción de los juristas romanos, al menos en términos así rígidos. Los juristas habrían -en sustancia- interpretado los singulares casos concretos buscando la solución según la modalidad concreta del acuerdo, pero haciendo referencia a un único esquema conceptual, cuyos elementos fundamentales eran la temporalidad de la transferencia de la *res* (en contraposición al traspaso definitivo que se efectuaba en la compraventa) y la correlativa obligación principal de restituir la misma, una vez transcurrido el tiempo previsto. La consecuencia extrema de esta imposición es que la obligación de pagar la merced se volvía meramente subsidiaria respecto de las obligaciones típicas.

¹⁵PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 567.

Sin embargo, es preferible según Pugliese, la tesis intermedia, según la cual los juristas romanos han trabajado con un esquema unitario de *locatio conductio*, individualizado sobre todo de la noción general de *locare* (colocar a disposición) y de *conducere* (tomar con sí o de sí), y que nunca han hecho una esquematización rígida de tres formas contractuales diferentes. Sin embargo los juristas, gracias a su sensibilidad concreta, han advertido la exigencia de distinguir los tres casos típicos de *locatio* en base a las diferentes funciones económico – sociales que cada una satisface. Así, la disciplina jurídica de los particulares tipos asume vez por vez, características diferentes, que rondan el orden típico de los intereses sometidos; a la de aquella consabida clasificación dogmática.

Fritz Schulz¹⁶ es verdaderamente terminante al sostener que tal tricotomía no se halla en las fuentes romanas, ni fue implícitamente aceptada por los juristas clásicos. Estos solamente conocieron una *locatio conductio* y en principio, aplicaron las mismas reglas a todas las variedades de este contrato. Las diferencias terminológicas respondieron a conveniencias lingüísticas y al uso, sin que tuvieran mayor trascendencia¹⁷.

Continúa Pugliese¹⁸ sosteniendo que en el interior de la *locatio conductio operis* algunos autores distinguieron ulteriormente dos sub-especies: en el primer grupo, entran los casos en el cual el locador entrega al conductor una cosa a fin de que desarrolle una actividad (por ejemplo, la entrega de los vestidos a la lavandería o la entrega de una gema para tallar); en el segundo grupo, están aquellos en los cuales se ha dado en locación un *opus faciendum*, por ejemplo, se acuerda la ejecución de una obra dada según un determinado proyecto o modelo (por ejemplo, la construcción de un edificio sobre un área dada, la construcción de una nave).

En el primer caso, el locador está obligado a entregar la cosa al conductor y a retribuirle con una merced por la actividad sobre ella.

En el segundo caso, la obligación del locador es principalmente aquella de pagar la merced en correspondencia con la obra exigida al conductor según la modalidad preestablecida; pero, en el caso del edificio, debe también colocar a disposición el área, en el caso de la nave o de otros bienes muebles (especialmente de joyas) para confeccionar, debe proveer la materia prima. Si en cambio, ésta es proveída por el artífice, se concluye una venta, antes que una locación.

8. Problema afrontado en el fragmento¹⁹

Es presupuesto de la denominada *locatio conductio operis* que la obra se lleve a cabo con materiales suministrados en todo o en parte por el arrendador, si fueron suministrados por el arrendatario ¿estamos ante una locación o una compraventa?

¹⁶ SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1968, p. 518.

¹⁷ En idéntico sentido se pronuncia ALFREDO DI PIETRO *Institutas de Gayo texto traducido, notas e introducción*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, p. 522.

¹⁸ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 569.

¹⁹ FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, cit., p. 299. Cont. Nota 17 GARCIA GARRIDO, M., *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 1993, p. 665s. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1972, Ariel, p. 430 s.

9. Solución sostenida

El problema de las posibles relaciones entre el comitente y el orfebre citado en el fragmento bajo análisis, fue planteado siempre distinguiendo dos casos distintos, según el oro sea suministrado por uno o por otro sujeto.

La jurisprudencia romana, obviamente en tiempos diversos, tuvo ocasión de plantear el problema en cuestión, con referencia a dos cuestiones diversas²⁰:

- El orfebre provee al comitente ya sea la materia prima como la obra;
- El comitente provee una cantidad de oro al orfebre quien procederá, haciendo uso de dicha cantidad, a la elaboración de una manufactura; para la obra a realizar se establece la paga debida al artesano.

Ahora bien, la calificación en términos jurídicos de estos dos diversos casos en cuestión, no fue ciertamente pacífica entre los juristas romanos.

Los casos más resonantes puestos en contraposición en un notable texto de Gayo (Institutas 3, 147) del que nos llegaron, con variaciones, otras dos versiones, contenidas respectivamente en el Digesto y en las Instituciones de Justiniano, los que por ser obra del mismo jurista y atinentes a un idéntico tema, serán tratados en este trabajo como un núcleo de textos.

Resulta útil tener bajo la mira contemporáneamente las tres versiones, para constatar el núcleo común que conforman:

Gai.3.147: *ITEM QUAERITUR, SI CUM AURIFICE MIHI CONVENERIT, UT IS EX AURO SUO CERTI PONDERIS CERTAEQUE FORMAE ANULOS MIHI FACERET ET ACCIPERET VERBI GRATIA DENARIOS CC, UTRUM EMPTIO ET VENDITIO AN LOCATIO ET CONDUCTIO CONTRAHATUR. CASSIUS AIT MATERIAE QUIDEM EMPTIONEM VENDITIONEMQUE CONTRAHI, OPERARUM AUTEM LOCATIONEM ET CONDUCTIONEM; SED PLERISQUE PLACUIT EMPTIONEM ET VENDITIONEM CONTRAHI. ATQUI SI MEUM AURUM EI DEDERO MERCEDE PRO OPERA CONSTITUTA CONVENIT LOCATIONEM CONDUCTIONEM CONTRAHI.*

Gayo 3.147: También se cuestiona sobre si cuando yo he convenido con un orfebre que me hiciera anillos de un peso y una forma determinados con su oro, y recibiera por ello -por ejemplo 200 denarios- se ha contraído una compraventa o una locación y conducción. Casio dice que respecto de la materia se ha contraído una compraventa, y que respecto de los trabajos se ha contraído una locación. Pero la mayoría opina que se ha contraído una compraventa. En cambio si yo le he dado oro mío, fijando un precio por el trabajo acabado, todos están de acuerdo que se ha contraído una locación.

²⁰ METRO, A., en *Locazione e acquisto della proprietà: La C.D. Locatio-Conductio Irregularis* en Seminarios Complutenses de Derecho Romano 7 año 1995, sostiene que puede agregarse una tercer hipótesis el orfebre se compromete a realizar para el comitente una manufactura suministrando además la materia prima; el comitente, por su parte, entrega al orfebre una cantidad de oro D. 15, 3, 7, 2 (Ulp., 29 ad Ed.)

Nuestro párrafo bajo análisis:

D.19.2.2.1: (GAIUS libro secundo rerum cottidianarum)

Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri solet, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? Sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

I.3.24.4 : ITEM QUAERITUR, SI CUM AURIFICE TITIO CONVENERIT, UT IS EX AURO SUO CERTI PONDERIS CERTAEQUE FORMAE ANULOS EI FACERET ET ACCIPERET VERBI GRATIA AUREOS DECEM, UTRUM EMPTIO ET VENDITIO AN LOCATIO ET CONDUCTIO CONTRAHI VIDEATUR? CASSIUS AIT MATERIAE QUIDEM EMPTIONEM VENDITIONEMQUE CONTRAHI, OPERAE AUTEM LOCATIONEM ET CONDUCTIONEM. SED PLACUIT TANTUM EMPTIONEM ET VENDITIONEM CONTRAHI. QUODSI SUUM AURUM TITIUS DEDERIT MERCEDE PRO OPERA CONSTITUTA, DUBIUM NON EST, QUIN LOCATIO ET CONDUCTIO SIT.

Los textos nos informan sobre controversias doctrinales relativas a ambos casos. Si acaso hubiera sido el mismo orfebre quien hubiera provisto la materia prima, alguien (Cassio) habría supuesto dos diversos negocios, la compraventa de la materia y la locación para la actividad proporcionada por el artífice. Ya en tiempos de Gayo, sin embargo, se había afirmado («*plerisque placuit*») la idea de la existencia, en tal caso, de un único negocio, la compraventa.

En el segundo caso, en cambio, en el que «*mercede pro opera constituta*» el comitente hubiera provisto la materia prima, habría prevalecido la tesis que contemplaba una locación. La hipotética controversia, que había precedido la afirmación de esta solución, tenía que estar vinculada a la evolución misma del concepto de *locatio*.

D.19.2.2.1: De tal modo, pues, parecen tener familiaridad la compraventa y la locación y conducción que, en ciertos casos, suele preguntarse si se trata de compraventa o arrendamiento. Por ejemplo, si yo hubiese convenido con un joyero que me hiciese de su propio oro unos anillos de cierto peso y cierta forma a cambio de una cantidad ¿será compraventa o arrendamiento? Se admitió que compraventa; pues si fuera yo quien hubiera dado el oro señalando una retribución por el trabajo, no hay duda que será arrendamiento.

I.3.24.4: Se pregunta igualmente si cuando Ticio ha convenido con un platero en que éste de su oro ha de hacer a Ticio anillos de cierto peso y de cierta forma, y que de él ha de recibir, por ejemplo, diez escudos de oro, hay contrato de venta o de arrendamiento. Casio dice que hay venta de la materia y arrendamiento del trabajo; pero se ha decidido que hay solo contrato de venta. Que si Ticio hubiese suministrado su oro habiéndose convenido en un salario por la hechura, habría evidentemente arrendamiento.

10. Motivación de la solución y debate²¹

10.1. El núcleo constituido por D. 19, 2, 2, 1; I. 3, 24, 4 y Gayo 3, 147

Gayo en Institutas 3, 147, nos informa no solamente sobre las discusiones suscitadas fuera de la escuela sabiniana, con aquellos juristas que seguían la orientación interpretativa republicana, sino también sobre un disenso dentro de la escuela, surgido entre Sabino y su alumno Cassio²².

El caso discutido en el texto –reproducido parcialmente en las *Res Cottidianae* (ver D. 19, 2, 2, 1) y más fidedignamente en las Instituciones de Justiniano (ver I. 3, 24, 4)– plantea que, si entre *Ego* y un *aurifex* se convino que este último, con el propio oro, realice para *Ego* anillos de un cierto peso y de una cierta forma y a tal fin recibió, *verbi gratia*, doscientos denarios, ¿debe considerarse pactada una *emptio venditio* o una *locatio conductio*? Cassio –recuerda Gayo– había considerado que reconocía en la relación dos negocios, distinguiendo entre *emptio venditio* de la *materia* y *locatio conductio* de las *operae*. Pero la solución mayoritaria y prevaleciente, fue la de reconducir el negocio unitariamente a la compraventa.

Ninguna discusión se verificó, en cambio, para el caso en el que el oro fuera del comitente, siendo unánime la calificación del negocio como locación.

El párrafo, que es considerado por la doctrina más reciente como genuino, testimonia la existencia del debate acerca de los límites de la locación, cuestión ésta que es afrontada por tres corrientes:

10.1.1. Una primera corriente jurisprudencial, que evidentemente acogía la doctrina tradicional republicana (Q. Mucio –D. 34, 2, 34 pr– y Alfenio –D. 19, 2, 31) y por lo tanto remitía a la *locatio conductio* incluso el negocio en el cual los materiales hubieran sido suministrados por el mismo artífice –corriente cuya existencia resulta demostrada por el hecho de que el debate resulta inicialmente planteado por Gayo en términos de completa alternativa entre los dos contratos.

10.1.2. Una segunda corriente (la de los *plerique*) que sostenía la imposibilidad de una transferencia de *dominium* en el seno de una locación, reconduciendo consecuentemente todo el negocio a *emptio venditio* –visión ésta que resulta estrechamente identificada con la de Sabino y de quienes lo seguían.

10.1.3. Finalmente una tercera doctrina, propugnada por Cassio, que consideraba no posible o no necesario reconducir todo el negocio a compraventa y por lo tanto pensaba en dos relaciones diversas: locación de las *operae* y compraventa de la *materia*.

Tratemos de analizar el pensamiento de Cassio y su posición respecto a las otras dos corrientes²³.

²¹ FIORI, R., *La definizione della Locatio Conductio*, Napoli, Jovene, 1999, p. 224 ss.

²² Alumno de Sabino y jefe de la escuela con él y después de él. Fue *cónsul suffectus* en el 30 d. C. y ocupa después altísimos cargos (procónsul de África, Legado imperial en Siria). En el 65 d. C. fue deportado a Sardegna (Cerdeña) por orden de Nerón; fue repatriado por Vespasiano, muere en los inicios del principado de éste (69 – 79 d. C.). Se disputa con Sabino el honor de darle el nombre a la escuela («*cassianae scholae princeps et parens*» Plin Ep. 7.24) GUARINO, A., *L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano*, cit., p. 190.

²³ FIORI, R., en *La definizione della Locatio Conductio* cit., p. 213, sostiene que los dos negocios individualizados por Cassio deben ser tenidos en cuenta. El jurista distingue la compraventa y la

Como se observa, Cassio se alejó de la doctrina de Sabino; Cassio, no lo sigue en su desvalorización del requisito de la *opera*. La lógica de su solución, pareciera orientada a afirmar que la actividad del artífice no está fuera del contrato (como sucede en una compraventa), sino en su esencia.

La solución cassiana, como se ve, se coloca en el medio de las dos perspectivas: la de Sabino y los *plerique* y la de quienes los contradicen. Los primeros atribuyen relevancia absorbente al criterio de la no transferencia del *dominium* y, consiguientemente, reconducen toda la relación a la compraventa. Los segundos juzgan absorbente el criterio de la *opera* calificando la relación como locación, aún verificándose un traspaso de propiedad.

Cassio tiene a ambos en cuenta considerando que ninguno de los dos puede absorber al otro: la transferencia del *dominium* se orienta hacia una compraventa de la *materia* y la *opera* es reconducida a una autónoma *locatio conductio operarum*.

10.2. La postura de Sabino

La postura de Sabino,²⁴ surge de:

D. 18, 1, 20

POMPONIUS libro nono ad Sabinum: Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.

Sabino respondió que cuando queremos adquirir alguna cosa, como una estatua, dando únicamente dinero, se considera compra; y que no puede haber arrendamiento cuando el objeto mismo no es dado por aquél para el cual se elabora; distinto sería el caso de que te diese un solar para que edificases una casa, porque entonces procede de mí la entidad fundamental.

En este pasaje, Pomponio, nos presenta el pensamiento de Sabino, según el cual si uno quiere que otra persona le haga algo, por ejemplo un florero, una estatua, o bien un vestido, (ejemplos similares a los que están contenidos en Gayo), y por el trabajo solo le dará *pecunia*, se configurará una hipótesis de compraventa, y no de *locatio conductio*, ya que el comitente no entrega *corpus*, a diferencia de la hipótesis en que se ha dado un terreno *ad insulam aedificandam*, considerado como la *substantia* que proviene del comitente.

El argumento se estructura, como se ve, sobre dos planos:

locación sobre un plano formal, pero no olvida la unidad económica de la relación de comisión: a) la *emptio et venditio materiae* es compraventa no de oro bruto sino de *anuli* cuyo *premium* se estima sobre el valor del *aurum*; b) *locatio et conductio operarum* es no una mera obligación de medios por parte del artífice, sino locación de una actividad orientada al fin, para la cual está prevista una *merces* computada sobre la cantidad de trabajo puesto en obra por el *aurifex*.

²⁴ Partidario de Capítón, fue jefe de la escuela bajo Tiberio (14 – 37 d. C.). De modestos orígenes, se sostiene con la enseñanza del derecho y solo hacia los 50 años logra reunir el patrimonio (rédito) suficiente para la inscripción en el *ordo equester*. Fue el primer jurisconsulto de rango no senatorial que ostenta el *ius respondendi*. GUARINO, A., *L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano*, cit., p. 188.

- Ante todo se afirma que, en general, en la hipótesis de creación de algo nuevo (como una estatua, un vaso o un vestido), siempre que el comitente pague sólo la *pecunia* se tendrá *emptio venditio* y no *locatio conductio*: de hecho, no es posible reconocer locación alguna en una relación en la que los materiales a ser elaborados (*corpus*) no sean provistos por el comitente.
- Respecto a la hipótesis específica de la construcción de edificios se formula una solución diferente: puede haber una locación siempre que el comitente provea al menos el *area* sobre la cual edificar la *insula*; en tal caso, de hecho, la *substantia* proviene del locador.

A partir de este esquema, veamos el contraste entre la posición Proculyana y Sabiniana:

10.2.1. La doctrina de la *specificatio* propugnada por los proculyanos no aparejaba por sí misma motivos de disenso con la construcción de la *locatio conductio* heredada por la jurisprudencia republicana. Dado que ellos consideraban que la propiedad de una manufactura correspondía de cualquier manera al artífice, no debían reconocer diferencia alguna entre el caso en que los materiales provinieran de este último (que se habría hecho pagar el correspondiente *pretium materiae*, siempre dentro de los límites del contrato de locación) o bien del comitente (que en tal caso hubiera tenido el valor de los mismos *in obligatione*). En ambas hipótesis, habría habido al menos un traspaso de propiedad: el de la *res* final del *artifex* al comitente.

10.2.2. Completamente distinta es la perspectiva de los sabinianos. Estos últimos afirmaban que, en caso de transformación, la propiedad de la *res* producida era del *dominus* de los materiales y por lo tanto, traspolando el discurso al plano de la *locatio conductio*, no podían admitir la idea muciana de que el *aurum* dado al artífice pasase a su *dominium*. En otras palabras, en la perspectiva sabiniana, la unitaria perspectiva republicana –según la cual el artífice era, en todo caso, propietario de los materiales que elaboraba, de quien fuera que proviniesen– tenía necesariamente que escindir-se en dos hipótesis distintas:

10.2.2.1. Por un lado, el caso en el que el artífice elabora materiales del comitente en el que no se perfecciona jamás un traspaso de *dominium*, en ninguna dirección.

10.2.2.2. Por el otro, el caso en el que el artífice elabora materiales propios que son sucesivamente transferidos a la propiedad del comitente.

10.2.3. Frente a esta distinción, totalmente nueva respecto de la tradición precedente, Sabino eligió reconducir el primer caso a la locación y el segundo a la compraventa.

Sabino transforma en el criterio fundamental de distinción entre *locatio conductio* y *emptio venditio*: cuando hay transferencia de *dominium* no puede haber allí locación, sino compraventa.

10.3. Eventual relación entre Paulo y la perspectiva Proculyana

Algunos estudiosos, como Fiori, han señalado una continuidad con respecto al pensamiento de los juristas republicanos. Como fundamento de esta tesis existiría un texto de Paulo²⁵:

²⁵ Iulius Paulus fue alumno de Scevola. Nada se sabe acerca de su origen, por cuanto la bondad del

D. 19, 2, 22, 2

PAULUS libro trigesimo quarto ad edictum:
Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

Quando arriendo la edificación de una casa, de modo que el arrendatario lo haga todo a su costa, me transmite la propiedad de todo y, no obstante, hay locación, pues el que hace la obra arrienda su trabajo, es decir, el tener que hacerla.

Sobre este fragmento el jurista severiano elabora una hipótesis de la *locatio conductio*, en el caso de una *insula aedificanda* con materiales provistos por el mismo artífice, luego entregados al comitente. El texto ha sido contrapuesto a D. 18, 1, 20, aunque no aparecen como antitéticos: en ambos se habla de un área dada a *insulam aedificandam*, y en ambos se encuadra el caso en el contrato de locación.

Ha sido rechazada por algunos estudiosos, la idea de que Paulo sostiene en su razonamiento el caso explicado por Sabino, o bien, que el fundo perteneciera al locador. También consideramos arriesgada la exclusión de dicha posibilidad. El único dato cierto, es que mientras que en D. 19, 2, 22, 2 está claro que los materiales son provistos por el locatario, quien le transferirá la propiedad al comitente, en D. 18, 1, 20, se pone el acento en que la *substantia* proviene del comitente. En otras palabras, es posible afirmar que Paulo, siguiendo a juristas como Quinto Mucio o Alfeno, estuviera acompañado de quienes consideraban a la fabricación de anillos con oro del artífice, como una hipótesis de *locatio conductio*, admitiendo a su vez, que podría existir una transferencia del *dominium* dentro del contrato de locación.

11. Fundamento de la solución

A juzgar por los fragmentos que nos llegaron, parecería confirmada la aseveración de Gayo, según la cual hubiera vencido, al menos en el seno de la escuela sabiniana, la solución de Sabino; ello se encuentra confirmado por la omisión de Cassio en el texto de Digesto (Gai 2 Rer.Cott.) D. 19, 2, 2, 1 – y por el contenido de Inst. 3, 24, 4, en el cual la opinión del jurista ha sido presentada en referencia a la *locatio conductio operis* y no a la *locatio conductio operarum*.

estilo invita a considerarlo romano o por lo menos, itálico. Datos seguros para la biografía de Paulo son los siguientes: asesor del *praefectus praetorio* Papiniano; más tarde devino jefe de la sección y de cancillería imperial (*magister memoriae*) y miembro del *consilium* imperial junto con Papiniano, luego todavía bajo Severo y Caracalla, bajo Alejandro Severo (222 – 235 d. C.) él detentó, finalmente, junto con Ulpiano, el cargo de *praefectus praetori*. Paulo fue un jurista de mucho ingenio y de mucha doctrina, aunque no excesivamente original. Escribió muchísimo y utiliza todas las formas de expresión de la jurisprudencia clásica. A él se le reprocha una cierta oscuridad de estilo y una tendencia soberbia a las construcciones abstractas, pero se trata de acusaciones que la crítica más reciente va demostrando infundadas. Paulo, en efecto, ha estado entre los juristas romanos mayormente estudiados, anotados, compendiado, y es el que más ha contribuido a la escuela posclásica; es a la actividad de esta escuela que hay que atribuirle el más grande número de esos conocimientos que solemos tradicionalmente adeduar a Paulo. GUARINO, A., *L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano*, cit., p. 231 s.

11.1. Es oportuno en este punto, regresar al núcleo de textos objeto de nuestro análisis, para detenernos en:

11.1.1. El significado de la alternativa propuesta por Gayo en 3, 147: *También se cuestiona sobre si cuando yo he convenido con un orfebre que me hiciera anillos de un peso y una forma determinados con su oro, y recibiera por ello -por ejemplo 200 denarios- se ha contraído una compraventa o una locación y conducción.* Es posible que Gayo hubiera formulado la pregunta en estos términos, sólo para introducir la opinión de Cassio, la cual reconoce un negocio formado por la combinación de dos contratos distintos: una *emptio venditio* de la materia y una *locatio conductio operarum*: solución, que por otro lado, no está muy distante de la que podríamos configurar hoy, utilizando los conceptos de atipicidad.

11.1.2. Pero Gayo, luego de haber mencionado la opinión de Cassio, la desmiente rápidamente: no se trata de la suma de dos negocios distintos, sino de uno solo. Los *plerique* podían considerar el caso concreto como un único negocio, en vez de considerarlo la suma de dos negocios distintos.

A favor de esta lectura, existe un dato para ser tenido en cuenta, se trata del contenido del pasaje del Digesto tomado de una obra del mismo Gayo, las *Res Cottidiane*, D. 19, 2, 2, 1. En dicho pasaje, a diferencia de lo que se puede leer en el texto de las Instituciones de Justiniano, no se presenta la opinión de Cassio: con la frase *sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse*, Gayo mostraría que aún la tenía presente, y que no la incluyó. Esto podría tener una explicación –aventuramos– en el hecho de que se hubiera realizado un posible corte por parte de los justinianeos, más probable aún, por la presencia de la referencia al *unum esse negotium* y al *dubium non est*.

Tampoco debemos olvidar, que desaparece la mención, en ambos pasajes, de los *plerique*. De hecho, los verbos utilizados son impersonales, demostrando así que la cuestión ya se consideraba superada.

En tal sentido, la interpretación corriente de la locación como contrato en el seno del cual no se pueden verificar transferencias de *dominium* y la consiguiente reconducción a la categoría del contrato «irregular» de aquellas hipótesis en las que una mutación de propiedad se realiza, son el producto de la interpretación organizativa y actualizadora de la tradición romanística, favorecida por tendencias análogas ya presentes en la compilación de Justiniano. De tal manera, se creó un sistema tendencialmente armónico en el que predominó la solución de Sabino.

Sin embargo, el hecho de que algunos textos hayan sobrevivido de todos modos al filtro de los compiladores –que, puede interpretarse con razón que adherían a la posición sabiniana– nos ha dado la posibilidad de reconstruir, al menos en las líneas esenciales, el debate original.

II. DERECHO INTERMEDIO. LAS SIETE PARTIDAS.

Las Siete Partidas, en la Partida 5.º, en el título 8 trata el tema *De los alquileres y de los arrendamientos*.

Así, define: *Alquilar y vender son dos maneras de pleitos que usan los hombres de comúnmente, y aunque algunos cuidan que son de una manera, sin embargo hay diferencias entre ellos.*

Ley 1: Loguero propiamente es cuando un hombre alquila a otro obras que ha de hacer por su persona, y otorgar un hombre a otro poder de usar su cosa y de servirse de ella por cierto precio que le ha de pagar en dineros contados, pues si otra cosa recibiese que no fuese dineros contados, no sería alquiler, más sería contrato innominato. Y arrendamiento, según el lenguaje de España, es arrendar herencia o almojarifazgo o alguna otra cosa por renta cierta que den pie por ello. Y aun hay otra manera a la que dicen afretamiento, que pertenece tan solamente a los alquileres de los navíos.

Como veremos a continuación, se confirma la manifestación de Vélez Sársfield en el sentido que había tomado en cuenta el Derecho Patrio, esto es, el derecho vigente en el momento en que él enviaba el proyecto de Código Civil, que no es otra cosa que las Siete Partidas, que habían pasado a ser derecho usual por su implementación por parte de los españoles y la continuación de su uso luego de la Revolución de Mayo.

Confirma tal aserto, el hecho que la presente Partida fue citada en las notas a los artículos 1493 y 1629 del Código Civil, que analizaremos a continuación, y que en su redacción se parece al artículo 1493 antes citado y su nota, sobre todo en la referencia a los contratos innominados.

III. LA LEGISLACION ARGENTINA

1. Código Civil de Vélez Sarsfield

El Código Civil Argentino en su artículo 1493 definía: *Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero.*

El que paga el precio, se llama en este Código «locatario», «arrendatario» o «inquilino», y el que lo recibe «locador» o «arrendador». El precio se llama también «arrendamiento» o «alquiler».

Pero dada la gran oportunidad que nos brinda Vélez Sarsfield al haber insertado notas a los artículos, surge que éste, al conocer la problemática que da cuenta el Derecho Romano, trata de precisar la terminología.

En la nota al artículo 1493, tomaba en cuenta el párrafo bajo análisis y sostenía: *«Cód. de Chile, art. 1915. Cód. francés, arts. 1709 y 1710; italiano, 1569 y 1570; napolitano, 1555 y 1556. L.L. 1 y 6, tít. 8, part. 5.^a. L. 2, tít. 2, lib. 19, Dig. y Proemio, § 2, tít. 25, lib. 3, Instit. MAYNZ, Derecho romano, § 298. MARCADE, en el comentario al art. 1708 del Cód. Francés trata extensamente de la denominación en el contrato de «locador» y «locatario», la única, dice, que evita todos los equívocos en las leyes, y las falsas doctrinas de los escritores sobre la materia. La definición que forma este artículo, evita la confusión que regularmente se hace de locación con otros contratos nominados o innominados. (El resaltado nos pertenece) Si una de las partes transfiere a la otra por título oneroso el uso o goce temporario de una cosa, con derecho real, el contrato será de usufructo. No será locación la entrega de bienes al acreedor, para que use o goce de ellos por un tiempo determinado en pago de su crédito. Una deuda que se pagase de esa manera, debía regirse por las reglas relativas al pago. Si el usufructuario, locatario o sublocatario del usufructo tratasen con el propietario de la cosa la transferencia del uso o goce de ella por tiempo igual al del usufructo, aunque el precio fuera pagadero en prestaciones periódicas,*

y aunque en el contrato se expresase que el usufructuario arrendaba la cosa al propietario, no sería un contrato de locación, sino de consolidación del usufructo. Puede también haber un distracto de locación, bajo todas las apariencias de arrendamiento; pero no por eso el contrato sería de locación. El contrato por el cual una de las partes transfiriese a otra por un precio cierto y en prestaciones sucesivas, y por tiempo determinado, los frutos o productos de un bien raíz, no será locación, sino venta de frutos. El contrato por el cual una de las partes transfiriese por un precio en dinero, el derecho de percibir temporalmente rentas o cualesquiera prestaciones periódicas, aunque las partes lo llamen arrendamiento, como lo llaman las leyes de España, no sería en realidad sino una cesión de créditos. Se hallan en este caso los contratos de los particulares con los gobiernos para percibir algunas rentas públicas. Lo mismo decimos que sería una cesión judicial de crédito, el remate o adjudicación, en virtud de una sentencia, del derecho a percibir alquileres, rentas o cualesquiera otras prestaciones. Si el precio en un contrato de arrendamiento consistiera en una cantidad de frutos de la cosa, no sería locación sino un contrato innominado. Si la cantidad de frutos fuese una cuota proporcional, respecto al todo que produzca la cosa, sería un contrato de sociedad, aunque las partes lo llamaran arrendamiento. Si una de las partes transfiriese el uso o goce temporal de una cosa, y la otra parte le transfiriese el uso o goce de otra cosa, sería un contrato innominado. Si una de las partes transfiriese el uso o goce de una cosa, transfiriéndole la otra el dominio de otra cosa, sería también un contrato innominado. Si la transferencia del uso o goce que hiciera una de las partes, fuese porque la otra se obligara a prestarle un servicio, o por un servicio que le hubiese prestado, también sería un contrato innominado. Si la transferencia del uso o goce temporal de una cosa, se hiciese, no obligándose la otra parte a pagarle un precio, ni a entregarle cosa alguna, ni a prestarle un servicio, el contrato sería un comodato».

Parece extraña la mención al usufructo que realizaba el codificador en esta nota. En tal sentido, uno de los primeros exegetas del Código Civil, Lisandro Segovia²⁶ pareciera indicar que las referencias al Corpus Iuris fueron tomadas de Goyena,²⁷ y que el resto de la nota fue tomada de Freitas.

En cuanto a la locación de obra, amén de ubicarla dentro de los contratos consensuales, en el artículo 1629 establecía: *Puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga sólo su trabajo o su industria, o que también provea la materia principal.*

Nuevamente es la nota con la que trata de clarificar la situación tomando en cuenta, en este caso, el párrafo de las Institutas que forma parte del núcleo de textos del presente trabajo.

Dicha nota sostenía: *«El art. 1158 del Cód. de Austria dice: «Cuando el propietario da la materia, hay un contrato de arriendo; pero si el trabajador la pone, es un contrato de venta». Lo mismo disponen las leyes romanas. Instit., § 4, tít. 25, lib. 3, y las Leyes de Partida. L. 1, tít. 8, part. 5.»* (tómese en cuenta que es la misma que se cita en el acápite titulado Derecho Intermedio) DURANTON, t. 17, núm. 250, y DUVERGIER, t. 2, núm. 335, resuelven que se debe considerar como un simple arrendamiento toda convención, por la cual un obrero se

²⁶ SEGOVIA, L., *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Pablo E. Coni Editor, 1881, Tomo 1, p. 413.

²⁷ GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Sociedad Topográfico Editorial, 1852, p.481 s. En efecto, al referirse al artículo 1529 de su proyecto, donde indica: *«Cuando el propietario da la materia, hay contrato de arriendo; pero si el trabajador la provee, es un contrato de venta...»* y cita las fuentes justinianeas.

encarga de hacer una obra, importando poco que ponga o no la materia. AUBRY y RAU, § 374, nota 2, sostienen que la convención en tal caso es de naturaleza mixta; que hasta el momento de recibir la obra, las relaciones de las partes deben ser principalmente regidas por las reglas del arrendamiento, y que las de la venta deben aplicarse después de recibida la obra. TROPLONG, Louage, núms. 962 y sigs. y núm. 1015, sostiene que el contrato debe regirse por las leyes de la compra y venta. Este autor no toma en cuenta la parte de la convención por la cual el empresario, prometiendo ejecutar una obra, se ha obligado a poner en ella todos sus cuidados, todas las precauciones que había derecho de esperar de él según su profesión, obligaciones inaplicables, si sólo el contrato importara la venta de la obra, cuando la obra se acabara de hacer. ZACHARIAE, § 710, nota 10, trata extensamente de la materia. No exigiendo nuestro sistema judicial, como exigía el Derecho romano, la designación del contrato, en virtud del cual la acción es intentada, no es necesario indagar si es venta o arrendamiento el contrato por el cual un obrero se obliga a hacer una obra, poniendo su trabajo y los materiales, o la materia principal para la obra, como el terreno en la construcción de una casa» (el resaltado nos pertenece).

Con lo expuesto precedentemente, parecería que nuestro codificador, conociendo la problemática suscitada en el Derecho Romano habría optado, en sus notas, por la vía del contrato innominado, aunque en el texto del art. 1629 encuadraba al contrato en la locación de obra.

Ahora bien, si de esta manera Vélez habría pretendido dar por zanjada la situación, los problemas interpretativos al estilo de los Juristas Romanos, se repitieron en la jurisprudencia de los tribunales argentinos. En tal sentido, hay fallos que sostienen: *No obsta a que un contrato sea calificado como de compraventa, la circunstancia de que una de las partes ofrezca en venta, mediante catálogo, determinados productos que deban ser fabricados para su entrega, pues de la norma del Art. 1629 del Cód. Civ., así como de su nota, no surge que necesariamente tal contrato debe ser considerado como locación de obra; al contrario, si la etapa de elaboración del producto es indiferente a una de las partes del contrato, estamos frente a una compraventa, desde que aquí el objeto de aquél es la obligación de transmitir el dominio de una cosa, presente o futura, sin que importe cómo se alcance su producción.*²⁸

Tomando en cuenta lo expuesto, sin perjuicio de la pretensión de Vélez, podemos concluir que no ha sido pacífica la distinción entre compraventa y locación, y de ello dan cuenta los extractos de fallos que se citan a continuación: *En principio, es de locación de obra, no de compraventa de cosa futura, el contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer una cosa y entregarla a la otra, cuando éste ha establecido las condiciones en que debía ser hecha, o se trate de una cosa determinada que no puede hallarse en el comercio en general, de manera tal que la obligación de hacer aparezca como principal y el trabajo personal de quien la hace o su fabricación, como un elemento secundario. Sin embargo, en algún caso se ha resuelto que la diferencia radica en que la compraventa es un contrato de ejecución instantánea, en tanto que la locación de obra es de tracto sucesivo*²⁹.

Es quizás el maestro Salvat quien con mayor claridad traza la distinción entre ambos contratos al sostener: «Si el locador o empresario pone sólo su trabajo, la distinción radica en que si bien en ambos contratos se paga un precio, en la locación de obra es en

²⁸ SALAS, A. – TRIGO REPRESAS, F. – LOPEZ MESA, M. (CÓDIGO CIVIL ANOTADO – Tomo IV-A) Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1989.

²⁹ SALAS, A. – TRIGO REPRESAS, F. – LOPEZ MESA, M., cit.

compensación de un servicio de trabajo, en tanto que en la compraventa es como valor de la cosa vendida. Si el locador o empresario suministra los materiales, la distinción está en el fin principal perseguido por las partes: el comprador paga el precio para obtener la cosa que se le vende; el locatario de obra lo paga para obtener la ejecución de la obra que se encarga»³⁰.

Por su parte, Borda³¹, luego de indicar las tres posturas sobre el tema, y considerando el problema desde un punto de vista teórico, con independencia de los textos legales en vigor, sostiene que no cabe duda que se trata de un contrato mixto. Calificarlo como venta o locación pura es arbitrario-sostiene– y no se compagina con la verdadera voluntad de los contratantes, que por una parte han entendido comprar (o vender) y por la otra encargar un trabajo (o suministrarlo). Sin embargo, desde un punto de vista legislativo, conviene atribuirle uno u otro carácter. El Código Civil Argentino lo consideraba como locación de obra (art. 1629) y Borda sostiene que ése era el criterio que debía adoptarse para resolver el problema, aunque no se trataría de una regla absoluta. Así, cuando la importancia del trabajo es desdeñable en relación con el valor de la cosa, habrá que decidir que es compraventa y no locación de obra.

2. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina vigente desde el 1.º de Agosto de 2015, define el contrato de locación en el artículo 1187, de la siguiente manera: «Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero...». Como señalan Herrera, Caramelo y Picasso³², se descarta la utilización del término «locación» usado de modo indistinto por el Código Civil para los supuestos de uso y goce como prestación esencial, y para los atribuibles a los casos en que la obligación asumida por el locador era la de ejecutar una obra o prestar un servicio, ahora previstos en el artículo 1251 y siguientes.

En el mismo sentido, en los fundamentos del Anteproyecto, la Comisión redactora ha sostenido que era necesario abandonar la noción de «locación de obras y de servicios», que, aunque tiene una extensa tradición legal, no se compadece con los usos y la evolución de la doctrina. Por esta razón, siguiendo proyectos anteriores, se utilizan los vocablos «contratos de obra o de servicios».

El artículo 1251 establece: «Definición. Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución. El contrato es gratuito

³⁰ SALVAT, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino Contratos T 1º*, Buenos Aires, ed. La Ley, 1946.

³¹ BORDA, G., *Manual de derecho Civil– Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 178.

³² HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo Tercero, Buenos Aires, Infojus, 2015, p.570, y agregan: «...»El Código Civil y Comercial, separándose de la concepción romanística clásica, aduna una contextualización más cercana a la doctrina moderna que ha señalado, reiteradamente, la impropia confusión práctica de utilización del vocablo «locación» para estas tres diferentes especies de contratos.»

si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso pueda presumirse la intención de beneficiar.»

Por su parte, en las disposiciones especiales para las obras, el artículo 1262 trata los sistemas de contratación y en el texto del mismo se establece: «...La contratación puede hacerse con o sin provisión de materiales por el comitente...». Herrera³³, Caramelo y Picasso sostienen que si bien los materiales pueden ser provistos por cada una de las partes y ello ser objeto de acuerdo entre ambas, también se establece que para el caso de ausencia de convención o de que ello no surja de los usos del lugar, los materiales serán provistos por el contratista, salvo prueba en contrario.

Con respecto a cómo interpretar cuándo hay obra y cuándo un servicio, la Comisión redactora en los Fundamentos del Anteproyecto, ha señalado que en la obra se pretende la obtención de un resultado, y no sólo la actividad de trabajo. El trabajo es un medio y el objeto propio es la utilidad abstracta que se puede obtener.

IV. CONCLUSION

De lo analizado en este trabajo, podemos concluir que tanto el Código Civil Argentino derogado, como el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en vigencia desde hace poco más de dos años, sostienen la doctrina tradicional republicana (Q. Mucio –D. 34, 2, 34 pr– y Alfeno –D. 19, 2, 31). Resulta indiferente qué parte suministra los materiales para calificar el contrato; se da preeminencia a la obra.

La diferencia estriba en que mientras el codificador Vélez Sársfield sostenía en el artículo 1629, que el contrato se denominaba locación de obra, el Código Civil y Comercial lo denomina contrato de obra, eliminando el nombre de *locación* para este tipo de contrato.

RESUMEN: En la presente comunicación se realizará la exégesis de los fragmentos D. 19, 2, 2, pr. y 1 que se refieren a la distinción entre la locación y la compraventa. Haremos referencia a un núcleo de textos gayanos y justinianos, para recordar la discusión entre las escuelas de los sabinianos y los proculeyanos sobre el particular. Posteriormente analizaremos la cuestión en el Código Civil de Vélez Sarsfield, actualmente derogado, para concluir con la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

PALABRAS CLAVES: derecho romano-locación-distinción con la compraventa-derecho argentino.

ABSTRACT: In the present essay we will carry out the exegesis of the fragments D. 19, 2, 2, pr. and 1 that refer to the distinction between the location and the sale. We will refer to a core of gayan and justinian texts to remember the discussion between the schools of the sabinians and the proculeans on the subject. Later, we will analyze the issue in the Civil Code of Vélez Sarsfield, currently repealed, to conclude with the regulation of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation.

KEYWORDS: roman law-location-distinction with the sale-argentine law.

³³ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S., *Código Civil y Comercial*, cit., Tomo Cuarto, p. 18.

