

LA REGLA *EMPTIO (NON) TOLLIT LOCATUM*: DE LAS FUENTES ROMANAS HASTA EL ACTUAL PROYECTO DE ARMONIZACIÓN EUROPEA

ADELA LÓPEZ PEDREIRA (*)

El tema de la naturaleza real o personal del derecho derivado del contrato de arrendamiento ha sido ampliamente discutido en la doctrina en todos los tiempos, y si bien creemos que se debe afirmar tanto en D.^o Romano como en el D.^o español ⁽¹⁾ el carácter de derecho personal, sí es cierto que presenta algunos aspectos que le dan una apariencia de realidad: la percepción directa de los frutos por el arrendatario, la posibilidad de subarrendar si no se ha excluido expresamente, la protección que se atribuye al *conductor* frente a las perturbaciones de hecho de terceras personas, la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad ...

Nosotros vamos a analizar la naturaleza de este derecho a partir del tratamiento que se ha dado a los supuestos de enajenación de la cosa arrendada mientras está vigente el contrato, cuestión que vamos a examinar desde los textos romanos ⁽²⁾, siguiendo después con la tradición romanística, con los distintos Códigos civiles, y con los actuales proyectos de normativa europea actual.

I. DERECHO ROMANO

En un contrato de arrendamiento de cosa, *locatio-conductio rei*, el *locator* se obliga a procurarle al *conductor* el *uti* o el *uti frui* de la cosa arrendada

(*) Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

(1) En el Derecho español algunos autores entienden que hay que distinguir entre arrendamientos inscritos o no en el Registro de la Propiedad teniendo los primeros carácter real, lo que sin embargo es rechazado por J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, T. IV, *Derecho de obligaciones*, 12.^a ed., Madrid, 1985, 304 que entiende que la inscripción no hace perder al arrendamiento su carácter de relación meramente obligatoria. *Vid.* sobre ello bibliografía citada en P. BENAVENTE MOREDA, *La venta de la cosa arrendada*, Madrid, 1998, 76-77, n. 65-66-67.

(2) No pretendo examinar aquí todos los textos romanos que ya he analizado más ampliamente en A. LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, (*La venta de la cosa arrendada en Derecho Romano*), Madrid, 1996. En el presente trabajo desarrollo algunas nuevas conclusiones allí no tratadas.

durante un tiempo, quedando éste último obligado al pago de una *merces*. Pero esta obligación del *locator* no altera su capacidad de disponer de la cosa, de manera que si trasmite a título singular la cosa arrendada a otra persona, el adquirente no está obligado a mantener al *conductor* en el disfrute de la misma, sino que puede expulsarle libremente (D.19.1.13.30, D.19.2.25.1 y C.4.65.9), lo que únicamente generará en el *locator* la obligación de responder al *conductor* por incumplir la obligación que había asumido con éste, responsabilidad que se puede exigir a través de la *actio conducti* (3).

Se afirma así la que posteriormente sería conocida como regla *emptio tollit locatum* (4), denominación que aunque fue muy utilizada en fuentes posteriores al Derecho Romano, no parece del todo correcta, pues no sólo es aplicable a los supuestos de venta, sino también a otros supuestos de enajenación a título singular, ya sea donación, permuta, legado (5)..., por lo que estimamos más acertada la denominación *successor singularis non cogitur stare colono* (6). Y por otra parte, aunque la enajenación puede dar lugar a la extinción del contrato de arrendamiento, no deja al enajenante libre de responsabilidad por el incumplimiento, responsabilidad que se fue incrementando en la medida en que se configura el arrendamiento como un contrato de buena fe (7).

Aunque no vamos a entrar en el arduo tema del origen de la *locatio-conductio* (8), sí creemos que esta regla *emptio tollit locatum* tendría una clara jus-

(3) Gai, *X ad ed. prov.* D.19.2.25.1 y Ulp., libro II *responsorum*, D.30.120.2.

(4) Sobre esta regla existían numerosos trabajos publicados en el siglo XIX. Entre los del siglo XX podemos destacar E. MEYNIAL, *Note sur la Loi Emptorem*, en *Mélanges Gérardin*, 1907, 413-435; E. COSTA, *La locazione di cose nel Diritto Romano*, Torino, 1915; ARNÒ, *Emptio tollit locatum*, en *TR*, 6, 1925, 485-488; Th. MAYER-MALY, *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum Klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956; A. TORRENT, *Excepciones pactadas a la regla emptio tollit locatum*, en *Estudios Homenaje al prof. Sanchez del Río Peguero*, Zaragoza, 1967, 263-271; J. H. SCHRAGE, *Emptio (nondum) tollit locatum*, *Acta Jurídica*, Capetown, 1978, 1 ss.; B. W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, 1980; A. LOPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, cit.; R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundation of the civilian tradition*, Oxford, 1996, 379 ss.; P. BENAVENTE MOREDA, *La venta...*, cit.; D. P. KEHOE, *Investment, profit and tenancy: The jurists and the Roman Agrary Economy*, Michigan, 1997, 184 ss.

(5) D.19.2.32, D.30.120.2, D.7.1.59.1.

(6) A. FABER, *Rationali in tertiam partem pandectarum*, T. III, Lugduni, 1663, 539.

(7) Gai. 4.62-63; Gai. 3.137; Gai., D.44.7.2.3.

(8) Nos llevaría este tema a tratar de muchas cuestiones que simplemente mencionamos: el origen anterior o no de las *locationes* públicas como defendía Th. MOMMSEN, *Die Römischen Anfänge von Kauf und Miete*, en *ZSS.R*, 1885, 260 ss., tesis que hoy parece superada. Creemos más acertada la opinión de G. PUGLIESE, *Locatio-conductio*, en *Scritti Giuridici*, a cura di Letizia Vacca, Napoli, 2007, 764: "Le locationes pubbliche..., possono tutt'al più avere offerto agli operatori privati un modello economico-sociale; per il regime giuridico la *locatio conductio* fu con ogni probabilità influenzata dall'*emptio-venditio*, sorta in precedenza". En un sentido similar se mani-

tificación cuando la *locatio-conductio* tenía por objeto los bienes muebles ⁽⁹⁾, quizás los primeros para los que se utilizaría la modalidad de la *locatio-conductio rei* aún antes de su configuración como contrato consensual, pues vendida la cosa, el adquirente puede querer desplazar la cosa mueble a otro lugar y por tanto expulsará al *conductor*, que pedirá del *locator* al menos la devolución de las rentas ya pagadas. Pero cuando se trate de bienes inmuebles ⁽¹⁰⁾ la situación se complica pues la indemnización al *conductor* consistirá, no sólo en la devolución de las rentas, sino en el *id quod interest*, es decir, los perjuicios causados por la terminación anticipada de dicho contrato ya sea la pérdida de los frutos, los gas-

fiesta recientemente R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, Napoli, 1999, 16, 22-23. Se ha discutido ampliamente desde cuándo se considera a la *locatio-conductio* como un contrato consensual y no real, tesis ésta última que incluso para la época clásica señalaba PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, II, Roma, 1938, 289, y asimismo otra cuestión a tratar sería cuál de las diferentes modalidades en que después la doctrina pandectística dividió la *locatio-conductio, rei, operarum u operis faciendi*, habría surgido en primer lugar. Sobre ello *vid.* U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in Diritto romano*, en RISG, 1927, 543 ss.; L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, en BIDR, 62, 1959, p. 9-119.

⁽⁹⁾ Creen que surgió en primer lugar la *locatio-conductio rei* teniendo por objeto los bienes muebles E. ELGUERA, *Origen y evolución del contrato de locación en Roma*, en RSADR, Córdoba, 1956, 2-3; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1928, 477; DERNBURG, *Lehrb. Der Pand.* & 110. En realidad contamos con el testimonio de Gayo 4.28: *Lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII tabularum adversus eum qui hostiam emisset nec pretium redderet; tem adversus eum qui mercedem non redderet pro eo iumento quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium inpenderet*. La Ley de las XII Tablas concedía la *legis actio pignoris capio* contra el que no entregase el precio obtenido por el alquiler de un animal, si tal precio estuviera destinado a pagar una ofrenda. Hay dudas sobre si este texto se refiere propiamente a una *locatio-conductio*, pues ya el recurso a la *pignoris capio* en lugar de a otra *legis actio* sugiere la idea de que no lo fuese, aunque sí es cierto que está contraponiendo, entre la primera y segunda parte del mismo, las expresiones *emere* y *locare* para indicar con este último verbo una atribución a título no definitivo frente al supuesto de la compraventa. *Vid.* en tal sentido, G. PUGLIESE, *Locatio-conductio*, cit., 759, n. 4; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 16, que menciona igualmente la opinión de KAUFMANN, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, Koln-Graz, 1964, 234.

⁽¹⁰⁾ La *locatio-conductio rei* aplicable a bienes inmuebles habría adquirido una gran difusión en el ámbito agrario desde la transformación del *ager publicus* en *privatus*, a lo que lo que habría contribuido las *leges agrariae* del siglo II a.C. y el *interdictum salvianum*, que garantizando el pago de la *merces* con los aperos de labranza permitiría el acceso a las tierras de un nuevo grupo social. *Vid.* Sobre ello las tesis de P. W. DE NEEVE, *Colonus. Private Farmtenancy in Roman during the Republic and the Early Empire*, Amsterdam, 1984; E. LO CASCIO, *Terre, proprietari e contadini dell'impero romano*, Roma, 1998; P. ROSAFIO, *Studi sul colonato*, Bari, 2002.

Asimismo en el ámbito urbano, tenemos constancia del gran número de arrendamientos de *insulae*, *cenacula*, *tabernae* como consecuencia de la afluencia de habitantes que llegarían a Roma y otras ciudades, como se deduce de César, *Comm. De bello civili*, II, 21; Cicerón, *De off.*, II, 23.

tos hasta encontrar otra vivienda ⁽¹¹⁾... Por ello, el *locator* cuando quiere vender, para no pagar esta indemnización, solía pactar con el comprador que éste respete al arrendatario por el tiempo que le falte para expirar el contrato, a cambio de percibir él las rentas de ese tiempo, y a cambio seguramente de una rebaja en el precio, pues de otro modo difícilmente se aceptaría.

Este pacto entre vendedor y comprador debió de ser muy frecuente en Roma, según se deduce de los numerosos textos del Digesto que lo mencionan y que reflejan la opinión de un gran número de juristas, ya desde el fin de la época republicana, y de toda la época clásica: Próculo, D.18.1.68.pr, Labeo, D.19.2.58.pr. y D.19.1.53.pr., Servio y Tuberón mencionados por Ulpiano D.19.1.13.30, Trebacio citado por Javoleno en D.18.1.79, Mela mencionado por Ulpiano en D.33.4.1.15, Casio citado por Juliano en D.19.2.32, Paulo D.7.1.59.1, Gayo, D.19.2.25.1, terminando con la Constitución de Alejandro Severo del año 234, después recogida por los compiladores en C.4.65.9.

II. a) Comenzamos con el examen de dos textos de Próculo y Labeo:

D.18.1.68.pr, *Proculus libro sexto epistularum: Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.*

D.19.2.58.pr. *Labeo libro quarto posteriorum a Javoleno epitomatorum: Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti ita, ut emptori mercedes inquilinorum accederent. quamvis eam conductor maiore pretio locaret, tamen id emptori accedit, quod tibi conductor debeat.*

Estos dos textos, que en su mayor parte se consideran genuinos, determinan el alcance de la obligación del vendedor de entregar al comprador, en virtud del pacto, las rentas que pague el *conductor*, señalando en el primer caso que el vendedor responde, no sólo de la buena fe sino de la diligencia, y en el segundo, que el vendedor-arrendador debe entregar lo que a él le pague el arrendatario, con independencia de que éste haya subarrendado la vivienda por una cantidad superior, igual que se indica en D.19.1.53.pr, Labeo, *libro I, Pithanon: Si mercedem insulae accessuram esse emptori dictum est, quanti insula locata est, tantum emptori praestetur. Paulus: immo si insulam totam uno nomine locaveris*

⁽¹¹⁾ D.19.2.33, *Africanus, Libro VIII, Questionum: ... Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur...*; D.19.2.24, *Paulus, libro XXXIV ad edictum, ... et quantum per singulos annus compendii facturum erat consequerut...*

et amplioris conductor locaverit et in vendenda insula mercedem emptori cesuram esse dixeris, id accedet, quod tibi totius insulae conductor debebit.

Es decir, deducimos de estos textos, que no se crea una relación entre arrendatario y comprador, sino que quien debe entregar tales rentas es el vendedor, entregando lo que había acordado con el *conductor* como renta de ese contrato.

b) Casio aparece mencionado en un texto de Juliano IV *ex Minicio*, D.19.2.32: *Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quod si colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere: et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset nec dum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus.*

En este caso, no puede hablarse propiamente de un pacto entre el adquirente y el *locator* ya que estamos hablando de un negocio *mortis-causa*, un legado del fundo arrendado, pero sí se indica que si el legatario le impide al *conductor* seguir disfrutando de la finca arrendada, tiene éste última acción contra el heredero.

En el mismo sentido se manifiesta Mela que para el caso de un legado del fundo dotal, va incluso más allá al acentuar esta responsabilidad pues indica que la mujer, debe dar caución al heredero asegurando que respetará al colono por el tiempo que le falte según lo pactado: D.33.4.1.15: Ulpianus XIX ad Sabinium: *Ibidem Mela coniungit, si fundus in dote fuit locatus a marito ad certum tempus, uxorem non alias fundum ex relegatione consequi, quam si caverit se passuram colonum frui, dummodo ipsa pensiones percipiat* ⁽¹²⁾.

c) Otro texto, aunque se refiere en realidad a otro supuesto de hecho distinto, es D.18.1.79, *Iavolenus V ex Posterioribus Labeonis: Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem quam retinebas, annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant, posse ex vendito agi, ut id, quod convenerit, fiat. Ego, contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur; nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto vendiditus fuerat; eoque iure utimur.*

Vendes la mitad de un fundo y el comprador se obliga, en virtud de un pacto añadido a la venta, a mantener arrendada por cierto tiempo y cierta cantidad la mitad de la finca que tú retenías, es decir, no se trata de la venta de la finca arrendada sino que el comprador se convierte en arrendatario de otra finca distinta,

⁽¹²⁾ En similar sentido, para una restitución del fundo dotal tras el divorcio, Paulo XXXVI *ad edictum*, D. 24.3.25.4

pero es interesante la discusión entre los juristas acerca de qué acción corresponde en caso de incumplimiento, si la acción de locación como sostienen Labeo y Trebacio, o la acción de venta por considerar que el pacto de arrendamiento ha sido parte del precio, y por tanto debe ser exigido por las acciones de este contrato. La postura de Labeo y Trebacio implica entender que el contrato de arrendamiento es independiente de la venta, y yo creo que, sobre todo, se debe enmarcar dentro de la tesis proculeyana de que el precio en la compraventa debe consistir siempre en dinero y no en otra cosa, tesis que, sin embargo, excluían los sabinianos, y asimismo Javoleno, *Ego, contra puto, si modo ideo vilis fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur*, y que después sigue Paulo que reconoce claramente que este pacto puede ser parte del precio D.19.1.21.4, libro XXXIII ad edictum: *Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit.*

d) Gayo trata la cuestión de la venta de la finca arrendada en D.19.2.25.1, Libro X ad edictum provinciale: *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

En este caso, el que arrendó un fundo o dio en habitación una casa, si los vendiere, *curare debet* que también con el comprador les sea lícito al colono o inquilino continuar disfrutándolos, pues de otra suerte tendrá que responder por la *actio conducti*. Puesto que el inciso final *alioquin... conducto* puede ser un añadido justiniano (13), este texto podría plantear cierta confusión pues está diciendo que el arrendador-vendedor debe cuidar, *curare debet*, de que también con el comprador continúe el arrendamiento, como si él estuviese obligado a conseguir un pacto entre el comprador y el *conductor* (14), para favorecer a éste. En realidad esta misma idea podría aparecer en D.19.2.9.pr: *Ulpianus libro 32 ad edictum*

pr. Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.

(13) Th. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., 42.

(14) Ésta sería la tesis que sostiene G. PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*, Milano, s.f., 25 ss. Otra tesis respecto de la naturaleza de este pacto, que no obstante descartamos, es la que sostiene P. COLLINET, *Deux textes sur la fiducie*, en *Studi Besta*, I, 1939, 93 ss., que entiende estamos ante una *mancipatio fiduciaria*.

Si alguno me hubiere dado en arrendamiento una casa comprada de buena fe, o un fundo, y éste hubiera sido reivindicado sin dolo malo ni culpa, dice Pomponio, que se obliga él por la acción de conducción, a favor de aquél que lo tomó en arrendamiento, a que se le cumpla que le sea lícito disfrutar de lo que tomó en arrendamiento. Pero si el dueño no lo consintiera, y el arrendador estuviera dispuesto a dar otra habitación no menos cómoda, dice que es muy justo, que sea absuelto el arrendador.

Yo creo que el *locator*, debe cuidar, *curare debet*, pero en su propio interés, para evitar la indemnización que en caso contrario se le exige, aun cuando también se beneficie el *conductor* en la medida en que obtiene la continuidad en el disfrute. Ésta debió de ser la interpretación que le dieron los compiladores y de ahí que añadieran el inciso sobre la obligación de responder con la *actio conducti*.

e) La existencia de un posible pacto entre comprador y colono también vendría desvirtuada con D.19.1.13.30, Ulpiano XXXII *ad edictum*: *Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono, ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse Servius putabat, ex vendito esse actionem. Denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex emto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut, quidquid fuerit consecutus, emptori reddat* ⁽¹⁵⁾.

En este texto recoge Ulpiano la opinión de dos juristas del final de la etapa republicana, Servio y Tuberón, y suscribe: si el vendedor hubiere exceptuado la habitación para que a un colono o a un inquilino le sea lícito habitarla, de suerte que le sea lícito disfrutarla hasta cierto tiempo, indica Servio que es más cierto que hay la acción de venta. Finalmente, dice Tuberón, que si este colono hubiere causado daños en la finca, ejercitando el comprador la acción de compra, puede obligar al vendedor a que ejercite contra el colono la acción de locación, para que entregue al comprador todo lo que hubiere conseguido.

La palabra *magis* con la que defiende Servio la procedencia de la *actio venditi* podría hacernos deducir la existencia de otra opinión entre los juristas, suponemos en favor de la *actio locati*, lo que encajaría con la polémica antes citada en D.18.1.79 acerca de las acciones que se pueden ejercitar cuando a un determinado contrato se le ha añadido un pacto que conlleva obligaciones de otro tipo contractual distinto ⁽¹⁶⁾. Por ello, en el caso planteado, sostienen Servio y

⁽¹⁵⁾ Según la *Palingenesia* de Lenel estaría situado dentro de la rúbrica de *actione venditi* dentro de los comentarios edictales de Ulpiano sobre los contratos de buena fe y no hay grandes indicios de interpolación.

⁽¹⁶⁾ Sostiene igualmente esta tesis, A. MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, 2006, 190.

Ulpiano, que el incumplimiento por el comprador del pacto de respeto al *conductor* puede exigirse con la *actio venditi*. E igualmente, como consecuencia de que no hay acción directa entre *conductor* y comprador, si el colono hubiese causado daños en el bien arrendado, indica Tuberón que, ejercitando el comprador la acción de compra, puede obligar al vendedor a que ejercite contra el colono la acción de locación. Es decir, el comprador según Tuberón, no actúa directamente contra el colono, sino a través de la persona que contrató con éste, lo que indica que el comprador no habrá celebrado un nuevo contrato con el *conductor*.

Es decir, hay un cruce de acciones que si bien sería comprensible en el caso del *conductor* expulsado que exigirá al *locator* (vendedor) que reclame contra el comprador, resulta extraño en el caso del comprador que no puede reclamar directamente del colono o inquilino los daños que éste cause, pues quien puede defenderse frente a todos por tener un derecho real, no puede hacerlo frente a quien usa su bien en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado anteriormente, lo cual nos indica que esta solución, que es consecuencia técnica de la relación existente entre dos derechos distintos, real y personal, se acaba volviendo en contra del titular de uno de ellos, el del derecho real, por lo que no podría mantenerse mucho tiempo.

Es decir, D.19.1.13.30, que sería la prueba más clara del carácter personal del derecho derivado del contrato de arrendamiento, en la época de Justiniano debía tener exclusivamente un valor histórico. Pero qué ocurriría en la época de Ulpiano? Realmente es difícil creer que este jurista esté limitando de tal manera la posición de un propietario, pero se puede entender que Ulpiano conocía la cesión de acciones para permitir que el comprador ejercitase las acciones del *locator*?

Por una parte, tal como nos indica Lenel, Ulpiano en el libro XXXII acerca de los *iudicium bonae fidei*, cuando está indicando los supuestos en que procede la *actio venditi*, parece que distingue casos en los que se admite su ejercicio en vía útil y otros en los que no. Parecería admitirla, de acuerdo con la opinión de Papiniano, en el supuesto de una venta realizada mediante un *procurator* en D.19.1.13.25; asimismo contempla los casos de venta realizada por un menor, por un pupilo sin autorización de un tutor, mientras que para el caso de un inquilino o colono no parece contemplar las acciones útiles ya que señala expresamente el cruce de acciones citado. Pero después, dentro del mismo título XXXII, al referirse a la *actio locati* y la responsabilidad que se puede exigir al arrendatario por los daños causados por sus esclavos o las personas que hubiese introducido en la casa, plantea él mismo la cuestión de si responde en su propio nombre o puede ceder a éstos tales acciones que el arrendador dirija contra él... *et adversus eos, quos induxerit, utrum praestabit tantum actiones...* Además, podemos considerar otro dato, pues desde el *Senatusconsultum Trebellianum* se están concediendo acciones útiles en cada vez más supuestos, concretamente podemos citar la Constitución C.8.17.4 del emperador Alejandro Severo del año 225 que

para los casos de prenda de un crédito, concede al acreedor de la prenda las acciones útiles contra el deudor, texto que además se considera genuino, de manera que Ulpiano que formaba parte de la cancillería de dicho emperador, y que vivió hasta el año 228, quizás no debería ignorarlo ⁽¹⁷⁾.

f) Alejandro Severo ⁽¹⁸⁾ en C.4.65.9 del año 234 ⁽¹⁹⁾ no indica ya nada acerca de este ejercicio procesal, indica simplemente que el comprador no tiene obligación de respetar al comprador a menos que así lo haya pactado con el vendedor, en cuyo caso está obligado *bonae fidei iudicio*, a cumplir lo que se pactó. No dice nada acerca de quien le dirige la acción, si el vendedor, o el *conductor* en vía útil, y a la inversa de quién se reclamarían los daños causados por el *conductor*: *Emtori quidem fundi necesse non est, stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensise, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei, quod placuit, parere cogitur* ⁽²⁰⁾.

Sí se cuida de señalar *a priori* la condición de derecho personal del arrendamiento, *emtori quidem fundi necesse non est, stare colonum...*, descartando por lo tanto que el *conductor* haya adquirido un derecho real. Y esto tendría importancia en un contexto de cambio como el que se observa a lo largo del siglo III d.C. que tuvo grandes repercusiones en la sociedad y las formas de uso y disfrute de las tierras. Tradicionalmente el *conductor* era socialmente considerado inferior respecto de los propietarios, de ahí la regulación siempre favorable a éstos, pero ahora empezamos a ver también una serie de normas que mejoran la posición de aquéllos: La Constitución C.4.65.3 del año 214 que limita taxativamente la posibilidad de los *locatores* de interrumpir anticipadamente el contrato siempre que el *conductor* pague la renta; C.4.65.15 acerca de la *clausula poenitentialis* a favor del *conductor*; la tácita reconducción de C.4.65.16 del año 260; la protección que se otorga al *conductor* ante las perturbaciones de hecho de terceras personas como indican D.43.16.12, y D.43.16.18, aunque sobre estos textos se encuentran indicios ciertos de interpolación ⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ Empleamos la palabra quizás, pues se duda la fecha de la muerte de este jurista, si habrá ocurrido en el año 228 o en el 223.

⁽¹⁸⁾ F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I, Napoli, 2006.

⁽¹⁹⁾ MEYNIAL, *Note sur la loi emptorem*, cit., 486, dice que sólo es aplicable a fundos rústicos. No obstante en textos anteriores como el de Ulpiano D.19.1.13.30 vemos que se habla también de *habitatío*, al igual que hace Gayo en D.19.2.25.1. Vid. Th. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., 44 ss.

⁽²⁰⁾ C. ARNÒ, *Emptio tollit locatum*, cit., 486, señala la interpolación en *quamvis sine scripto*.

⁽²¹⁾ PAMPALONI, *Osservazione esegetiche alle D.43.16.3.9; 12;18*, en *Studi Senesi*, V, 1888, 159 ss., y COSTA, *La locazione di cose...*, cit., 71, entienden que posiblemente en su texto origi-

Por ello, ante esta tendencia de reducir los derechos de los propietarios se considera necesario negar el carácter real del derecho de arrendamiento y afirmar que el comprador puede expulsar al *conductor*, si bien se admite la excepción pactada con la cual se atiende fundamentalmente el derecho del *locator*, y asimismo al sentir social que trata de dar una estabilidad a los *conductores*: *Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei, quod placuit, parere cogitur* (22).

Y esta será la misma posición que encontramos en el siglo V, que tratando de evitar las influencias intervencionistas de épocas anteriores, determinantes de la vinculación de los colonos a las tierras (23), y de la celebración casi siempre de arrendamientos a perpetuidad o de larga duración (24), vuelven a destacar el carácter temporal del contrato del arrendamiento como señalan las Constituciones del emperador Zenón que consagran el derecho del *locator* a expulsar al *conductor* al expirar el plazo pactado, pudiendo arrendar libremente a quien él quiera, imponiendo duras penas a los que se opongan a ello, tal como se indica en C.4.65.32 y 33:

Imperator Zeno. Ne cui liceat, qui aliquam domum alienam vel locum aut ergasterium nomine conductionis accepit, alteri, qui post eum domini voluntate ad eandem conductionem accessit, litem inferre, quasi rem illicitam aut agenti damnosam temptaverit, sed patere facultatem dominis domos suas vel ergasteria vel loca cui voluerint locandi, ipsis nihilo minus qui conduxerint ab omni super hoc molestia liberis conservandis: nisi forte pacta per scripturam specialiter inita cum dominis vel cum his qui postea conduxerunt, legibus videlicet cognita, agentis intentionibus suffragantur.

Conductores rerum alienarum seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint, non solum

nal se referiría a la violencia armada puesto que el interdicto *unde vi* no les venía reconocido tal como se deduce de D.43.16.1.10 al ser éste un mero detentador. La palíngenesia de Lenel sin embargo, en ambo casos, de Marcelo y Papiniano, incluye estos textos bajo la rúbrica *de interdictis: unde vi*.

(22) C. ARNÒ, *Emptio tollit locatum*, cit., 486 señala la interpolación en *quamvis sine scripto*.

(23) C.11.47.19-24; C.11.50; C.11.51; C.11.52.1.

(24) K. VISKY, *I contratti de locazione nella crisi económica del III secolo*, en Studi Sanfilippo, I, Milano, 1982, 667-686, señala no obstante, una serie de cambios que se producirían entre los arrendamientos libres: contratos de menor duración para poder reajustar la merced, pago a veces *in natura* y si es en dinero pagos por adelantado para luchar contra la inflación, remisión pero no condonación de la *merces*... Se pretende, afirma, más que proteger al arrendatario, favorecer a los propietarios, y sobre todo a la producción agrícola para poder asegurar medios de subsistencia.

rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur. (año 484 d.C.).

De esta forma, en el siglo VI adquiere nuevamente significado la Constitución 4.65.9 y por ello, fue recogida por los compiladores, aunque lo que se utilizará normalmente sean las excepciones pactadas, de ahí que posiblemente se le hubiese añadido el inciso *nisi ea lege emit* para acentuarlo.

Por ello, el Derecho Romano, consciente de que debe armonizar los derechos de las dos partes intervinientes en la *locatio-conductio rei*, y dado que es éste un contrato continuado, no merma las facultades de los propietarios sobre la cosa arrendada, pero la armoniza con la posición de los *conductores*, a los que no reconoce un derecho real pero admite un pacto del que se van a beneficiar. Este pacto supone una excepción a la regla general *emptio tollit locatum* que no se deroga, aun cuando juristas y emperadores eran conscientes de que en la práctica se utilizaba la excepción, que coincidía más con el sentir social. Y este pacto irá superando los problemas prácticos de su aplicación haciéndose exigible por la *actio* derivada del contrato al que se ha añadido, y por la vía de las acciones útiles, convirtiéndose en una subrogación del comprador en la posición del *locator*.

II. D.º INTERMEDIO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

En el Derecho intermedio ⁽²⁵⁾ vamos a encontrar textos y comentarios que contienen la misma regla *emptio tollit locatum* y las excepciones pactadas:

Bas. II.XX.1.25: *Qui fundum vel domum alicui locavit, si eum alienet, cum emtore pacisci debet, ut locationem servet: alioquin conductores prohibiti agent cum eo ex conducto.* Recoge la idea de que el pacto es entre vendedor y comprador.

Summa perusina ⁽²⁶⁾, Patetta, 1900, 134: *Qui fundum emit, si non promissit colono quem invenit ibi permanere, repellit illum.*

Partidas V.8.19: "Arrendando o alquilando uno a otro casa o heredad a tiempo cierto, si aquél la vende antes que el plazo se cumpla, el comprador puede lanzar al arrendatario, a quien restituya el dueño el importe del tiempo que le restaba; pero en dos casos no se despoja a aquel, uno quando estipuló

⁽²⁵⁾ Vid textos citados y comentarios en E. J. H. SCHRAGE, *Zur Mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes 'Kauf bricht nicht Miete'*, en *Das Römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1987, 281-297.

⁽²⁶⁾ *Summa perusina*, Patetta, 1900, 134.

no poder ser echado hasta cumplido el arrendamiento, y el otro si el alquiler fuere vitalicio o sucesivo”

Faber (27): *Rat. In tertiam Partem Pandectarum: Successor singularis non cogitur stare colono, quia personales actiones non transeunt in successorem singularem, atqui legatarius tantum singularis successor est, non iuris.*

Sin embargo durante el siglo XVIII la regla *Emptio tollit locatum* va a sufrir duros ataques por parte de los *iusnaturalistas*, que se fundamentaban en la proposición básica que una promesa era *aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cujusdam nostrae libertatis* (28). De esta forma cuando el arrendador concluía el contrato de arrendamiento y prometía al arrendatario dejarle usar y gozar su propiedad, se desprendía y transfería una parte de su propia libertad, lo que le impedía conceder esa misma *particulum libertatis* a otra persona, el comprador, de ahí que afirmasen que el derecho del arrendatario debía mantenerse a pesar de las posteriores transmisiones de la cosa. Este criterio *emptio non tollit locatum* pasó al Derecho Romano- holandés, y de ahí como señala Zimmermann, al derecho de Sudáfrica donde hoy se afirma este principio (*Koop voor huur Gaat*) (29).

III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LOS SIGLOS XIX Y XX

Con la salvedad del Código civil prusiano de 1794 que le dio al arrendamiento de cosas un carácter real, los Códigos civiles continentales que han seguido la línea romano-germánica han configurado este contrato con un carácter personal, aunque sí se suele establecer el respeto al *conductor* a pesar de las transmisiones de propiedad, es decir, se sanciona la regla *Emptio non tollit locatum*.

En Francia, ya desde la redacción del Code civil de 1804 se establece el principio contrario a la regla *Emptio tollit locatum*, no se sabe si por rechazo al D.º Común existente en la zona septentrional, o de algunas costumbres o estatutos locales, o bien sería fruto de las influencias que los *iusnaturalistas* tuvieron en ese Código, pero a pesar de las tesis que defendía Troplong (30), este derecho tendrá un carácter personal (31).

(27) A. FABER: *Rationali in tertiam partem pandectarum*, cit., 539.

(28) U. GROCIO, *De iure belli ac pacis*, Libro II, cap. XI, IV, Amsterdam, 1642; Trad. Española por J. Torrubiano Ripoll, Tomo II, Madrid, 1925, 174.

(29) R. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado europeo*, Trad. A. Vaquer Aloy, Madrid, 2000, 90.

(30) TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De l'échange et du louage*, Bruxelles, 1842, 57 ss.

(31) *Vid.* P. BENAVENTE MOREDA, *La venta ...*, cit., 96 ss.

Art. 1743: “*Si le bailleur vende la chose louee, l’acquireur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine.*”

Il peut, toute fois, expulser le locataire de biens non ruraux s’ il s’ est réservé ce droit par le contrat de bail”.

En sentido similar, a favor de la oponibilidad del contrato frente al tercer adquirente ⁽³²⁾, se manifiesta el artículo 1599 del Código civil italiano de 1942:

“Il contratto di locazione è opponibile al terzo acquirente, se ha data certa anteriore all’alienazione della cosa.

La disposizione del comma precedente non si applica alla locazione di beni mobili non iscritti in pubblici registri, se l’acquirente ne ha conseguito il possesso in buona fede.

Le locazioni di beni immobili non trascritte non sono opponibili al terzo acquirente, se non nei limiti di un novennio dall’inizio della locazione.

L’acquirente è in ogni caso tenuto a rispettare la locazione, se ne ha assunto l’obbligo verso l’alienante”.

En lo que se refiere a la Codificación en España ⁽³³⁾, aunque en el proyecto de 1851, siguiendo la misma línea del Código napoleónico, se afirmaba el principio *emptio non tollit locatum*, en la redacción de 1889 se vuelve a la tradición castellana que indica en artículo 1571:

“El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponde al año agrícola corriente y que le vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen”.

Es éste el Código que mantiene el máximo respeto hacia la regla *Emptio tollit locatum* de C.4.65.9 aunque su aplicación práctica es bastante limitada, tanto por las excepciones que recoge, excepción pactada y arrendamientos inscritos, como porque sólo es de aplicación a aquellos contratos a los que no se les aplique la legislación especial de Arrendamientos urbanos de 1994 y de Arrendamientos rústicos de de 2003 que establecen la continuidad del arrendamiento por el tiempo pactado.

⁽³²⁾ Vid. P. BENAVENTE MOREDA, *La venta ...*, cit. 110 ss.

⁽³³⁾ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento de bienes muebles*, Navarra, 2008, 365 ss.

En el Derecho alemán, la concepción de la *Gewere* germánica como derecho real basado en la apariencia posesoria dificultaba que la enajenación del bien prevaleciese sobre el derecho del arrendatario. Por ello, cuando se introdujo la *locatio* con la recepción más tardía que operó en Alemania, algunos derechos particulares conservaron la regla *Kauf bricht nicht Miete*. Además la influencia que los *iusnaturalistas* tuvieron en la Codificación determinó que para la vivienda arrendada, el § 566, reformado en 2001, señalase: “*Wird der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein.*”

(2) *Erfüllt der Erwerber die Pflichten nicht, so haftet der Vermieter für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Erlangt der Mieter von dem Übergang des Eigentums durch Mitteilung des Vermieters Kenntnis, so wird der Vermieter von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter das Mietverhältnis zum ersten Termin kündigt, zu dem die Kündigung zulässig ist.*”

Por último, citamos el Código civil portugués de 1966 que tras la reforma de 2006 señala en su artículo 1057: “*O adquirente do direito com base no qual foi celebrado o contrato sucede nos direitos e obrigações do locador, sem prejuízo das regras do registro.*”

Vemos en consecuencia que se ha venido aplicando la regla *Emptio non tollit locatum* aunque ello no implique la configuración del arrendamiento como un derecho real, no obstante los casos en que se produzca la inscripción en el Registro de la Propiedad, y se contrapone de esta forma al sistema del *Common Law* en el que el *lease*, sí tiene esta configuración real a diferencia del *license*, figura más próxima al precario y de carácter personal.

IV. SIGLO XXI: «EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA» SOBRE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Entre los actuales proyectos de armonización europea en materia de contratos, y más concretamente acerca de los contratos especiales, podemos citar hasta el momento el «Draft Common Frame of Reference» de 2008 (outline edition 1.1.2009), que en materia de arrendamientos se refiere únicamente al arrendamiento de bienes muebles, *lease of Goods*, obviamente el que puede ofrecer mejores posibilidades de armonización dadas las notorias diferencias que encontraríamos para los inmuebles en las políticas legislativas nacionales, y en rela-

ción con el supuesto que nos ocupa, la compraventa de la cosa arrendada se trata en el *Book IV. B 7.101*, bajo la rúbrica “Change in ownership and substitution of lessor”:

(1) “Where ownership passes from the lessor to a new owner, the new owner of the goods is substituted as a party of the lease if the lessee has possession of the goods at the time ownership passes. The former owner remains subsidiarily liable for the non-performance the obligations under the contract of lease as a personal security provider...”

Es decir, el nuevo propietario de los bienes muebles se subroga como parte en el contrato de arrendamiento si el arrendatario tiene la posesión de los bienes al tiempo de la transferencia de la propiedad, y el anterior propietario permanece como responsable subsidiario del incumplimiento del contrato de arrendamiento como un fiador.

Por ello, como ha estudiado Cámara Lapuente ⁽³⁴⁾, frente a la posición global del Derecho Comparado en materia de arrendamiento de bienes muebles que, aunque sin venir contemplada en todos los Códigos civiles, consistía en la aplicación de la regla *Emptio tollit locatum*, se ha adoptado aquí como reglamento el principio contrario, *Emptio non tollit locatum*, *Kauf bricht nicht Miete*, aduciendo como razones ⁽³⁵⁾, la de creer que esta solución será la que menos incumplimientos contractuales origine, pero quizás, indica este autor, parecería más bien motivada por el hecho de querer adoptar un régimen común al arrendamiento y al *leasing* financiero.

⁽³⁴⁾ S. CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento de bienes muebles*, Navarra, 2008.

⁽³⁵⁾ S. CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento*, cit..., 375 ss., señala los comentarios oficiales de los miembros del grupo de trabajo sobre *European Principles on the Lease of Goods*, Sobre esta materia *vid.* la obra citada que trata con gran detalle estas y otras cuestiones.

