

LA RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO DE UN ANIMAL DESTINADO AL TRANSPORTE. CIUDAD RODRIGO, 1553-1555

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ
Universidad de Oviedo

Esquema: 1. Introducción. 2. Supuesto de hecho, conforme a la ejecutoria de 1555. 3. Responsabilidad del arrendatario de cosa en Derecho romano. 4. Recepción en el *Ius Commune*. 5. Doctrina teológico-jurídica: Palacio Salazar, Luis de Molina y C. Mallet. 6. Iusnaturalistas: Voet, Vinnio y Heinecio. 7. Pandectistas: Glück, Dernburg y Windscheid. 8. Códificación. Apéndice

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro estudio, en la temática de la *locatio-conductio*, toma como partida un proceso contencioso que llegó a la Real chancillería de Valladolid, a mediados del siglo XVI, en el cual se disputaba judicialmente entre las partes contractuales, con ocasión de una *locatio-conductio rei*¹, en virtud del cual el *locator*, mercader dedicado como actividad profesional a prestar animales², puso a disposición del *conductor*, menor de 25 años, y para su disfrute, con objeto de viajar desde Ciudad Rodrigo hasta Medina de Rioseco, durante un período

¹ ARChVa. Reales ejecutorias. Escribanía de Masas. Fenecidos. Sign. 845-4.

² Todavía encontramos en el Catastro del Marqués de la Ensenada, respecto de las respuestas generales que se expresan en el apartado «caballerías de alquiler», la existencia de este negocio: «Que también hai quatro personas que mantienen cavallerias para alquiler, como son: Francisco Thorollo, una; Juan Francisco, dos; Joseph Carvezo, otras dos, y Manuel Capelo, además de las de lavor, una; todas maiores. Las quales regulan que travajan los doscientos y quarenta días del año, por lo que por cada uno consideran de utilidad, a cada caballería, tres reales vellón». Ciudad Rodrigo 1750. Según las respuestas generales del Catastro de Ensenada. Intr. A. Cabo Alonso, Madrid 1990, p. 84. En los años cincuenta y sesenta de la pasada centuria, antes de la proliferación de los vehículos a motor particulares, no existían en Ciudad Rodrigo más que cuatro propietarios de taxi en sus domicilios, todos extramuros, hoy extintos como negocio: los hermanos Abelardo y Arturo García, con vehículo separado y actividad independiente, pero ambos con domicilio en la Avda. España; el Sr. Feliciano Álvarez, cuyos dos hijos mayores proseguían con la actividad, y el Sr. Ramos, en el Arrabal del Puente, para una población superior a los dieciséis mil habitantes.

de nueve días, previsto para dicho viaje de ida y vuelta, una mula, identificada por sus rasgos físicos, con el deber, por parte del *conductor*, de restituirla, tal cual la recibía, al término señalado, en el domicilio del arrendador, además de pagar la *merces*, aunque esta obligación no es motivo de conflicto, y por ello no se alude a la misma en el pleito.

2. SUPUESTO DE HECHO, CONFORME A LA EJECUTORIA DE 1555

El contencioso se resume en los siguientes términos³: el arrendatario, Agustín Rodríguez, recibe el animal, una mula, en el lugar de vecindad de ambos contratantes, Ciudad Rodrigo⁴, y realiza el viaje hasta Medina de Rioseco⁵, a través de un recorrido que actualmente nos resulta ignoto, ya que disponía de varias alternativas viarias, a través de Salamanca, Toro y Zamora⁶, sin que aparezca ninguna anomalía durante el viaje y en el tiempo de posesión natural del animal, por parte del arrendatario⁷. La mula, una vez

³ Examinados los inventarios de la Escribanía de Masas, números 21 y 22, del ARChVa, en cinco volúmenes, no hemos podido localizar los autos correspondientes al pleito, de modo que debemos guiarnos exclusivamente por la ejecutoria, que transcribimos literalmente al final del trabajo.

⁴ Conocida como la *Mirobriga Vettorum* de los celtas, antes de la llegada de los romanos, posteriormente pasó a denominarse *Augustobriga*, en honor del emperador Octavio Augusto, conservándose en las afueras de la localidad un monumento, que tiene una piedra en el basamento, con la inscripción epigráfica relativa a los poderes que recibió progresivamente dicho Emperador romano, aunque algunas datas no se corresponden con las fechas de que podemos disponer actualmente. Dichos términos augustales servían para identificar tres poblaciones de referencia: *inter Bletisam* (hoy Ledesma), *Salmanticam* (actualmente Salamanca) *et Mirobrigam*, de modo que debieron estar ubicados en las afueras de la población, probablemente con el doble objetivo, como ara para ofrecer al emperador, y de términos entre *civitates* romanas. En la Reconquista del territorio por Fernando II, rey de León, pasó a denominarse *Civitas Roderici*, por el conde D. Rodrigo González de Girón, quien la conquistó en 1102. Vid. por todos, SÁNCHEZ CABANAS, A., *Historia Civitatem*, Salamanca, CEM, 2001, pp. 113-120; HERNÁNDEZ VEGAS, M., *Ciudad Rodrigo. La catedral y la ciudad*, t. I, 1.^a ed., Ciudad Rodrigo, Cabildo catedral, 1935; reimpr. facs., Salamanca, Varona, 1982, pp. 14-17; SÁNCHEZ AIRES, C., *Breve reseña geográfica, histórica y estadística del Partido judicial de Ciudad Rodrigo*, Ciudad Rodrigo, Lib. Castor Iglesias, 1904, reimpr. Salamanca, Varona, 1996, pp. 19-22.

⁵ Esta población pertenece a la provincia de Valladolid. Fue la capital del almirantazgo de Castilla, desde el primer cuarto del siglo XV, por decisión de la familia Enríquez, y disfrutó de dos ferias francesas anuales además de un mercado semanal. Por coincidir en una zona de tránsito en Castilla, fue lugar de muchísimo comercio, desde Medina del Campo al Norte de España y como ciudad principal de Tierra de Campos. Sobre su historia y edificios monumentales, vid., GARCÍA CHICO, E., *Ciudad de los almirantes: su historia y tesoro artístico*, Valladolid, Diputación Provincial, 1945; id., *Medina de Rioseco: catálogo monumental de la Provincia de Valladolid*, Valladolid, Diputación Provincial, 1979; id., *Documentos para la historia de Medina de Rioseco*, ed. por..., Valladolid, Imprenta Castellana, 1947; VALENCIA CASTAÑEDA, B., *Crónicas de antaño tocantes a la Muy Noble y Muy Leal villa – ciudad después – de Medina de Rioseco, sacadas del Archivo Municipal por Marcio de Prado y publicadas por...*, Valladolid, Imprenta viuda de Montero, 1981.

⁶ LÓPEZ, S., *Nueva guía de caminos*, 2.^a ed, Madrid 1812, p. 141: «Salamanca para Zamora y León, camino de rueda: pasa por Zamora y Benavente». Ibid., p. 141: «Zamora para Medina de Rioseco, camino de Rueda». Ibid., p. 142: «Salamanca para Toro, Camino de Rueda». Ibid., pp. 142-143: «Salamanca para Valladolid».

⁷ Sobre la ruta de Ciudad Rodrigo a Medina de Rioseco no hemos encontrado un itinerario directo, sino que una primera posibilidad era Ciudad Rodrigo-Salamanca-Medina del Campo- Valladolid- Medina de Rioseco, o bien por Ciudad Rodrigo-Salamanca-Toro-Medina de Rioseco, sin olvidar la de Zamora-Villalpando. Vid. PONTO, P., *Guía de Caminos para ir y venir por todas las provincias de España*,

que el *conductor* regresa a su domicilio, dentro del término pactado, es llevada a casa del *locator*, quien no se encuentra en el mismo, pero en cuyo establo queda depositada, a efectos de restitución del objeto, de modo que es preciso suponer que lo recibe uno de los miembros de la familia del *locator*, o uno de sus empleados.

Pasados cuatro días, desde la «entrega» del animal, se afirma por Domingo Nieto, que así se nomina el arrendador, que la mula estaba coja y lesionada en la rodilla de la pata derecha, donde tenía una herida, como si se hubiera rozado o le hubieran causado el daño con una daga, de modo que dicho animal no podía asentar la pata referida.

El *locator* afirma que dicha lesión se ha causado por el propio *conductor* durante el viaje, de modo que pide la asistencia y el parecer de unos veterinarios de la localidad, uno de los cuales afirma que dicha herida se había producido algunas fechas con anterioridad, de modo que Domingo Nieto lo atribuye al *conductor*, Agustín Rodrigues.

A causa del daño físico recibido por el animal destinado al transporte, el *locator* no pudo entregarlo nuevamente en un contrato, ya celebrado con otra persona, a fin de que le sirviera de instrumento para viajar hasta Madrid⁸, quedando en su corral o establo durante varias fechas, mientras la mula era tratada por el albéitar⁹ o veterinario. Pasadas las jornadas, y al no sanar la mula, Domingo Nieto insta una acción de locación, como la identifica el propio demandante, contra Agustín Rodrigues:

Dixo quel martes después del lunes Alvillo¹⁰ habia dado en alquiler una mula color negra cortada la cola para hir en ella a Medina de Rioseco y se la avia dado muy buena

Francia, Italia y Alemania, nuevamente escrito en francés y traducido en castellano por don..., Madrid, por J. Sanz, 1721, pp. 72 y 41: Salamanca-Medina del Campo: 14 leguas; Medina del Campo-Rioseco, 11 leguas.

⁸ Sobre las rutas de Ciudad Rodrigo a Madrid, vid. LÓPEZ, S., *Nuevo itinerario o guía de caminos para ir desde Madrid a todas las ciudades y villas mas principales de España y Portugal, y también para ir de unas ciudades a otras*, nuevamente corregido y añadido por..., Segovia, imp. de Espinosa, 1790, pp. 130-131: Salamanca-Valladolid; Valladolid-Medina de Rioseco y Salamanca-Toro; id., *Nueva Guía de caminos*, 4.^a ed., Madrid 1828, pp. 91-92, distinguiendo camino de rueda, camino de herradura, e incluso en este último, camino para la tropa; ibid., pp. 142-143, Salamanca-Valladolid y Valladolid-Medina de Rioseco; ibid., pp. 84-85: Medina de Rioseco.

⁹ Sirva de referencia de la etapa formativa de un mozo portugués, nominado Francisco Nunes, de 20 años, y natural de la diócesis de Lamego, aprendiz del oficio de albéitar en Salamanca, por espacio de año y medio, con Francisco García, albéitar salmantino, «enseñarle el dicho oficio de herrador e albéitar según le sabeis e el mexor le pueda deprender syn le yncubrir en el cossa alguna de manera que al fin del dicho tiempo este oficial y que pueda ganar el salario que ganan otros quando salen de aprendices», por la merced de ciento setenta reales, pagaderos la mitad en el día de suscripción del contrato y la otra mitad al año del otorgamiento de esta escritura. La escritura notarial se conserva en AHPSa. Sección protocolos. Legajo 5467, fol. s. n. Escribano Alonso de Hornillos, año 1606, 2 de marzo. Sobre el oficio de albéitar, precedente del veterinario, vid., SANZ EGAÑA, C., *Historia de la veterinaria española: albeitería – mariscalería – veterinaria*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941; WALKER, R. E., *Ars veterinaria: el arte veterinario desde la Antigüedad hasta el siglo XIX. Ensayo histórico*, Madrid, Essex, 1974; MAÑÉ SERÓ, M. C., *Historia de la veterinaria grecorromana*, Madrid, Real Academia de Ciencias Veterinarias, 2010; SALVADOR VELASCO, A., *El inicio de la veterinaria en España*, Sevilla, Colegio oficial de Veterinarios de Sevilla, 2016, dos vols.; CASAS DE MENDOZA, N., *Historia general de la veterinaria...*, Unión de bibliófilos Veterinarios Españoles, Córdoba 2000.

¹⁰ Se refiere al lunes posterior al segundo domingo de Pascua, también conocido como dominica in Albis o Quasimodo. El año 1553, la Pascua coincidió el 2 de abril, y el martes citado el 11 de dicho mes y año.

e sana e bien tratada en la dicha çibdad e la avia tenido e se avia servido della por espacio de nuebe dias e la avia llevado a la dicha çibdad e al tiempo que la abia llevado no estaba el dicho su parte en su casa ni la abia recebido e queriendola alquilar para la villa de Madrid syn que la dicha mula hubiese salido de casa despues que la parte contraria la abia llevado abia parezido la dicha parte aber llevado la dicha mula coxa y lijada de la rodilla derecha del pie trasero, como con daga y clavo por manera que la dicha mula no estubo para caminar y el dicho su parte la avia hecho curar a albeytares de la dicha ciudad e nunca despues aca abia sanado e tenia la dicha pierna alta del suelo e no podia andar antes tenian por esto los dichos albeytares que quedaria coxa e manca de la dicha pierna.

Dicho proceso jurisdiccional tiene como objeto exigir al *conductor* tres prestaciones: en primer lugar, el valor del animal¹¹, ya que había quedado inservible para alquilarse, que era su propio destino, al que le dedicaba el *locator*; en segundo lugar, los daños e intereses causados¹², como eran los gastos de los veterinarios hasta que se instruye la causa, con solicitud del depósito judicial para el animal, por cuenta del *conductor*; en tercer lugar, el lucro cesante¹³, por la pérdida de la merced o renta que hubiera percibido, si el animal se hubiera encontrado sano, y lo pudiera entregar al que se lo arrendó para ir a Madrid, suponiendo que tal afirmación del contrato consensual se pudiera probar, mediante cualquier medio:

Y que la parte contraria pagase el valor de la dicha mula con los alquileres que la dicha mula oviere ganado despues que la avia llevado pues la entrega que abia hecho della no la entregando sana como la avia rrescibido no avia de ser avido por entrega e a que le pagase todas las costas e gastos que abia hecho en curar la dicha mula hasta entonces y en los que se hiziesen durante la causa e que se recibiese la dicha mula a su costa e la mandase depositar a costa de la parte contraria y estimo el valor de la dicha mula en treinta ducados syn los dichos alquileres e costas e gastos.

El arrendatario Agustín Rodrigues, menor de 25 años, es demandado ante el juez de residencia de Miróbriga, y dado que estaba pendiente de un próximo viaje fuera de la jurisdicción, hasta la villa cacereña de San Martín de Trevejo, junto a la Sierra de Gata¹⁴, se encuentra con la necesidad de asumir tres medidas solicitadas por el *locator*,

¹¹ El *locator* de la mula tasa el perjuicio que implica la falta de restitución del objeto en condiciones debidas, tal como dice haberlo entregado al conductor en treinta ducados, y según el Diccionario de la RAE, el ducado fue una moneda de oro que se usó en España hasta fines del siglo XVI, alcanzando un gran valor.

¹² Se está refiriendo al gasto que representa la atención de los albítares y demás aspectos relativos a la cura o asistencia que requiriese el animal con esa herida en la pata. No lo puede cuantificar porque intenta que comprenda no solo el gasto ya efectuado sino lo que se produjere después hasta la causa.

¹³ Tampoco cuantifica el monto que representa la pérdida del contrato de alquiler convenido para viajar con dicho animal hasta Madrid, pero le incluye en el monto de la condena, aparte de las costas, puesto que lucro cesante es la ganancia que podría producir esa actividad de alquilar si se hubiera ejecutando, y es cesante respecto al locator, ya que se priva de una ganancia por no poder ejecutar el contrato.

¹⁴ Este pueblo, originariamente denominado San Martín de los Vinos, y desde la promulgación de un fuero, en 1230, pasó a denominarse Trevejo, es la antigua capital del corregimiento de Jálama, en la comarca cacereña del mismo nombre, y en la que está viva la «fala». Perteneció durante toda la

Domingo Nieto: en primer lugar, otorgar fianzas de estar a derecho¹⁵, o a resultas del juicio¹⁶, que era un negocio de aseguramiento instado por el arrendador de la mula, por lo cual nombra, como fiador, a su hermano Jerónimo Rodrigues, boticario mirobrigense, y fija en este cognado su residencia, a efecto de notificaciones procesales; en segundo lugar, nombra procurador que le represente en la causa y, en tercer lugar, designa el curador *ad litem*¹⁷, dada su minoría de edad, según el Derecho romano, y el Derecho patrio entonces vigente, además de jurar, ambas partes, de no actuar alevosamente, es decir, presta el juramento de calumnia¹⁸.

Edad Media y Moderna a la jurisdicción del Comendador de la Orden de San Juan de Jerusalén, y eclesiásticamente a la diócesis Civitatem (Ciudad Rodrigo), hasta 1958; fue cabeza de juzgado hasta 1826, mientras civilmente estuvo vinculada temporalmente a la provincia de Salamanca. Vid. MARTÍN GALINDO, J. L., *Guía histórica y cultural de San Martín de Trevejo: O Val de Xâlima a vista de andurinha*, Cáceres, Impresores Extremeños, 1998; *Guías el viajero. Extremadura*. Cáceres, Madrid, El País, 2005; ORTÍ BELMONTE, M. A., *Guía de Cáceres y su provincia*, Cáceres, Gráficas Morgado, 2005.

¹⁵ Es la obligación que uno contrae o la seguridad que da ante el juez, de que el reo o demandado asistirá al juicio y no usará de dolo. En Derecho romano se llamaba la *cautio in judicio sisti*, que era la promesa mediante *stipulatio* que realizaba el demandado, garantizando, mediante con fiadores, que comparecería ante el magistrado jurisdiccional que le había citado. De ahí proviene el instituto en la recepción, pudiendo tener lugar tanto en los pleitos civiles como criminales. En la Partida 5, 11, 36 y 37, se dispone que en los pleitos civiles, el que prometiere ante el juez bajo cierta pena, que hará comparecer y estar a derecho al demandado, debe efectivamente hacerle venir dentro del plazo que se le asigne: pero no incurrá en la pena, aunque no le traiga precisamente al dia del plazo, con tal que no tarde en presentarlo sino dos, tres, cinco o más días, según el arbitrio del juez: esta prórroga no ha de seguirse al demandante perjuicio alguno en su derecho, del cual podrá usar como en el primer plazo. Tampoco incurrá el fiador en la pena, cuando hubiese dejado de traer al demandado por razón de algún impedimento legítimo, como enfermedad, riadas u otro semejante; pero deberá traerle tan pronto como cese el impedimento, tal como recogen las mismas glosas de Gregorio López a las citadas leyes de Partidas. Si en la fianza no se hubiere señalado plazo para traer al reo, quedará el fiador exonerado de su obligación en caso de que el actor dejare transcurrir el término de dos meses sin pedirle que lo traiga, excepto cuando se hizo escritura pública, pues en este caso dura tres años la fianza, de modo que si dentro de ellos no se pide al fiador la presentación del reo, no se le podrá ya demandar ni apremiar en lo sucesivo para que la verifique: Partida 5, 12, 19. La pena del fiador que no cumple su obligación de traer al reo o demandado a estar a derecho debe ser pecuniaria y no corporal: Partida 7, 29, 10. La pena del fiador queda prescrita en el término de un año. Vid. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva ed. ref. y cons., aum., por L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes, t. II, Madrid, E. Cuesta, 1874, pp. 1030-1031, s. v. fianza de estar a derecho.

¹⁶ Es la obligación en que uno se constituye ante el juez, de que no pagando el reo lo juzgado y sentenciado, lo satisfará y cumplirá él mismo exactamente. Esta fianza es la que denomina el Derecho romano *cautio judicatum solvi*, y la presta el demandado, en el caso de que se sirviera de un *cognitor* en el proceso, quien actuaba en su nombre, ya que entonces la sentencia condenaría en su caso al *cognitor* y no al demandado, por el sistema romano de representación indirecta, para el caso de que aquel resulte insolvente, y así cubrirse ese riesgo por parte del demandante. Es la garantía de que en cualquier caso, el demandado asume los resultados de la sentencia, conforme a Gayo 4, 101. Se puede dar tanto en causas civiles como criminales, comprendiendo las penas pecuniarias, a lo que el reo tuviere que dar o hacer, y al resarcimiento de daños y perjuicios. Esta fianza, junto con la precedente, y la llamada carcelera, entran dentro de la categoría de fianza de la haz, porque todas tres se constituyen en juicio ante el juez y el escribano de la causa, o bien ante otro escribano por orden del juez. Vid. ESCRICHE, J., op. cit., pp. 1031-1032, s. v. fianza de estar a resultas del juicio y fianza de la haz.

¹⁷ Así se denomina a la persona nombrada (por el juez) para seguir los pleitos y defender los derechos del menor.

¹⁸ El juramento de calumnia se introdujo con objeto de reprimir la temeridad de los litigantes, proveniente del Derecho romano, porque como expone Álvarez Suárez, ya cabía la posibilidad de

La parte del *conductor* presenta un escrito de contestación a la demanda, en el que afirma que la parte contraria debía ser condenada en las costas:

Porque no avia sido ni hera parte para lo pedir ni para ello tenia ausion ninguna contra el dicho su menor porque del dicho contrato de locacion no avia sucedido cosa de que podiese resultar acción¹⁹ ninguna contra el dicho su parte e negaba la dicha demanda segun e como avia sido yntentada e contestandola si hera necesario allar seria por verdad que la dicha mula avia sido muy bien tratada en el dicho camino desde ally a Medina sin le hazer ninguno mal tratamiento ni llevar carga demasiada sino solamente la persona del dicho menor dandole bien de comer e beber sin darle jornada de-/masiada como parescia que avia estado nuebe días en yr e bolber de ally a Medina sin que de ally pasase e aunque pasase otras ocho leguas mas se sofriera el dicho camino de los nuebe días y negaba averle dado el dicho su menor la herida que en contrario se dezia ni otra persona al tiempo que la avia tenido, ni tal con verdad se hallaría como lo susodicho fuese en fundamento de la dicha demanda, a la parte contraria encunbia primero probarlo e paresce no lo probaba²⁰, abia de ser el dicho su parte dado por libre y en quanto

que el demandante exigiera al demandado un juramento de que no se opone a la acción «*calumniae causa*», es decir, a sabiendas de que no tiene razón, de lo que informa Gayo 4, 172, y a su vez este requerimiento también lo puede hacer el demandado al demandante, «*non calumniae causa agere*», citado en Gayo 4, 176, de modo que quien juraba en falso venía obligado al pago de la pena. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho romano*, t. I, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1955, pp. 289 y 556. Este juramento de carácter potestativo, se hizo obligatorio en época de Justiniano, pues el demandante ha de jurar, sobre los Evangelios, que hace valer su pretensión de buena fe, convencido de que es perfectamente fundada, y el demandado ha de jurar que se opone a ella también de buena fe, porque está convencido que defiende un derecho legítimo, y ambos prometen además no realizar ningún acto procesal dolosamente, conforme a lo dispuesto en C. Iust. 3, 1, 14, 4; 2, 58, 2 pr. y Nov. 49,3, sin olvidar que la Novela 124 impone a las partes y a sus representantes la obligación de jurar que no han hecho ninguna donación al juez. Ello hace que el litigante vencido no será condenado en las costas hechas por el vencedor, según Partida 3, 22, 8, si no aparece temeridad en el litigante vencido, ni consta por otra parte su calumnia. Este juramento lo hacían en juicio tanto el actor como el reo, el que entabla la acción y el que se opone con la excepción, de no querer calumniar o vejar a su adversario, sino que instan y se defienden por la confianza que tiene cada uno en la razón, derecho o justicia que le asiste, que es el caso de Domingo Nieto y Agustín Rodrigues. En el juramento de calumnia se contienen cinco puntos: 1. Ambos litigantes creen tener justicia o buena causa. 2. Cuantas veces sean preguntados sobre algo concerniente al pleito, dirán la verdad. 3. Que no han sobornado ni sobornarán al juez ni al escribano. 4. Que no utilizarán pruebas falsas, ni excepciones fraudulentas. 5. Que no pedirán plazo maliciosamente, para prolongar el pleito en perjuicio de su contrario: Partida 3, 11, 23. Se contienen en la siguiente cuarteta: *Illud juretur, quod lis sibi justa videtur; Et si quaretur, verum non inficietur; Nil promittetur; nec falsa probatio detur; Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.* Se trata de un juramento que al mismo tiempo es asertorio y promisorio, de modo que normalmente se indica en el escrito de demanda y contestación, con una mera fórmula: juro lo necesario. Partidas 3, 10, 8 y 3, 11, 23,, para indicar que se exige en cualquier género de juicios y en cualquiera de sus instancias. Vid. ESCRICHE, J., op. cit., t. III, Madrid, E. Cuesta, 1875, pp. 732-733, s. v. juramento de calumnia.

¹⁹ Como señala el jurisconsulto clásico Celso, en D. 44, 7, 51, libro tertio digestorum, definiendo la *actio in personam: ius persequendi in judicio quod sibi debetur*, que aquí tendría aplicación, aunque ignoramos finalmente el resultado del litigio.

²⁰ Uno de los medios de prueba alegados por la parte del demandado consistió en recordar a los jueces de Valladolid que el demandante no había querido contestar a una posición que se le formuló. Las posiciones son ciertas proposiciones o asertos breves de hechos propios pertenecientes a la causa,

a lo que por naturaleza se podía probar por negativa concertada en lugar y tiempo, no se obligando a prueba no necesaria diría que la presunción²¹ estaba muy clara en favor del dicho su parte por el dicho buen tratamiento que avia hecho a la dicha mula e porque quando se avia apeado della en la dicha çibdad no llevaba tal herida ni hiba coja ni abia cogeado yendo de la casa de donde el dicho su menor se avia apeado para en casa del dicho Domingo Nieto y si fuera coxa o herida aparezera luego e se dixerá e porque la abia tenido en su casa el dicho parte contraria mas de quatro dias syn que la herida ni cogeo se pareziese lo qual parezera si en el dicho camino se le fiziera y aviale podido subçeder despues que abia hido estando los dichos días en su casa de algun clavo o palo que se le yncase o de otra cosa qualquiera e no aver probanças ni aun presuncion contra el dicho su parte porque si algun testigo abia querido hablar en favor de la parte contraria hera su suegra e Albaro Rodrigues hermano de su mujer que heran partes y porque otras veces la parte contraria abia querido ganar ynteres de la dicha manera con otras personas a quien abian alquilado la dicha mula y abia de tener entendido que quien tenia por offizio de alquilar bestias no avia de pensar que abian destar tam a su placer caminando como teniendola en su casa por lo qual y lo mas por mas principal porque no probava tener culpa el dicho su menor en el contenido de la dicha su demanda porque pidio al dicho corregidor le diese por libre della.

sobre los cuales pide un litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de las pruebas, tal como refiere Partidas 3, 12. Se expresan diciendo que el contrario declare cómo tal hecho es cierto ó incierto, a diferencia del integrogatorio presentado para prueba en que no se asegura sino que se pregunta. Las posiciones se hacen regularmente en causas civiles por la parte, y no por el juez, salvo para aclarar alguna duda. Siendo sobre el negocio principal, se deben poner después de contestada la demanda en el término probatorio y antes de la presentación de los testigos, porque suceden en lugar de prueba, si se confiesan llanamente, aunque las puede hacer una parte a otra antes de la sentencia en cualquier estado del pleito, según Partidas 3, 12,1. Presentado el escrito de posiciones, el juez debe llamar al otro litigante, y tomándole juramento de decir verdad, examinarlo por sí mismo o por medio de escribano, sin darle tiempo para consultar ni deliberar, y obligarle a que responda categóricamente, afirmando o negando con palabras terminantes, sin admitirle otras dudosas, y según la Nov. Recop. 11, 9, 1-2 y 4, si el litigante no respondiere del modo dicho, o se ocultare para no responder, debe el juez declararle por confeso, seguir la causa y determinarla, con tal que precedan tres autos notificados para que haga debidamente la declaración. En la causa, la parte del demandado deja patente que el actor no dio respuesta alguna a una de sus posiciones, de modo que lo estima por confeso, a pesar de lo cual, el Dr. Pernia le admitió su pretensión y condenó al menor. Vid. ESCRICHÉ, J., op. cit., t. IV, pp. 627-628, s. v. posiciones.

²¹ Es un medio de prueba utilizado ampliamente en el Derecho romano durante la época posclásica, aunque ya se utiliza por los jueces en época clásica. Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., op. cit., pp. 575-576. La presunción es la conjectura o indicio que obtenemos, bien del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, bien de las leyes ordinarias de la naturaleza, o bien la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho conocido para averiguar la verdad de un hecho desconocido o incierto. Existen pues dos especies de presunción: la determinada por la ley, llamada presunción legal o *de derecho*, que no es nuestro caso, que admite dos clases: *juris tantum* y *juris et de jure*, y la presunción de hombre, que es la que forma el juez por las circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho principal que se examina. Admite tres modos: vehemente o violenta, probable o mediana, y leve, según el mayor o menos grado de probabilidad, a tenor de X 2, 23, de *praesumptionibus*; Partidas 3, 14, 8 y 7, 33, 12. Vid. ESCRICHÉ, J., op. cit., t. IV, Madrid, E. Cuesta, 1876, pp. 662-663, s. v. presunción.

Interviene como juez de primera instancia, nominado en los autos, el Dr. Pernia²², quien da los pasos procesales pertinentes, a tenor de lo que solicitan las partes, dando por concluso el pleito, pero en su tramitación dejó de anunciar los plazos de prueba, el relativo a la presentación del escrito de conclusiones, y la fijación de la fecha para pronunciar la sentencia²³, emitiendo un fallo favorable al *locator* de la mula, por entender que había probado su aserto, básicamente apoyado en una prueba de presunciones, juntamente con la declaración de dos testigos, cuya familiaridad con el *locator*, arrendador de la mula, era evidente, al tratarse de su suegra y de un cuñado, por lo cual debió otorgar a la parte demandada un plazo para que hubiera formulado, en ese momento, la tacha a dichos testigos²⁴. Sin embargo, el juez condenó al arrendatario en una cantidad elevada, por tasación del animal que estaba inservible para el transporte, juntamente

²² El doctor Pernia, era bachiller en 1526, quiere ingresar como colegial en el Mayor de San Bartolomé de la Universidad de Salamanca, sin conseguirlo. Sirvan como datos bien contrastados: AUSA/2210/D-2. 33: «Año 1526. Bachiller Pernia: Colegiales de San Bartolomé». Se hace el expediente en Valladolid, previo al ingreso en el colegio, con data del 14 de junio de 1526. Por el mismo, sabemos que era hijo del licenciado Fernando de Pernia y de doña Inés Manuel, su mujer, quienes procrearon muchos hijos e hijas. Tuvo como abuelo paterno a Alonso Fernandez, y fueron abuelos maternos, Juan Manuel el viejo e Ynes de Tovias. Declararon, entre otros, en la prueba testifical, Pedro de Arce, natural de Valladolid, de 45 años; Francisco de Palencia, de 48 años de edad, y de la misma vecindad. A continuación, el comisionado, licenciado García de Collado, tomó juramento para testificar a Lucía del Peso, de 60 años, mujer de Francisco de Ribadeneyra, a doña Constanza de Barreda, mujer de Francisco de Bibero, de 45 años, y a doña Francisca de Villarroel, de 43 años, mujer que había sido de Alonso Enríquez, las cuales confirman las deposiciones precedentes. Luego tomó declaración a Alonso de Montemayor, regidor de Valladolid, con edad superior a los 60 años. Otra parte de la investigación se hizo en Paredes de Nava, a 6 de julio de 1526, sin que aporte datos biográficos relevantes. En la obra de DELGADO, B., intitulada *El colegio de San Bartolomé de Salamanca. Privilegios, bienes, pleitos, deudas y catálogo biográfico de colegiales, según un manuscrito de principios del XVII*, Salamanca, Excma. Diputación provincial, 1986, no figura ningún colegial apellidado Pernia en el elenco del Mayor citado, pero sí, en cambio, el instructor del expediente, Dr. García de Collado, burgalés de Limpias, doctor en Cánones. El Dr. Pernia, juez en Ciudad Rodrigo, fue probablemente el mismo, que con el nombre de Dr. Julián de Pernia, accedió al oficio de corregidor de la ciudad de Oviedo, desde enero de 1581, con ocasión de las exequias regias, y al que posteriormente se le tomó la residencia, según acreditan las actas municipales y los listados de gobernadores del Principado. Vid. Actas del AAO. Sign. A-10, de 1580-1586; VILLA GONZÁLEZ-RÍO, M. P., *Catálogo-inventario del archivo municipal de la ciudad de Oviedo*, t. II-2, Oviedo 1987, en diversos asientos. En cambio, no podemos aportar ningún dato mirobrigense, por falta de actas municipales correspondientes a ese período.

²³ Sobre la tramitación del pleito civil, vid. QUIRÓS Y VALDÉS, M. de, *Modus videndi procesum, quem Salmanticae auditoribus suis dictabat*, Salmanticae, exc. P. Lassus, 1600.

²⁴ En Roma, durante su primera etapa oprocesal de las acciones de la Ley, la prueba de tetigos era la más apreciada, por no decir la única, y mantuvo mucha importancia en el procedimiento formulario, según Álvarez Suárez. Los testigos, aportados por las partes en el proceso civil, y citados por el juez responden a las preguntas del órgano juzgador y de las partes, respecto de lo que hubieran visto y oído por sí mismos. La libre apreciación de la prueba por el juez, en época clásica, es lo que resalta su valor, y todavía Constantino, en C. Iust. 4, 21, 15, atribuye igual valor a la prueba documental y a las deposiciones de los testigos, si bien en otra norma se inserta el principio de contra el testimonio escrito no debe preferirse el no escrito: C. Iust. 4, 20, 1, fundamentalmente por el descrédito o desconfianza hacia las declaraciones de los testigos. En esta etapa procesal de la Cognitio, el testigo está obligado a prestar testimonio, frente al carácter voluntario del período clásico, y se restringe la obligación de que presten juramento los pertenecientes a las clases inferiores, según constitución de Constantino, en C. Iust. 4, 20, 9, admitiéndose la aplicación de la tortura, en la Novela 90, cap. 1, a los sospechosos de no decir verdad. Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., op. cit., pp. 431-433 y 571-573.

con el resarcimiento de los gastos derivados de la atención de los veterinarios, pero sin condenar en costas al reo, justificando el fallo condenatorio: «por no haber probado», la parte demandada, las excepciones, es decir, su punto de vista contrario al actor.

Pasados los tres días, legalmente previstos, siguiendo la recepción del Derecho romano, para instar la apelación de dicha sentencia, en aras de que pudiera examinarlo el tribunal jerárquico superior, que era la Real chancillería de Valladolid, sin que el arrendatario hubiere formulado su propósito, el *locator* pide que pase el asunto a cosa juzgada, a fin de solicitar la ejecución, pero la parte del *conductor* hace valer, ante el juez de Ciudad Rodrigo, que ahora es el teniente de corregidor, licenciado Juan López²⁵, probablemente de carta de naturaleza salmantina y graduado incluso como doctor por dicha Universidad²⁶, la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia, además de entender que la condena carecía de razonamiento lógico y de fundamento, acogiéndose al remedio de la *restitutio in integrum ob minorem aetatem*²⁷, al entender que se ha

²⁵ AMCR. Actas de 1547-1550, Caja 1.3, fol. s. n.v: En el consistorio de 12 de enero de 1550, el licenciado Lorenzana, presentó una provision real para tomar residencia a Diego de Vargas y a su teniente y oficiales, y a continuación hizo el juramento de cumplir bien y fielmente su oficio. No se conservan las actas de 1551-1554 y hasta 1558 carecemos de los libros correspondientes. AUSA,773/41, libro de licenciamientos de 1543 a 1546, fols. 41r-42v: «Presentación de breve del bachiller Juan Lopez». En Salamanca, a 22 de marzo de 1545, presentó el breve de cursos de Lectura del Nuncio Juan Poggio, y el cancelario se lo admitió, mandándolo publicar a la hora de prima del día siguiente, lo que Andrés de Guadalajara hizo el 23, estando leyendo de prima los doctores Pedro de Peralta, Juan Puebla y García de Collado. Se presentó para licenciado, el 26 de marzo inmediato posterior, y actuó, como padrino, el doctor Antonio de Benavente, dada su condición de aspirante a licenciado en Cánones. Se encargó el expediente de *moribus et vita et legitimitate* al doctor Luis Pérez, y declararon Gerónimo Delgadillo y Francisco de Quiñones, estudiantes, que informan del candidato que era hijo legítimo, presentando además la carta de corona, y deponiendo de su buena vida y costumbres, sin estar amancebado, ni en pecado público. También presentó la carta de bachilleramiento, admitiéndosele para el grado, y señalándole los puntos el sábado, víspera del domingo de *Cuasimodo*, 11 de abril de 1545. El examen tuvo lugar la noche de dicho domingo, 12, con asistencia de: «los doctores Antonio de Benavente, padrino, e Juan de Ciudad e Pedro de Peralta, e Juan Puebla e Garcia de Collado e Alonso de Buendia e Albaro Perez de Grado e Antonio Gomez e pero Suarez e Antonio de Aguilera e Francisco Ybañez de Frechilla e Luis Perez e Diego de Cobarrubias e Juan Muñoz e Geronimo de Pisa e Diego Alonso Venavente *utriusque juris respective* doctores para examinar al dicho bachiller Juan Lopez», y juntos, con el maestrescuela, «dixeron e aprobaron al dicho bachiller Juan Lopez para que se le de la carta que se pueda azer doctor quando quisiere con tanto que lea tres años continuos antes que se aga doctor públicamente en las Escuelas todo el año sin contar las vacaciones e que si alguna here se le diere que no se diga ni se ponga en la carta que siempre se entienda con la condición de leher los dichos tres años continuos sin contar las vacaciones e no antes ni de otra manera se pueda azer doctor... e votaron secretamente conforme a la constitución e botándose allo e parescio quel dicho bachiller Juan Lopez tuvo todas AAAA. Testigos los unos de los otros», otorgándosele el grado el 13 de abril de 1545.

²⁶ AUSA,774/75. Libro de licenciamientos y doctoramientos de 1548-1561, fols. 75v-76v: Pide el grado de doctor en Cánones, el 23 de abril de 1550, y se publica el 5 de agosto del mismo año. Se le otorga el grado, el domingo, víspera de San Miguel, 28 de septiembre de 1550.

²⁷ Se trata de una medida extraprocesal, que fue muy utilizada en el procedimiento formulario del Derecho romano durante la época clásica. Era un auxilio extraordinario que una persona solicitaba del magistrado para que éste le socorriera en una situación lesiva en que se encontraba a consecuencia de un acto perfectamente válido según el Derecho civil, y no suponía un derecho subjetivo para reclamar; en época posclásica cambia su concepto de la *restitutio in integrum*, porque el mismo magistrado a quien se le pide es el que la concede directamente, si se trata de casos previstos en el edicto o en constituciones imperiales, invocando no un simple interés lesionado, sino un verdadero derecho subjetivo, que se denomina en las fuentes *beneficium restitutionis*, ya que es un beneficio que «*competit*» a tenor de la

procudido grave daño y lesión a su menor, con la tramitación inadecuada del proceso, y sin observar la legalidad, por parte de dicho Dr. Pernia, solicitando la reparación del mismo, con la vuelta del juicio al momento procesal debido, anterior a la emisión del fallo, a lo que se opuso el *locator* Nieto, negando dicho aserto, y afirmando que era un mero error de derecho²⁸, por lo que no se debía anular la sentencia, ya dictada por el citado juez de residencia mirobrigense.

El licenciado Juan López, teniente de corregidor²⁹, acoge favorablemente la petición del *conductor*, y declara, en un auto³⁰, la nulidad del proceso, a partir del momento

ley, y por ello se exige. Entre estos supuestos estaba «*ob aetatem*» u «*ob minorem aetatem*», concedida a los menores de 25 años, para dejar sin efecto aquellos actos que les hayan causado una lesión y respecto de los cuales no se aplicaba la *Lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium*. Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., op. cit., pp. 522-529. Posteriormente, este instituto se recibió en el Derecho hispano, consistente en la reintegración de un menor en todas sus acciones y derechos, porque dicho menor había sufrido lesión, en este caso en un pleito, logrando que se repusieran las cosas al estado que tenían antes de que se le causara el daño, de tal suerte que la restitución es efecto de la rescisión, y a la misma aluden Partidas 6, 19, 1 y Partidas 3, 25, 1. La menor edad es una de las causas para concederla, junto a otras como la fuerza o miedo grave, el dolo o la ausencia: Partidas 5, 5, 56 y 7, 33, 7. El menor, para que se le otorgara la *restitutio in integrum*, tenía que acreditar la lesión, y su menor edad. Tiene lugar la restitución por causa de la minoridad, cuando el menor ha padecido daño por su debilidad de juicio, por culpa de su guardador o por engaño de otro, tanto en los actos judiciales como en los extrajudiciales, de cualquiera naturaleza que sean, sin que la impida el que haya intervenido el decreto de un Juez. Como ya se había dictado la sentencia contra el menor, la restitución de las sentencias debía pedirla su curador *ad litem*, ante el mismo Juez del pleito o su superior, y podía hacerla valer hasta los 25 años cumplidos y cuatro años después; ha de otorgarse, como hicieron los oidores del tribunal de la Chancillería, probándose que se perjudicó al menor en el pleito o sentencia, o que no se pudieron mostrar cumplidamente sus razones, o que disponía de otros instrumentos o testigos con los que podía mejorar su pleito. La restitución no solo aprovecha al menor, sino también a la parte contraria, de tal manera que ambos deben ser oídos de nuevo en el pleito restituido a su anterior estado, y mientras el pleito principal ha de quedar en suspenso, sin hacerse cosa nueva, por lo que no podía ejecutarse la sentencia dictada por el Dr. Pernia: Partidas 3, 25, 2 y 8. Vid. ESCRICHE, J., op. cit., t. IV, pp. 933-936, s. v. restitución (*in integrum*).

²⁸ El error supone la discordancia o no conformidad de una idea u opinión contraria a la naturaleza de las cosas o a la verdad, consistiendo en creer verdadero lo que es falso, o a la inversa. El error de derecho, al que se alude en la alegación del demandante, es la ignorancia de lo que se halla establecido por la ley, aunque no parece que haya sido tenido en cuenta por los oidores vallisoletanos, porque error no es lo mismo que la simple ignorancia, pero el juez de residencia no podía alegar no saber tal o cual cosa, dado que se le supone buen conocedor de la ley aplicable, sin que se le exima de su cumplimiento. Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1954, pp. 59-70.

²⁹ Según Desdevises, el corregidor era un magistrado, aunque los había de capa y espada, del orden administrativo y judicial. Desde 1480 estaban actuando en todas las ciudades importantes del Reino de Castilla. Normalmente eran graduados en Derecho, para las ciudades más importantes, 34 en la Península, pero ante todo ejercían funciones políticas. Por este motivo, la justicia, tanto civil como criminal, la administraban en su nombre o el teniente de corregidor o el alcalde mayor. En las ciudades de segunda categoría, había corregidores letrados que administraban personalmente la justicia, o sus tenientes, juzgando en primera instancia los procesos civiles, y en primera apelación las causas juzgadas por los alcaldes ordinarios, si bien en apelación, de las causas juzgadas por los corregidores o quienes hacían sus veces, como era el juez de residencia de Ciudad Rodrigo, Dr. Pernia, se acudía a la Chancillería de Valladolid. DESDEVISES DU DEZERT, G., *La Justice en Espagne au dix-huitième siècle*, Toulouse 1895, E. Privat, pp. 17-20.

³⁰ Auto es el decreto judicial dado en una causa, civil o criminal. El juez dirige el procedimiento, con sus autos interlocutorios o providencias, pero también puede resolver la cuestión principal con una

procesal en el que se omitieron plazos y actuaciones, prescritas legalmente en favor de las partes, y que en este caso habían perjudicado notoriamente al menor. Domingo Nieto, a la vista de su contenido, presentó, contra dicho auto, un recurso de apelación ante la Real Chancillería de Valladolid, si bien los dos oidores del tribunal vallisoletano, el doctor Redín³¹ y el doctor Santiago³², confirmaron, en su sentencia de vista, dicho pronunciamiento, por lo cual retornaron los autos al juez mirobrigense, si bien el *locator* solicitó ejecutoria del litigio, que le fue expedida³³.

3. RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO DE COSA EN DERECHO ROMANO³⁴

Estamos en presencia de un contrato sinalagmático perfecto, que en la demanda de Domingo Nieto se califica de «locación», en el que hay plena correspondencia de las obligaciones entre las dos partes, desde el inicio del contrato, porque es imprescindible

sentencia o auto definitivo. Se denomina auto interlocutorio porque no decide definitivamente la causa, sino que recae sobre un incidente del pleito, sirviendo para dirigir el desarrollo del proceso, aclarando más el derecho de las partes para decidir con más seguridad y conocimiento, no cerrando el paso a otro definitivo, pero el mismo se puede enmendar sin daño ni perjuicio del agraviado, no siendo apelable, es decir, es auto inapelable, retornando la causa al momento procesal en el que se omitió la observancia de las normas procesales que debió aplicar el juez de residencia.

³¹ El doctor Redín era alcalde de lo criminal de la Real chancillería de Valladolid, antes de acceder en 1550 a la plaza de oidor de dicho tribunal, sustituyendo al licenciado Arrieta, en la línea 1. Su título es de 25 de enero y tomó posesión el 25 de febrero, con domicilio en capital castellana en la calle de Francos, según el padrón de 1561. Ejerció como presidente, por ser oidor decano, al marcharse Diego de Álava, en 1558, hasta la llegada del nuevo presidente, Francisco Tello de Sandoval, en 1559. Tuvo participación activa en la visita que hizo en 1554 Diego de Córdoba, consejero de Castilla, y le sucedió en el oficio el licenciado Henao, por nombramiento de 11 de octubre de 1566. Cf. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los oidores de las Salas de lo Civil de la Chancillería de Valladolid*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1997, pp. 53-54, n.º 72.

³² Entró como oidor de este tribunal en 1546, junto con otros cinco colegas. Desempeñó el cargo hasta 1565, a pesar de que se seguía contra el mismo un proceso en el Consejo Real, al menos en 1560. Vid. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., op. cit., pp. 48, n.º 68 y 111, n.º 214.

³³ Por lo que concierne a las datas de los pronunciamientos judiciales, debemos señalar que fueron cuatro: la sentencia del Dr. Pernia; el auto del licenciado Juan López; las sentencias de vista y revista de los dos oidores vallisoletanos, Redín y Santiago; el fallo del Dr. Pernia se produjo el 5 de febrero de 1554; el pronunciamiento del teniente de corregidor de Ciudad Rodrigo tuvo lugar el 14 de noviembre de 1554, y la sala de la Chancillería de Valladolid pronunció su sentencia de vista el 19 de octubre de 1555. La ejecutoria posterior se expide a 9 de noviembre de 1555. En este momento ignoramos cuál pudo ser la sentencia definitiva que se dictó en la causa. ,

³⁴ A finales del siglo XVIII, Javier Pérez hace un elenco de las leyes que se refieren al contrato de arrendamiento desde Roma hasta su tiempo, resumiendo el elenco en estos apartados: en Digesto 19, 2: *locati et conducti*; Código 4, 65: *De locato et conducto*; Instit. 3, 25: *De locato et conducto*; Decretales, 3, 18: *De locato et conducto*, Fuero Viejo 4, 3: De los alquileres; Fuero real, 3, 17: De las cosas alogadas; Partidas 5, 8: De los arrendamientos e de los alquileres, y logueros; y Leyes de Estilo, la 250. En total, son las leyes: 62 del Digesto; 35 del Código; 6 de las Instituciones; 4 de las Decretales; 5 del Fuero Viejo; 9 del Fuero real; 29 de las Partidas y 1 de Leyes de Estilo. PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias*, t. IV, Madrid, of. de G. Ortega y her. De Ibarra, 1792, pp. 187-252.

el binomio *merces-uti frui*³⁵, y como afirma Justiniano en sus *Instituciones* 3, 24: «*locatio conductio est contractus bonae fidei, ex consensu certa mercede faciendi aliquid vel utendi*»³⁶.

Giovanni Pugliese³⁷ presenta como datos seguros en la consideración del negocio, para el Derecho romano, en primer lugar, que la tripartición, *rei, operarum y operis*, no se enuncia en ningún texto jurídico de Roma, ni de la época clásica, ni posterior, sino que es fruto del *Ius commune*, aunque asumiendo el trabajo de Olivier-Martin, quien lo remite al holandés Voet, en el siglo XVII, a pesar de lo cual matiza que es un dato constante en la tradición romanística, en la que se llega a sostener su origen en las fuentes romanas; en segundo lugar, que el acuerdo, por lo que un sujeto-*locator* «cologaba» un bien en manos de otro sujeto, para que este, que lo recibía, le diese una contraprestación, existe ya en Roma en el siglo III a. C., conforme a Gayo 4, 28, aunque no pueda darse una cronología exacta, porque no hay testimonio fiable de su existencia en las XII Tablas; en tercer lugar, los operadores jurídicos, conscientes de la diferencia técnico-económica de los diversos destinos que tomaba el bien, que el *locator* ponía a disposición del *conductor*, sacaron las oportunas consecuencias jurídicas, tanto por lo correspondiente a las obligaciones de las partes, como a su responsabilidad por incumplimiento o imposibilidad sobrevenida de la prestación, sin que excindieran el contrato-tipo; en cuarto lugar, la tripartición *rei, operarum y operis* esquematiza la realidad jurídica clásica, y puede servir para fines descriptivos y expositivos, pero no corresponde al pensamiento clásico³⁸.

Roberto Fiori³⁹, al tratar de la definición del contrato '*locatio conductio*', pone el acento en cómo los juristas romanos reconocen el esquema unitario de este contrato en las «reciproche obbligazioni delle parti di *praestare mercedem e praestare uti frui*», de modo que para tutelar el conjunto de intereses que intervienen en el negocio se sirven de las mismas acciones: *locati* y *conducti*, es decir, la 'tipicità' de este contrato descansa sobre la unidad obligatoria y procesal.

³⁵ Advierte Ortolán, comentando las *Instituciones* de Justiniano, que «si en la convención ocurrida entre las partes, una de ellas se obliga mediante precio cierto, que consista en dinero, no en hacer que la otra tenga una cosa como en propiedad, sino solo a proporcionarle el uso y disfrute de ella: *praestare re uti, re frui licere, o a ejecutar para ella ciertos trabajos, o una obra determinada*, hay un contrato de locatio conductio o arrendamiento. ORTOLÁN, J. L. E., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, con el texto, la traducción al frente y las explicaciones debajo de cada párrafo, precedida de la Historia de la legislación romana, desde su origen hasta la legislación moderna*, 4.^a ed. rev. y aum. por F. Pérez de Anaya y M. Pérez Rivas, t. II, libros III y IV de la *Instituta*, Madrid, Librería de L. López, 1877, pp. 317-318.

³⁶ Sobre este negocio de arrendamiento, desde la perspectiva del Derecho canónico, con las limitaciones que impone a los arrendamientos de los bienes de la Iglesia, aunque el principio general, hasta el CIC de 1917, es que los arrendamientos debían hacerse conforme a las leyes civiles, aprobados por la autoridad competente, y el beneplácito del que debía verificarlos, vid. PASTORA Y NIETO, I. de la, *Diccionario de Derecho canónico. Trad. del que ha escrito en francés el abate Andrés... arreglado a la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna*, t. I, Madrid, J. G. de la Peña, 1847, pp. 99-102, s. v. arrendamiento.

³⁷ PUGLIESE, G., *Locatio-conductio*, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1994, pp. 601-602.

³⁸ Arangio Ruiz cuestionó la tradicional tripartición. Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, J. – GARCÍA FUEYO, B., *De la locatio-conductio romana al moderno contrato de formación profesional*, en *O sistema contratual romano: De Roma ao Direito actual*, Coimbra, Fac. de Direito da Univ. de Lisboa, 2010, p. 535, nota 9.

³⁹ FIORI, R., *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanística*, Napoli, Jovene ed., 1999, p. 361.

Dentro del contrato, como tipo, hay diversos modelos negociales, que constituyen figuras de referencia para las partes, para los juristas y para el pretor, siendo la primera diversificación, en el esquema básico *merces-uti frui*, según el goce que proporciona, bien la cosa, bien la persona, a través de sus *operae*, aunque en este segundo supuesto es preciso distinguir en la modalidad de disfrute de las mismas, si consisten en la mera puesta a disposición del servicio que preste el trabajador, o bien en un *opus* específico bajo la dirección del comitente, sin asumir ninguna responsabilidad por su ejecución, o incluso asumiendo la misma en la realización del *opus*.

Recuerda el citado Fiori⁴⁰, que la crisis de ese enfoque unitario del arrendamiento en la tradición romanista se debe al cambio en el centro de atención del intérprete, porque ha pasado del plano de la obligación, que hemos referido, al del objeto del contrato, *res u opera u opus*⁴¹. En los modernos Códigos civiles europeos, se ha reconducido la unidad del arrendamiento a través de la coincidencia entre ellos en los diversos objetos del contrato, colocando la cosa, consignada por el *locator* al *conductor*, como tal objeto unitario (*res, opera, materiales para la realización del opus*), o incluso en el Código civil italiano de 1942, la ciencia romanística ha diferenciado entre objeto inmediato del contrato, la prestación, y el objeto mediato del mismo, que sería la *res*, considerando que el aspecto unitario del arrendamiento se debe situar en la obligación de *reddere* la cosa, con tres significados diferentes, en lo que diverge Fiori⁴², porque el carácter unitario de la *locatio conductio* no se puede buscar en el objeto del contrato, sino en el esquema obligatorio que acuerden las partes, es decir, del sinallagma *merces-uti frui*⁴³.

⁴⁰ FIORI, R., op. cit., pp. 362-364.

⁴¹ Un primer factor que contribuyó a esta tricotomía diferenciadora es la sustitución, fruto del iusnaturalismo, de las nociones romanas, jurídicas y naturales a un mismo tiempo, de persona u homo y res, por los conceptos abstractos y geométricos de sujeto y objeto. Un segundo factor consistió en la emergencia, a partir de la especulación medieval, de la teoría de los *substantialia contractus*, basada inicialmente en el negocio de la compraventa, que puso el énfasis en el *consensus* y en la *res*, de donde derivaron las siguientes consecuencias: a) afirmación de la centralidad de la voluntad (*consensus*) de los contratantes, de modo que los juristas modernos valoran el contrato como encuentro de las voluntades de los sujetos que eventualmente produce efectos obligatorios; b) la ocultación del elemento esencial *res* que viene puesto secundariamente, por las varias modalidades de goce realizables, como ocurre con las *operae*, que ya no se presentan en el plano del *uti frui*, sino sobre el de la *res*, y la autonomía que se otorga al *opus*, respecto de las *operae*, a través de la noción abstracta de objeto del contrato. A pesar de este cambio operado en el enfoque legal, Fiori pone de manifiesto las incongruencias en que ha incurrido la romanística, para mantener el enfoque jurisprudencial romano a pesar de la incongruencia en el tipo contractual unitario conforme a la tradición romanista. FIORI, R., op. cit., pp. 364-365.

⁴² FIORI, R., op. cit., pp. 364-366.

⁴³ La tripartición del arrendamiento, *res, operis y operarum*, nacería en el *Ius Commune*, pero vino planteada, según un sector de la doctrina, por el holandés Voet, a finales del siglo XVII, en sus comentarios a las Pandectas, según criterio de Olivier Martin, aunque no faltan autores que afirman que la tripartición estaba formulada en la obra de Samuel Puffendorf, hablando de un contrato jerárquico. La tripartición fue desarrollada por el alemán von Glück, en su Comentario a las Pandectas, a partir del cual tomó carta de naturaleza, si bien esta tripartición vino cuestionada por Arangio Ruiz, apoyándose para el sentido unitario en la única acción, *locati y conducti*, con referencia a una cosa, que se entregaba temporalmente, mientras en la compraventa de forma definitiva. Hoy en día, toda la doctrina romanista está de acuerdo en que la tripartición no se encuentra en las fuentes, como señala Torrent, en *Polémica sobre la tricotomía res, opera, opus y los orígenes de la locatio-conductio*, en Teoria e Storia del Diritto privado 4 (2011), aunque la jurisprudencia consideró al contrato de modo unitario, como recuerda Brasiello, ofreciendo, no obstante, algunos signos diferenciales que permitieron la tripartición «moderna».

Como indica Macqueron⁴⁴, en el arrendamiento de cosa, libre de formalidad en el acuerdo de voluntades, con las características de consensualidad, buena fe y sinalagmático, un *locator* se compromete a poner una cosa mueble o inmueble a disposición del *conductor* para que pueda servirse de la misma durante un tiempo determinado, asegurando el goce del objeto en todo el tiempo previsto por las partes, a cambio de pagar la *merces* convenida⁴⁵.

En los tres casos, se utilizan los mismos términos técnicos, las mismas fórmulas de acción vienen concedidas, y aparecen los mismos elementos constitutivos: una remuneración-*merces* y un objeto del contrato, *res locata*, que en el arrendamiento de cosas «*la chose louée, c'est l'appartement ou le cheval qui ont été mis à la disposition du preneur et que celui-ci devra restituer au bailleur à l'expiration du contrat*»⁴⁶.

Señala Pugliese⁴⁷, que la *locatio rei* o *rei utendae* podría referirse a bienes tanto muebles, tales como animales, esclavos, aperos agrícolas, e incluso naves o partes de nave, o inmuebles, y estos últimos probablemente eran en origen bienes públicos⁴⁸.

Por lo que concierne a los efectos del contrato, en la *locatio-conductio rei* se concretan los siguientes⁴⁹: 1. El arrendador, debía *praestare rem*, o poner la cosa a disposición del arrendatario para que pueda servirse de la misma; 2. El arrendador debe asegurarle el goce de la cosa, *frui licere*, durante todo el período de duración del contrato, con lo cual podría verse obligado a realizar las reparaciones necesarias para hacer la cosa utilizable, 3. Al término del contrato, reembolsar al arrendatario los gastos hechos en la conservación del objeto.

⁴⁴ MACQUERON, J., *Histoire des obligations. Le Droit romain*, Aix en Provence, Ass. Auguste Sumas, 1975, p. 155.

⁴⁵ Es la misma definición que vemos en FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonici, jurídica, moralis, theologica nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica*, 4.^a ed., t. III, E-H, Bononiae, sed prostant Venetiis, apud G. Storti, 1763, s. v. *locatio*, p. 340: «*contractus, quo quis rem aliquam alteri utendam, vel fruendam concedit, certo pretio, sive mercede constituta. Est in re communis. Dicitur quo quis rem aliquam alteri utendam vel fruendam concedit, ad denotandum, quod locantur, et conducuntur non tantum res, quae ad solum usum deserunt, ut domus ad inhabitandum, equus ad equitandum, bos ad arandum et huiusmodi: ley 9 principio ff. de locato et conducto, sed etiam res quae deserunt ad fructus percipiendos, ut ager, vinea, pascua, jura et redditur: ley sed addes 19 &1 ff. de locato et conducto. Insuper non solum locantur, aut conducuntur ipsae res, sed etiam personae, seu potius opera, et labores personarum, ut pater in famulis, et ancillis, operariis, officialibus, artificibus, et huiusmodi, qui se seu operas suas aliis locant, et ab aliis conducuntur: ley ítem 51, 22 ff. De locato et conducto, ibi: Locat enim artifex operam suam. Dicitur certo pretio, sive mercede constituta, quia pretium, seu merces in locatione necesario intervenire debet: ley si convenerit 23 in fine ff. Communi dividundo. Et in hoc differt locatio a comodato, et precario, vi quorum res ad usum gratis conceduntur*». Y más brevemente, LEPOINTE, G. – MONIER, R., *Les obligations en Droit Romain et dans l'Ancien Droit français*, Paris, Sirey, 1954, pp. 261-268: *Locatio conductio* es un contrato por el qual una persona promete a otra de proporcionarle el goce de una cosa o el de sus servicios, mediante una retribución «*fixée en principe en argent*». La *merces* «*est le prix de la rémunération en contrepartie de la jouissance de la chose ou des services: elle est payée par le conductor en la rei y operarum*».

⁴⁶ La mayor discusión procede de los laboralistas, a la hora de interpretar las fuentes respecto de las *operae*, sin olvidar los caracteres que se utilizan para definir el actual contrato de trabajo, pasando de la dependencia a la subordinación del trabajador.

⁴⁷ PUGLIESE, G., op. cit., pp. 603-605.

⁴⁸ Desde el punto de vista del *locator*, no era preciso que fuera el dueño o titular de un derecho real como el usufructo, sino que tuviese el derecho de usarlo y disfrutarlo por tiempo más o menos limitado.

⁴⁹ Cf. MACQUERON, J., op. cit., pp. 163-165.

En correspondencia a las precedentes, surgen otras tres obligaciones por parte del arrendatario: 1. Pagar la renta o *merces* en los términos convenidos. 2. Servirse de la cosa conforme a su destino natural. 3. Restituir la cosa al término del contrato⁵⁰.

La cuestión que afecta principalmente al *conductor*, se produce si no puede restituir la cosa en buen estado, porque estaría o no obligado, en cualquier caso, a pagar daños y perjuicios al *locator*, o lo que es lo mismo, debe establecerse en qué condiciones es responsable por la pérdida o deterioro⁵¹.

A mediados del siglo XVI, cuando se insta el proceso mirobrigense, la responsabilidad del arrendatario de la mula queda puesta de manifiesto en el escrito de contestación a la demanda, en el cual se afirma paladinamente:

lo mas, por mas principal, porque no probava tener culpa el dicho su menor⁵².

Este punto es determinante, como había sentado la doctrina de los medievalistas, encabezados por Bártholo de Sassoferato⁵³, según la cual «*locator allegans culpam conductoris probare debet*», y en otro comentario diferente de sus obras⁵⁴, reconoce que el conduc-

⁵⁰ En el arrendamiento, las obligaciones recíprocas de las partes están estrechamente unidas entre sí, de modo que la obligación de pagar la renta, ejecutada conforme a lo pactado, es sucesiva, y nace día a dia porque es la contrapartida del derecho al goce de la cosa, que es un derecho sucesivo, de lo cual resulta que en caso de destrucción fortuita de la cosa arrendada, la obligación del arrendatario se extingue, por falta de objeto, pero el arrendador cesa de tener derecho a partir del día en el que cesó el goce. Los riesgos son, consecuentemente soportados por el arrendador o *locator*, que habiendo perdido su objeto por caso fortuito, pierde además el derecho a los alquileres; es pues contrario al principio de la venta, *res perit emptori o debitori*. El arrendamiento de cosa expira al término fijado por las partes, pero no se extingue por muerte de las partes, sino que sigue produciendo sus efectos en beneficio y a cargo de los herederos, respectivamente.

⁵¹ Vid. MACQUERON, J., op. cit., pp. 167-169.

⁵² Sirvan de referencia las palabras del jesuita MOLINA, L., S. I., *De iustitia, Conchae, ex of. M. Serrano de Vargas*, 1597, cols. 1553-1562, disput. 493: «*locator conductori et conductor locatori de culpa levi tenentur, nisi aliud fuerit deductum in pactum. Et alia circa haec. Ratio autem est, quoniam hic contractus est in utriusque partis commodum... quando talis est contractus, neque aliud invenitur expressum, contrahentes solum tenentur de dolo, lata culpa et levi: non vero de levissima aut casu fortuito. Simili modo quando aliquis locat operas suas circa aliquid alienum, tunc, si ea res ipsorum negligentia pereat, aut deterior reddatur, tenentur de dolo, lata, aut levi culpa, non vero de levissima, aut de casu fortuito. Si tamen deductum esset in pactum, ut eiusmodi conductores, aut locatores, tenerentur de minori culpa, aut etiam de casu fortuito, vel etiam ut non tenerentur de tanta culpa, standum esset contractui; modo inde non oriretur aliqua inaequalitas, attento periculo, sui se exponunt et attenta mercede, quam recipiunt; et modo non deduceretur in pactum, ut non tenerentur de dolo: quoniam id esset contra bonos mores, invalidaque proinde esset talis pactio... Conductorem teneri locatori, non solum de culpa sua propria, sed etiam de culpa suorum, atque etiam externorum, quos induxit in domum, aut in simile praedium locatum... Conduxit quis equum ad iter ea lege, ut solum septem leucas quotidie in eo conficeret: confecit vero octo, et mortuus est. Quaeritur, num teneatur restituere pretium illius locator. Dicendum est, teneri quidem, si id, causa aut occasion fuit, quod moreretur: secus autem, si neque causa, neque occasion fuit, quod moreretur, quia simili modo erat moriturus, ut regulariter eveniet, si morbo interiit: neque enim conficere unam leucam, ultra septem, sufficiens causa esse solet, ut moriatur, quando alioquin non esset similiter moriturus». Ibid., col. 1562A: «Locatum iumentum si pereat, quosque conductor probare teneatur, aut non teneatur, absque sua culpa periisse».*

⁵³ BARTOLO DE SAXOFERRATO, *Opera Omnia*, t. XI. *Gemma legalis seu compendium aureum*, t. XI, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 75.

⁵⁴ BARTOLO A SAXOFERRATO, *Opera omnia*, t. I. In secundam Digesti Veteris partem, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 121v, en relación con el arrendamiento de cosa: «*Si conductor fuerit in culpa tenetur, alias non, te hoc probatur per multa exempla. Parisius: de casu autem sine culpa non tenetur*».

tor se libera de la responsabilidad, en caso de su imposibilidad, si ello no proviene de su culpa, sino del caso fortuito, cuyo planteamiento viene asumido por su discípulo Baldo, al reducir el ámbito de responsabilidad del conductor al dolo y a la culpa⁵⁵, muy en consonancia con lo prescrito por el Código Alfonsino, al disponer en las Partidas 5, 8, 8⁵⁶:

Por quales razones es tenudo de pechar, o non, la cosa, aquel que la tiene arrendada, o logada, si se perdiessen o muriesen:... Otrosi decimos, que si se perdiessen, o si se menoscabasse, o se muriesen la cosa que toviesse alogada alguno, por alguna ocasión que aviniessen sin su culpa del; assi como si fuese siervo, o alguna bestia, si se muriesen su muerte natural... por tal ocasión, como sobredicho es que non seria tenudo de la pechar el que la toviesse alogara. Fueras ende por casos señalados... El tercero es si por su culpa acaesciese aquella ocasion por que se pierde, o se muere la cosa.

El planteamiento de los romanistas de la pasada centuria viene expuesto con claridad por Macqueron, quien al tratar de la responsabilidad contractual de la *locatio-conductio*⁵⁷, recuerda que esta cuestión afecta principalmente al *conductor*, si no puede restituir la cosa en buen estado, y se pregunta el romanista francés, ¿quién debe pagar daños y perjuicios al *locator*? o, en otras palabras, ¿en qué condiciones es responsable el arrendatario del objeto por su pérdida o deterioro?

Justiniano, en Inst. Iust. 3, 24, 5, respecto de la *locatio conductio rei*, declara: «Se exige del arrendatario la guarda-custodia que un padre de familia muy diligente pondría para la conservación de su propio bien: si el arrendatario se comporta de este modo, y a pesar de ello la cosa arrendada perece por caso fortuito, no es responsable de la falta de restitución». Ya en el Derecho de época posclásica se ha ocupado muchos de los problemas de responsabilidad, haciendo intervenir la noción de falta-culpa mucho más que lo habían hecho los clásicos, cabría interrogarse: ¿cuál era en época clásica la responsabilidad del conductor?

Se trata de una cuestión muy debatida en la primera mitad del siglo XX, porque según un sector doctrinal, amparado en la crítica de los textos y búsqueda de interpolaciones, pretendió encontrar la tesis, según la cual en época clásica eran numerosos los deudores a los que se imponía un deber de responsabilidad conocida con en nombre de custodia. Se trataría de una responsabilidad objetiva, sin culpa; la custodia «aboutissait à un partage des risques entre le créancier et le débiteur: si le débiteur doit praestare custodiam, il supporte à peu près tout ce qui peut arriver de fâcheux à la chose due, sauf certains cas de force majeure, comme la foudre et l'incursion de pirates; mais il est responsable notamment si la chose a été enlevée par des voleurs».

Esta teoría se aplicaría, además, a todas las clases de arrendamientos, y los defensores de dicho planteamiento encuentran como huellas de este sistema, en los textos justinianeos, los fragmentos en los que aparece la palabra custodia, a la que se ha otorgado un nuevo significado: la de obligación de guardar, que el arrendatario debe ejecutar

⁵⁵ BALDI DEGLI UBALDI, perusini, *Praelectiones in quatuor Institutionum libros*, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 37v: «Conductor de dolo vel culpa tenetur».

⁵⁶ Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el IX, glosadas por Gregorio López, t. II, Madrid, of. L. Amarita, 1829, pp. 155-156 y notas de Gregorio López a la Partida 5, 2, 3, pp. 21-22.

⁵⁷ MACQUERON, J., op. cit., pp. 167-169.

con la mayor vigilancia posible: *diligentia*, de modo que los textos que hacen descansar la responsabilidad del arrendatario sobre la culpa estarían interpolados. La aplicación de la custodia objetiva al arrendamiento de obra está testimoniado por Gayo III, 205-206, para el tintorero y el sastre, responsables si el objeto ha sido robado por un tercero⁵⁸, pero no aparece, en cambio, en otros supuestos del negocio de *locatio-conductio*, de modo que hoy está desechada esta teoría que extiende en exceso la responsabilidad objetiva o sin culpa.

En el arrendamiento de cosa, el contrato precisaba a menudo lo que estaba permitido o prohibido al arrendatario, siendo responsable en caso de daño al objeto por no respetar los acuerdos. Faltando reglas convencionales particulares, el arrendatario responde de sus actos y abstenciones tanto voluntarias como reprehensibles: responde de su dolo y de su culpa. El arrendatario no responde de daños y perjuicios, si la cosa perece por caso fortuito, p. ej. a resultas de un robo, a menos que se le atribuya haber sido cómplice: D. 19, 2, 9, 4 o al menos negligente: D. 47, 2, 14, 12. Se puede exigir a veces una responsabilidad contractual a cargo del locator: cuando la cosa causa un perjuicio al conductor. Arriendo unos toneles, para guardar mi vino, y dichos toneles se abren, echando fuera el vino. Si el locator sabía que dichos toneles estaban en mal estado, ha cometido dolo en el arrendamiento y la buena fe del contrato permite reclamarle la reparación del perjuicio causado por su dolo. Algunos juristas van más lejos: si el arrendador lo sabía o no lo sabía, es siempre responsable, porque su ignorancia no le excusa: D. 19, 1, 6, 4 y 19, 2, 19, 1.

Bastaría referir las palabras de Lepointe-Monier en esta materia⁵⁹, al tratar de las obligaciones del *conducto*, porque después de señalar que en el arrendamiento de cosa y de trabajo, el arrendatario debe pagar la *merces* convenida, o remuneración por el disfrute de la cosa, examina la responsabilidad del *conducto*, y no duda en sostener, de modo preciso, que el arrendatario administra un bien ajeno, y está obligado por su culpa leve *in abstracto* o diligencia del *bonus paterfamilias*. Si la cosa perece por caso fortuito, sin culpa del *conducto*, no debe la *merces*.

En el mismo sentido se pronuncia Filippo Serafini⁶⁰, para quien las obligaciones del arrendatario de una cosa se cifran en el deber de pagar exactamente el alquiler y la pensión convenida, en proporción al disfrute efectivo de la cosa arrendada, y «debe usar de

⁵⁸ Esta doctrina tiene todavía partidarios, aunque está actualmente muy desacreditada. Vid. METRO, A., *L'obbligazione di custodire nel Diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 166-178. No obstante, uno de sus defensores fue Max Kaser, quien no dudó en sostener que, en época clásica, el *conducto* responde por custodia, en el arrendamiento de cosa, por el deber de custodiar, y solamente se liberaba de la *vis maior*. Sin embargo, en época posclásica, se le obligó a una *exactissima diligentia*, respondiendo de la más leve negligencia, pero ya con matiz subjetivo. KASER, M., *Derecho privado romano*, vers. cast. de la 5.^a ed. alemana, por J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1968, pp. 168 y 170. Cf. KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, t. I, 2.^a ed., München, Beck, 1971, Derecho antiguo y clásico, pp. 506-513: responsabilidad; t. II, München, Beck, 1975, pp. 348-355, derecho posclásico: responsabilidad. Conforme a las fuentes justinianas, estima CUQ, E., *Les institutions juridiques des romains*, t. II. *Le Droit classique et le droit du Bas-Empire*, Paris, Plon-Nourrit, 1902, pp. 427-428: debe usar la cosa como un diligente padre de familia, y responde de los que tiene a su servicio.

⁵⁹ LEPOINTE, G. – MONIER, R., op. cit., p. 265.

⁶⁰ SERAFINI, F., *Instituciones de Derecho romano*, 9.^a ed. ital. ord. por H. Giammichele. Ed. española por J. de Dios Trías, corr., compl. y puesta al día por J. M. Trías de Bes, t. II. *De las obligaciones, Derechos de familia – Derecho de sucesión*, Bilbao-Madrid, Espasa-Calpe, 1927, p. 180, y notas 3-5.

la cosa convenientemente y conforme al uso a que está destinada», añadiendo: «en el cumplimiento de esta obligación responde de toda culpa», conforme a Inst. Iust. 3, 24, 5; D. 19, 2, 9, 4; D. 13, 6, 5, 2 y C. Iust. 4, 65, 28, añadiendo el traductor español de sus *Institutiones*, «siguiendo las reglas generales de la contratación, se establece una presunción de culpabilidad en contra del arrendatario, según los arts. 1563 y 1564 del CC español», lo que no ocurría en la normativa romana.

Pugliese⁶¹, al examinar en Roma el ámbito de obligaciones y responsabilidad del *conductor* en este contrato de *locatio rei*, entiende que, además de pagar el canon, «doveva inoltre conservare il bene in buone condizioni e rispondeva per colpa (*negligenza e/o impericia*) se lo deteriorava o, ancor più, se non era in grado di restituirlo, perché ne aveva causato lo smarrimento o la distruzione... Il bene doveva infine essere restituito dal conduttore al termine della locazione, oltre all'eventuale risarcimento del danno da lui causato. Oggetto della restituzione doveva essere, di regola, lo stesso bene ricevuto dal conduttore», salvo que fuera una cosa genérica.

Cannatta⁶² realiza una síntesis del problema de la responsabilidad cuando la prestación principal de *facere (sic)* se hizo imposible, porque robaron el objeto o un vestido se ha deteriorado o las mulas que habrían de devolverse «nello stato in cui le aveva ricevute, ciò è divenuto impossibile perché esse sono state definitivamente fiaccate». En estos supuestos se trata, por la jurisprudencia, de establecer si la imposibilidad de la prestación debe o no ser colocada a cargo del deudor, o lo que es lo mismo, si esa imposibilidad le ha liberado, o está en situación de responsabilidad.

La solución dada por los juristas romanos debe enfocarse sobre la base de las convenciones de las partes, o en general sobre la regla de la buena fe, *ex bono et aequo* afirma Justiniano en sus *Institutiones*, o principios adaptados a la relación específica de que se trate, según cuales fueran los deberes de *praestare* que correspondan subsidiariamente al *conductor*, en función del cumplimiento de la obligación principal, variando según el caso concreto, ya que en unos casos responde por incumplir el límite de carga que habían pactado para las mulas, y en otros, no poner la necesaria diligencia, por lo que Cannata concluye: «quelli che noi usiamo chiamare 'criteri di responsabilità', si risolvono in realtà nella individuazione di doveri sussidiari del debitore, la cui violazione non è autónomamente azionabile, ma viene in considerazione nell'azione con la quale il creditore lamenta l'inesecuzione dell'obligazione principale», remitiéndose al fragmento de Ulpiano, contenido en D. 50, 17, 23⁶³.

⁶¹ PUGLIESE, G., op. cit., p. 606.

⁶² CANNATA, M. A., «La responsabilità contrattuale», en *Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1994, pp. 152-154. Estudiando la responsabilidad en los juicios de buena fe, venta y arrendamiento, a través de la casuística, menciona los supuestos del *locator* que ha dado en arrendamiento al *conductor* dos mulas, que utiliza el último para transportes, pero con un límite de posibilidad de carga (*ad certum pondus oneris*), mientras que el arrendatario pasa del límite y las mulas resultan dañadas: Alfeno, D. 19, 2, 30, 2, junto a otros dos que no tienen correspondencia con nuestro conflicto procesal mirobrigense.

⁶³ Añade Cannata, si en la ejecución de la prestación principal debida, el deudor violó alguno de sus deberes de *praestare*, responde no solamente por su propia falta de ejecución, sino también por los daños causados, al actuar mal: dichos daños pueden implicar su incumplimiento de la obligación principal de restituir o consignar la cosa, pero también puede venir de modo autónomo, con el deber subsidiario de la impericia. CANNATA, C. A., op. cit., pp. 158-160.

Serrano Vicente⁶⁴ pone de manifiesto que la jurisprudencia clásica tiende a considerar la responsabilidad jurídica exigible al obligado desde el punto de vista ético, aproximando las diversas figuras de *locatio-conductio*, como se demuestra a través del término culpa, que se encuentra desde época temprana para referirse a la responsabilidad derivada del contrato, a tenor de D. 19, 2, 13, 1. Ulpiano libro 32 ad edictum, donde se contiene el famoso inciso: «*Labeo, si culpa caret, non teneri ait*», sosteniendo que en el resto del fragmento citado, Ulpiano desarrolla la responsabilidad por culpa como violación de las leyes contractuales, imprudencia o impericia.

En D. 19, 2, 31, se aporta una clara definición de la culpa como medida de responsabilidad propia del *conductor* en la *locatio-conductio*, a partir de un *responsum* de Alfeno⁶⁵, de modo que el deber general de abstenerse de culpa es común a todos los *conductores*, cualquiera que sea su obligación principal, tal como verificamos en el siguiente fragmento⁶⁶:

Pomponius libro quadragesimo variarum lectionum scribit: non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio...

Es decir, tanto Marciano como Pomponio asignan la obligación del *conductor rei*, no solo respecto al deber de indemnizar por el impago de la *pensio*, que constituye su obligación principal, de acuerdo con el contrato asumido, sino también por el supuesto de que *deteriorem habitationem fecerit culpa sua*.

Esta misma solución se aplica para los actos que fueron causados por el *conductor rei* y perjudican a la cosa entregada por el *locator*, ya que no se le hace responsable de la pérdida del objeto por hurto, cuando no hay culpa en el *conductor*, tal como expone Ulpiano⁶⁷:

Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res

La evolución de este régimen durante época posclásica, obliga a tomar en consideración un rescripto de Diocleciano, contenido en C. Iust. 4, 65, 28⁶⁸:

In iudicio tam locati quam conducti dolum⁶⁹ et custodiam⁷⁰ non etiam casum cui resisti non potest venire constat.

⁶⁴ SERRANO VICENTE, M., *Custodiam praestare: la prestación de custodia en el Derecho romano*, Madrid, Tébar, 2006, pp. 166-167 y notas.

⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Contribución a una nueva hipótesis interpretativa de D. 9, 2, 31*, en Estudios en homenaje a Juan Iglesias, vol. II, Madrid, Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, 1988, pp. 1055-1063.

⁶⁶ D. 20, 2, 2. Marciano libro singulare ad formulam hypothecariam.

⁶⁷ D. 47, 2, 14, 2. Ulpiano libro 29 ad Sabinum.

⁶⁸ Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Neoni. Año 294.

⁶⁹ Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano. (Una aproximación con perspectiva histórica)*, Santiago de Compostela, Andavira, 2015, pp. 55-58.

⁷⁰ Hubo relaciones contractuales a las que en época clásica se vinculaba la actividad de custodia, si bien en este texto, plenamente en consonancia con otro justiniano, se afirma que en estos juicios de arrendamiento el obligado, *conductor*, responde de dolo y custodia, pero no del accidente «*cui resisti non potest*», o fuerza mayor.

Es evidente que siempre hay responsabilidad por dolo, entendido como intención consciente de producir un daño⁷¹, de manera que implica un fraude, sin que pueda ser objeto de remisión, ni siquiera por acuerdo de la parte contraria⁷². La dificultad se encuentra en el significado que se atribuya al término custodia, ya que no presenta en las fuentes un significado unívoco, porque va desde la actividad con la que se preserva una cosa de daños externos, es decir, guardar, sin connotación alguna a un grado de responsabilidad, hasta el extremo contrario, que implica responsabilidad objetiva, con obligación, para el imputado por la misma, de responder, en caso de incumplimiento, si el mismo se produce por acontecimientos calificados de casos fortuitos, de los que generalmente el deudor quedaría liberado.

En el sentir de los romanistas modernos, es opinión generalizada que en ciertos fragmentos de la jurisprudencia clásica se alude a los casos de hurto y daño, tal como vemos en D. 19, 2, 12⁷³, de Hermogeniano, si este último está producido por el fuego que ha encendido una tercera persona, «*extraneus*». Ulpiano, refiriéndose a la responsabilidad del *conductor* en el arrendamiento de cosa, no duda en sostener: «*Sed esse verius ait, et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam in totum me praestare debere...*», aunque en otro fragmento del mismo jurisconsulto de los Severos, D. 50, 17, 23⁷⁴, cita exclusivamente el dolo y culpa, salvo pacto expreso de las partes, quedando excluidos los supuestos que normalmente implica la responsabilidad por custodia, en sentido técnico estricto:

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum, et culpam. Dolum tantum, depositum et precarium, dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum... sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus. Nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; et ita utimus. Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accident, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

Este criterio de responsabilidad por culpa en la *locatio-conductio*, viene referido por Ulpiano en otros fragmentos, equiparándolo a la *imperitia*, en D. 19, 2, 9, 5⁷⁵, con especial remisión a D. 19, 2, 11pr⁷⁶, al hacer responsable al *conductor* de la culpa que hayan

⁷¹ Vid. LONGO, G., *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova 1937; WACKE, A., «*Sul concetto di dolus nell'actio de dolo*», en *IURA* 28 (1977) 10-39; MAC CORMACK, G., «*Juristic Use of the Term dolus: contract*», en *ZSS* 100 (1983) 520-532; id., «*Sciens dolo malo*», en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, vol. III, Napoli, Jovene, 1984, pp. 1445-1453; id., «*Dolus in Republican Law*», en *BIDR* 88 (1985) 1-38.

⁷² El pacto de no exigir la responsabilidad por dolo es nulo. Lo refiere Ulpiano, con remisión a Celso, en D. 50, 17, 23.

⁷³ Hermogenianus, libro secundo *iuris epitomatorum*: «*Sed et si quilibet extraneus ignem iniecerit, damni locati iudicio habebitur ratio*».

⁷⁴ Vid. TAFARO, S., *Regola e ius antiquum in D. 50, 17, 23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, vol. I, Bari, Cacucci cop., 1984.

⁷⁵ Ulpiano libro XXXII ad Ed. *Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo Digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos, vel ssarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, et quod imperitia peccavit, culpam esse, quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

⁷⁶ Ulpiano libro XXXII ad Ed. *Videamus, an et servorum culpam, et quoscumque induixerit, praestare conductor debeat: et quatenus praestet, utrum ut servos noxae dedat, an vero suo nomine teneatur, et adversus*

tenido sus esclavos o cualquier sujeto bajo sus instrucciones, siguiendo el criterio de Pomponio, si ha existido culpa en su determinación de admitir a los citados, por lo cual el mirobrigense Agustín Rodrigues pone interés en dejar patente, en su contestación a la demanda, que no hubo culpa propia, pero tampoco de su curador, ni de sus empleados, que llevaron el animal alquilado desde su domicilio hasta el establo ajeno.

Ortolán, comentando las *Instituciones* de Justiniano⁷⁷, afirma que en toda especie de arrendamiento, los contratantes son mutuamente responsables, unos a otros, no solo del dolo, sino de cualquier culpa. «Deben aplicar a la ejecución de sus obligaciones, no solo los cuidados que acostumbran tener en sus propios negocios, sino los de un diligente padre de familia», remitiendo al fragmento en el que se afirma: «El locatario debe conformarse en todo a la ley del contrato; y sobre los puntos que en él se omitiesen, se arreglan sus obligaciones por la equidad. El que ha dado o prometido un precio por alquiler... o una bestia de carga, debe aplicar a la custodia de las cosas alquiladas el cuidado que el más diligente padre de familia tiene en sus negocios; si ha puesto este cuidado, y por algún accidente pierde la cosa, no está obligado a su restitución».

Señala Cannata⁷⁸, que el comportamiento culpable consistía en la acción u omisión voluntaria, consciente, que lleva al incumplimiento de la prestación debida, pero sin intención, sin cometer fraude, y vino tomado en cuenta, para su elaboración específica, en el siglo II a. C., como vemos a propósito de la *Lex Aquilia*, entendiendo como tal la negligencia, conforme al pensamiento de Mucio Scévola, en D. 9, 2, 31. Reelaborado su alcance en el siglo I d. C., Nerva afirmaba que *culpa latior* es una conducta más negligente de lo que razonablemente se puede esperar de un hombre cualquiera, por lo cual no es culpa, sino dolo, pasando a una mayor delimitación del concepto con Celso, para quien culpa es también impericia, en D. 16, 3, 32, si la prestación es de tipo técnico.

El romanista italiano concibe la culpa como criterio que consiste en la confrontación de la conducta efectivamente llevada a cabo por el deudor, y la que habría de atribuirse a un modelo, en el cual se refleja lo que el obligado debería *praestare*, conforme a los principios de la buena fe objetiva, de donde dimana que el modelo no puede ser único, sino que se establece por los juristas a partir del método casuístico, de tal manera que en la diligencia exigida para las prestaciones no técnicas era el del hombre medio *frugi et diligens*, como sostiene Alfeno Varo en D. 18, 6, 12, o del *prudens et diligens pater familiias*, al que cita Paulo en una nota a Labeón, en D. 19, 1, 54 pr⁷⁹. Se trataría de un modelo general, sin que sea modelo específico, como parámetro, ya que lo principal vendría de las circunstancias propias de cada supuesto, que habrían de ser valoradas por el

eos, quod induxit, utrum praestabit tantum actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur? Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quod induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos, vel hospites; et ita Pomponius libro sexagésimo tertio ad Edictum probat.

⁷⁷ ORTOLÁN, J. L. E., op. cit., pp. 327-328.

⁷⁸ CANNATA, C. A., op. cit., pp. 161-163. Vid. CANNATA, C. A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel Diritto romano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1966; id., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico*, Milano, La Goliardica, 1969; id., «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al Codice civile italiano dal 1942)», en *Scritti scelti di Diritto romano*, vol. I, a cura di L. Vacca, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 359-374, especialmente para nuestra materia, pp. 368-370.

⁷⁹ RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., op. cit., pp. 58-69.

juez⁸⁰, a tenor del recorrido del viaje, por ejemplo, si este era apropiado, las condiciones climáticas para el mismo, etc., como ocurre en la *locatio* de la mula de Ciudad Rodrigo.

No obstante, cabe la modificación del modelo, o adaptaciones del mismo, a través del acuerdo adoptado por las partes contratantes, con pactos en los que se excluya una responsabilidad por culpa inherente a ese negocio, o se inserte dicha responsabilidad, en el negocio que no lo contempla, pero también si se establecen límites en el ejercicio del disfrute de la cosa, que permita valorar la conducta del deudor, a la hora de la restitución del objeto, como sucede en las mulas a las que no se permite cargar por encima de cierto peso, en el fragmento de Alfeno, referido en D. 19, 2, 30, 2, o incluso si influyen en ese comportamiento algunas circunstancias de hecho que lo implicarían, como la naturaleza de la cosa.

Uno de los criterios que ha servido a la doctrina romanista para establecer principios generales, en una materia tan casuística como la que nos ocupa, fue la del interés contractual⁸¹, afirmando que si la utilidad es recíproca, la responsabilidad llega hasta la culpa, tal como afirma Ulpiano en D. 13, 6, 5, 2⁸². Según Alvaro d'Ors⁸³, la erección de la *utilitas contrahentium* en criterio principal, para fijar la responsabilidad contractual, es posclásico, ya que los juristas clásicos atendieron ante todo al tipo de acción, lo que contradice Juan Miquel⁸⁴, para quien es un criterio conocido y utilizado por los juristas clásicos como medida de responsabilidad, desarrollando unas bases que provienen del período republicano.

No entramos en las discusiones doctrinales de la última centuria, acerca de la subjetivización de la responsabilidad por custodia en derecho posclásico, como una *diligentia in custodiendo*, a través de la figura de la *diligentia diligentissimi patris familias*, como sostiene Arangio Ruiz⁸⁵, porque el criterio, más común, entiende que la responsabilidad

⁸⁰ En las prestaciones técnicas, se acude al *praestare* respecto de la propia pericia profesional, y el modelo sigue siendo un hombre o paterfamilias, pero un *artifex* de la categoría, dotado de la oportuna diligencia profesional, para el cual las circunstancias de *aetas, sexus, valetudo*, no tienen relevancia.

⁸¹ Vid. LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el contrato de arrendamiento. Del Derecho romano al Derecho civil histórico valenciano*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 98-102.

⁸² Ulpiano libro XXVIII ad Ed. *Nunc videndum est, quid veniat... et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito... sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato... et dolus et culpa praestatur.*

⁸³ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1968, p. 428, nota 10. La jurisprudencia clásica adoptó el término culpa para referirse a la falta de diligencia debida o negligencia como contrario, acomodándose a las circunstancias de cada tipo y de cada caso concreto, sin olvidar el convenio celebrado inter partes. El derecho posclásico generaliza el criterio de la culpa, para medir la responsabilidad por incumplimiento y las obligaciones, siendo obra de las escuelas bizantinas y posteriores la elaboración de una teoría sobre los distintos grados de la culpa, llevando a la custodia como culpa levíssima o falta de una exactíssima diligencia, del mismo modo que la consideración de la culpa in eligendo o in vigilando sirve para explicar los casos de responsabilidad objetiva por acto de tercero, concluyendo el citado romanista: «para aplicar estas graduaciones de la culpa, el derecho posclásico, una vez caída la tipicidad de la acción, erige en criterio fundamental el mayor o menor interés que cada parte tiene en el contrato», conforme al enunciado de Collatio 10, 2, 1, atribuido a Modestino. Estarían interpolados, en este sentido, D. 13, 6, 5, 2; 19, 2, 31, etc. Ibid., pp. 428-429 y nota 13.

⁸⁴ MIQUEL, J., «*Periculum locatoris*», en ZSS 81 (1964) 148.

⁸⁵ Cf. ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, 2.ª ed., Napoli, Jovene, 1935, rist. corr. 1958.

por custodia o imputación del incumplimiento, con independencia de un comportamiento subjetivo, que vemos aplicado en época clásica a determinadas y concretas figuras y situaciones, como el comodato, se reemplaza por el de la culpa, como medida de responsabilidad, que exigía, por un lado, un comportamiento reprochable y, por otro, la negligencia, pero ya se utilizó por los juristas republicanos⁸⁶.

Justiniano, en Inst. Iust. 3, 24, 5, respecto de la *locatio conductio rei*, declara el criterio principal de responsabilidad vigente en su tiempo:

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desaderatur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet. Quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

Se exige del arrendatario la custodia que un padre de familia muy diligente pondría para la conservación de su propio bien: si el arrendatario se comporta de este modo, y a pesar de ello la cosa arrendada perece por caso fortuito, no es responsable de la falta de restitución⁸⁷.

Este fragmento resume los criterios de responsabilidad bizantina en la *locatio-conductio rei*, porque en primer lugar exige del conductor el cumplimiento de la *lex contractus*, pero subsidiariamente que se respete, por las partes, lo que dispone la *bona fides*.

Sentado el principio general, pone el debate respecto de si el *conductor rei* responde por custodia en sentido objetivo, matizando que el régimen del arrendamiento es diferente a la compraventa y a la prenda, puesto que en estos últimos se exige la *exacta diligentia custodienda rei*, mientras el *conductor* tiene un criterio más benigno, basado en la *diligentia* que observaría un diligente *paterfamilias* en sus cosas, con cuya expresión no se alude a la *diligentia quam suis* o *culpa in concreto*, puesto que se trata de imponer una *diligentia* que aplicaría un modelo abstracto de conducta, la que se identifica con el *diligentissimus paterfamilias*⁸⁸, y como advierte Santos Justo, «a responsabilidade das partes depende de culpa *levis* ou *in abstracto*», conforme a D. 19, 2, 19, 1 y D. 19, 2, 45, 1, si bien el *periculum* está a cargo del *locator*⁸⁹.

⁸⁶ Cf. CANNATA, C. A., op. cit., pp. 163-165. Sobre la problemática de los diversos grados o criterios de responsabilidad en el arrendamiento, con remisión a la doctrina romanística, vid., ALEMÁN MONTERREAL, A., *El arrendamiento de servicios en Derecho romano*, Almería, Universidad de Almería, 1996, pp. 101-107 y notas.

⁸⁷ Cf. LONGO, G., «Osservazioni critiche sulla disciplina giustinianea della locatio-conductio», en *Studi in onore di Biondo Biondi*, t. II, Milano 1965, pp. 285-302; ROBERTIS, F. M. de, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustinianea*, Bari, Cacucci, 1971; id., *La responsabilità contrattuale nel Diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, Cacucci, 1996, pp. 121-133.

⁸⁸ Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., op. cit., pp. 69-79.

⁸⁹ SANTOS JUSTO, A., *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, Wolters Kluwer, 2010, p. 182. Friz Schulz entiende que los dos contratantes responden de dolo y culpa, aunque la parte que recibe la cosa de la otra respondía por custodia, llegando a afirmar que si la *locatio conductio* fue un concepto unitario, se seguiría que una persona que tomaba en arriendo un animal, *rem utendam conduxit*, era responsable por custodia. Sin embargo, al explicar el concepto de custodia, después de distinguir el dolo y la culpa o negligencia, afirma que custodia o guarda fue antiguamente una responsabilidad por culpa, cuyo contenido fue atribuido por la jurisprudencia de modo casuístico o de modo típico,

Según Serramo Vicente⁹⁰, Justiniano lleva a cabo un agravamiento de las condiciones del *conductor rei utendae*, puesto que el alcance de la culpa viene fijado conforme a un modelo más riguroso, ya que no habla de *diligens paterfamilias*, sino de *diligentissimus paterfamilias*.

Según un sector doctrinal de la romanística moderna, amparado en la crítica de los textos, y búsqueda de interpolaciones, en época clásica encontraríamos numerosos deudores a los que se imponía un deber de responsabilidad conocida con el nombre de custodia, es decir, responsabilidad objetiva, sin culpa⁹¹, y como señala el romanista francés Macqueron, «*si le débiteur doit praestare custodiam, il supporte à peu près tout ce qui peut arriver de fâcheux à la chose due, sauf certains cas de force majeure, comme la foudre et l'incursion de pirates; mais il est responsable notamment si la chose a été enlevée par des voleurs*

Esta teoría se aplicaría a todas las clases de arrendamientos, y algunas huellas de este sistema existirían en los textos justinianos, en los que aparece la palabra custodia, a la que la comisión, nombrada por Justiniano, ha otorgado un nuevo significado: la de obligación de guardar, que el arrendatario debe ejecutar con la mayor vigilancia posible: *diligentia*⁹².

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina romanista interpreta que en el arrendamiento de cosa, el contrato precisa, a menudo, lo que estaba permitido o prohibido al arrendatario: tipo de cultivo, prohibición de encender fuego, etc., siendo responsable en caso de daño al objeto, por no respetar los acuerdos o *lex contractus*. Faltando reglas convencionales particulares, el arrendatario responde de sus actos y abstenciones, tanto voluntarias como reprehensibles, respondiendo de su dolo y de su culpa. El locatario no debería responder de los daños y perjuicios, si la cosa perece por caso fortuito, como sería por ejemplo a resultas de un robo, a menos que se le atribuya haber sido cómplice, conforme a D. 19, 2, 9, 4⁹³.

poniendo como referencia el comodato, e implicaba una responsabilidad por casos fortuitos menores, o lo que es lo mismo, responsabilidad por toda pérdida que no fuese consecuencia de una *vis maior*, de tal manera que este concepto estuvo vigente todavía en Derecho clásico, siendo los justinianos, por medio de interpolaciones, los que suavizaron la responsabilidad clásica de la custodia por una simple responsabilidad por culpa o *diligentia in custodiendo*. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*. Trad. de J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 492-493 y 523.

⁹⁰ SERRANO VICENTE, M., op. cit., p. 170.

⁹¹ Rodríguez Montero enumera los casos típicos siguientes: el comodatario; el depositario que se ofrece a serlo; el conductor rei servandae, o depositario a título oneroso; el horrearius o arrendador de graneros; el fullo y el sarcinator, tintorero o lavadero y sastre o zurcidor; el inspector que recibe la cosa en interés propio; discutido el vendedor de cosa propia, todavía no entregada; el acreedor pignoraticio, y los *nautae, caupones y stabularii*. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., op. cit., pp. 75-77.

⁹² En la perspectiva de este sector doctrinal, los textos que hacen descansar la responsabilidad del arrendatario sobre la culpa estarían interpolados, porque la aplicación de la custodia objetiva al arrendamiento de obra está testimoniado por Gayo III, 205-206, que lo afirma para el tintorero y el sastre, responsables si el objeto ha sido robado por un tercero. Aunque esta doctrina tiene todavía partidarios, está actualmente muy desacreditada y prácticamente abandonada. METRO, A., op. cit., pp. 166-178. En la *locatio operarum*, el sistema de la custodia, interpretado de modo objetivo, haría recaer sobre el empleador automáticamente responsable de todos los accidentes de trabajo que sufriera el obrero, pero no hay ningún texto que lo avale.

⁹³ Ello no es óbice para que excepcionalmente se pueda exigir, a veces, una responsabilidad contractual a cargo del *locator*, cuando la cosa causa un perjuicio al conductor, como sería si arriendo unos toneles, para guardar mi vino, y dichos toneles se abren, echando fuera el vino. Si el *locator* sabía

4. EN EL IUS COMMUNE

Accursio, comentando el *Digestum Vetus*⁹⁴, deja sentada la opinión de la responsabilidad del *conductor* por dolo y culpa, conforme reiteran las *Instituciones* de Justiniano. No responde del caso fortuito, salvo que exista un pacto expreso entre los contratantes, en virtud del cual el arrendatario también lo asumiría, discrepando la doctrina respecto del contratante que debe probarlo. Con ocasión del negocio relativo al traslado de la columna marmórea, en cuyo fragmento clásico, interpolado, se utiliza el término «*diligentissimus*», no duda en sostener: «*ponatur superlativum pro positivo, ut econtra saepe contingit. Nec enim dubium est locatorem non teneri de levissima culpa*», aunque algunos objetos requieren especial cuidado para que no se rompan, y entonces se exige *exactissima diligentia*, excusándose el obligado que puso toda la diligencia que es capaz de realizar⁹⁵.

Azón, comentando el Código⁹⁶, después de enunciar que *conductor* es «*qui eo quod alienum est utitur pacta mercede*», al comentar la norma de C. Iust. 4, 65, 28, se remite al grado de responsabilidad por culpa vigente en estos contratos, que enuncian las *Instituciones* de Justiniano, pero matizando que el inciso «*cui resisti non potest*», implica *a sensu contrario*, «*secus si conductor potuit resistere, et non resistit*», porque entonces responderá ante el *locator* del resultado producido.

Atendiendo a la terminología, Alberico de Rosate⁹⁷ recuerda que «*levis culpa est, quod quis sit negligens*», sin definir otros grados de culpa y remitirse al dolo, en cuyo lugar afirma taxativamente: «*dolus, fraus et culpa differunt: in dolo tamen inest culpa, sed non econtra*».

Baldo degli Ubaldi, en uno de sus *Consilia*⁹⁸, deja patente que, conforme a la naturaleza del contrato de *locatio-conductio*, el arrendatario no es responsable más que hasta la culpa leve, pero no la de la levisima, liberándose el *conductor* en el supuesto de caso fortuito, además de corresponder al *locator* la prueba de la culpa del arrendatario, de tal forma que si no se acredita dicho grado de responsabilidad no se le puede imputar el hecho que determina el incumplimiento: «*si non constat per cuius culpam, unde non tenetur conductor... cum locator habeat probare culpam, succumbit, si non probat. Nam probatio debet concludere de necessitate, vel quasi: nam in alterutram partem contingentibus favemus reo... custodiam adhibuit, quem diligens ipse idem in suis... nisi in contractu esset appositum aliud pactum*

que dichos toneles estaban en mal estado, ha cometido dolo en el arrendamiento y la buena fe del contrato permite reclamarle la reparación del perjuicio causado por su dolo. Algunos juristas van más lejos: si el arrendador lo sabía o no lo sabía, es siempre responsable, porque su ignorancia no le excusa, a tenor de D. 19, 1, 6, 4 y 19, 2, 19, 1.

⁹⁴ ACCURSII, *Glossa in Digestum Vetus*, Augustae Taurinorum, ex of. Erasmiana, 1969, ed. facs., en el *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, VII, fols. 286r-293r = pp. 569-583.

⁹⁵ En su comentario al C. Iust. 4, 65, 28, reitera la responsabilidad por dolo, pero al referirse a la custodia, señala: «*potest contingere in conductore culpa circa custodiam... quia rem alienam locavit*», y añade: «*secundum legem ex natura contractus veniat custodia non tamen levissima culpa venit... si tamen specialiter promittatur custodia etiam levissima culpa venit*». ACCURSII, *Glossa in Codicem*, Venecia 1488, Augustae Taurinorum, ex of. Erasmiana, 1968, en *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, X, fol. 127r = p. 251.

⁹⁶ AZONIS, *Lectura super Codicem*. Hugonis, *Apparatus in tres libros*, Augustae Taurinorum, ex of. Erasmiana, 1966, en *Corpus Glossatorum Juris Civilis*. III, p. 365.

⁹⁷ ROSATE, A. da, *Dictionarium Iuris tam Civilis, quam Canonici, Venetiis, apud Guerreos fratres*, 1573, pp. 196-197 y 421.

⁹⁸ BALDI UBALDI, Perusini iurisconsulti, *Consiliorum, sive responsorum*, vol. I, nov. edit., Venetiis 1575, reimpr. fasc., Torino, Bottega d'Erasmo, 1970, fol. 141v = p. 282.

5. DOCTRINA TEOLÓGICO-JURÍDICA SOBRE LA MATERIA EN LOS SIGLOS XVI Y XVII

Dentro de la reflexión científica posterior, sobre la responsabilidad del *conductor* en la *locatio rei*, nos referimos en estas páginas a tres teólogos-juristas, con perspectivas bastante diferentes, dos del siglo XVI y el tercero de la primera mitad del siglo XVII⁹⁹.

En primer lugar, el teólogo magistral de la catedral Civitatemense, de origen granadino, Miguel de Palacio Salazar¹⁰⁰, al comentar los contratos en su doble aspecto teológico-moral y jurídico, quien no duda en dedicar parte de su atención, el año 1585¹⁰¹, al contrato de arrendamiento.

Después de exponer el concepto o definición, diferenciándolo del comodato, del mutuo y del precario, citando el grado de responsabilidad de los obligados en estas figuras contractuales, señala uno de los aspectos que afecta al caso mirobrigense de 1553, cuando el arrendatario, Agustín Rodríguez, remite la mula por uno de sus colaboradores, desde su domicilio hasta el estable¹⁰²:

Si locatori per nuncium diligentem et idoneum, a conductore, remissa est res locata, ut equus, vel vestis etc, et in itinere res perit casu, non negligentia nuncij, quod huiusmodi res perit domino locanti. Quia non perit culpa conductoris, qui diligentiam adhibuit, ut res per nuncium idoneum deportaretur ad dominum suum...

Frente a la responsabilidad del comodatario, dado que el negocio se hace en interés exclusivo suyo, defiende paladinamente¹⁰³: «*quando contractus fit in gratiam utriusque,*

⁹⁹ Sobre esta corriente intelectual, que elaboró los tratados sobre cuya doctrina se fundamentó el Derecho posterior, vid., FOLGADO, A., *Tratados de Legibus y de Iustitia et Iure en los autores españoles del siglo XVI y primera mitad del XVII*, Real Monasterio del Escorial, Universidad María Cristina, 1959.

¹⁰⁰ Nace en Granada, hacia 1515, donde llegó a graduarse como Maestro en Artes. Se traslada a Salamanca donde concluye la Teología, como discípulo del dominico Francisco de Vitoria. Obtiene la cátedra cuatrienal de Teología Nominal, pero deja la Universidad y se traslada, durante el curso 1555-1556, a la catedral de León como canónigo magistral, de donde pasó en 1557 a lectoral del cabildo Civitatemense, y posteriormente magistral, hasta su óbito en Miróbriga, el 6 de julio de 1593. Vid. DURÁN, L., *Miguel de Palacios: un gran teólogo desconocido*, Madrid 1988; ALONSO RODRÍGUEZ, B., «Monografías de moralistas españoles sobre temas económicos (siglo XVI)», en *Repertorio de Historia de las Ciencias Eclesiásticas de España*, vol. 2, Salamanca 1971, p. 174; GARCÍA SÁNCHEZ, J., «Aproximación a la biografía académica de Miguel de Palacio Salazar, catedrático de Teología nominal en Salamanca (1550-1555) y canónigo Civitatemense (1557-1593)», en AA. VV., *Estudios históricos salmantinos. Homenaje al P. Benigno Hernández*, Salamanca, Diputación Provincial, 1999, pp. 413-441; id., «Miguel de Palacio Salazar, fundador en 1585 del colegio de San Miguel de los PP. Agustinos de Ciudad Rodrigo», en *Archivo Agustiniano* 82 (1998) 3-106 y 83 (1999) 203-301; BARRIENTOS GARCÍA, J., *Repertorio de Moral económica (1536-1570). La Escuela de Salamanca y su proyección*, Pamplona, EUNSA, 2011, pp. 261-268.

¹⁰¹ PALACIO, M. de, *Praxis theologica de contractibus et restitutionibus*, Salmanticae, exc. Io. Ferdinandus, 1585, pp. 380-411.

¹⁰² PALACIO, M. de, op. cit., p. 382.

¹⁰³ PALACIO, M., op. cit., p. 406. El magistral Civitatemense dedica el capítulo segundo de este contrato al examen de los grados de responsabilidad: dolo, lata, leve y levísima culpa, pero fundamentando sus asertos en los criterios expuestos previamente por los jurisconsultos, de donde dimana posteriormente su enfoque moral: «*in dolo est iniuria; in lata culpa negligentia máxima; in levi culpa diligentia, sed non exacta; in levissima diligentia sed non exactissima*». Ibid., pp. 409-410.

ut fit in locatione, conductor si defecerit a lege contractus tenetur de lata, et levi culpa... et est vulgatum doctoribus et glossae», afirmando el antiguo profesor de Salamanca:

Conductor non tenetur de levissima culpa, sit generaliter verum, in omni genere locationis.

No obstante, este granadino recuerda que a veces el arrendamiento se lleva a cabo con «*aestimatio*» de la cosa arrendada, de tal manera que «*locat equum suum expensa prius aestimatione equi, aut mulae, etc.*», mientras «*alia locatio celebratur sine aestimatione rei locandae, sed absolute sub certo pretio locatur*», como es nuestro supuesto. En el primer supuesto entiende: «*teneri de culpa etiam levissima*», apoyándose en Acursio, Bártolo de Saxoferato y el Hostiense, entre otros¹⁰⁴. Sin embargo, el canonista Juan Andrés sostiene lo contrario, y es la opinión del prebendado mirobrigense:

Quod huiusmodi aestimatio, non magis obligat conductorem quam si non esset adiecta, nam aestimatio rei locandae, non variat naturam locationis. At eo adjicitur, quando adjicitur, ut si forte pereat res locata, dolo, vel lata, vel levi culpa, conductori constet, quantum sit restituendum locatori et nulla sit lis, de valore rei perditae. Et huic placito, acquiescendum videtur. Neque est probabile, quod sola aestimatio adiecta, obliget conductorem, ad casum fortuitum, siquidem casus fortuitus nunquam est damnosus conductori, nisi exprimatur in pacto¹⁰⁵.

También es una doctrina, bien conocida, que el caso fortuito «*qui ex causa humana, ut ex bello, vel admoto igne, vel ex latronum invasione vel alias, aut ex causa divina accidit, ut ex igne de caelo descendenti, aut ex inundatione fluminis vel ex fulmine etc. haec non ei qui se*

¹⁰⁴ Porque si el contrato se celebra con la valoración de la cosa, «*si culpa adfuerit vel levissima, quod teneatur de damno, conductor qui suscepit rem locatam sibi sub certi pretii aestimatione: dicunt, quod huiusmodi aestimatio adjicit gradum quandam obligationis in recipiente, itaque si tenebatur, sine aestimatione ad culpam latam, adveniente aestimatione tenebitur amplius, ad levem, et si ad levem ad levissimam, et si ad levissimam tenebitur demum propter adiectam aestimationem ad casum fortuitum, seu insolitum*».

¹⁰⁵ El teólogo-jurista diferencia el doble plano teológico y el jurídico, también en este supuesto, porque «*si conductor promisit se praestaturum aestimationem, non tum tenebitur etiam de levissima culpa? Aut si alternative promisit, se redditurum vel aestimationem rei. Respondeo: quod in huiusmodi casibus quidquid in foro contentioso sit censendum, quod illis relinquitur, qui iuri civili operam navarunt, in foro conscientiae, etiam si profiteatur se soluturum aestimationem si res pereat vel alternative, vel utcunque, solum spectandus erit animus conductoris... quod si per illa verba noluit se amplius obligare, quam esset natura contractus, quem iniebat, videlicet quod si sua culpa, lata vel levi perijset res locata quod ipse citra litem exhibitus esset aestimationem, non amplius patet eius obligatio, quam eius animus patabat: secus si intendebat obligationi suaee novum obligationis gradum adjicere*». En el arrendamiento de servicios, Miguel de Palacio Salazar realiza un análisis bastante significativo, respecto del riesgo y del daño que sufra el objeto, o el trabajador durante la realización de las obras que se le han encomendado, ya que no duda en sostener, por analogía, que si se arrienda una cosa y ésta perece, el riesgo es para el arrendador, por lo que el *conductor* no responde del incumplimiento a la hora de restituir, y si es una persona la que «*se locat*», en terminología de las fuentes y del teólogo-jurista, «*tunc locator sui, vel alterius sustinebit (periculum et damnum) et non conductor*». Por este principio, el arrendamiento de servicios significa que el arrendador está obligado frente al arrendatario «*de damno et periculo accidenti rei, ex culpa ipsius, qui se locavit, aut ex dolo eius*». No obstante, en algunas ocasiones este arrendador de servicios responde también de culpa levísima, como en caso de transportar vasijas de vidrio o columnas de mármol u otros objetos semejantes, porque esas conductas exigen máxima diligencia, «*quam si non praestiterit tenetur, etiam de levissima culpa*», que no existe, «*si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset, igitur tunc aderit, quando non ea praestantur, quae diligentissimus quisque praestaret*».

locavit, sed conductori imputabitur (locatio conductio operis), vel locatori, si de rebus agatur», citando el caso frecuente del arrendamiento de un animal, mula o caballo, en las ciudades y villas castellanas, para utilizarlo en los encierros y capeas propias de la tauromaquia popular, cuya respuesta es contraria a dicho principio¹⁰⁶:

Si quispiam locavit equum suum alteri, ut agitaret in publico spectaculo tauros, et interim accidit, ut taurus agitatus, irruat in equum, et cornu infixo, equum interficit conductor non tenebitur de damno ut vunere contingenti ex infixo cornu taurii, vel non tenebitur restituere equum, vel aestimationem eius si interierit: si quidem is qui locavit semper praesumitur scire, quod omnes sciunt, et ipse tenebatur idem scire, quippe qui locabat equum agitandis tauris, et ut plurimum accidit, in huiusmodi agitatione, equos à cornupetis tauris, interfici, ideoque si locat: ipse totum damnum et periculum sustinebit, non conductor. Neque potest culpa regeri in conductorem, quod equus fuerit imperfectus, siquidem etsi non ad hoc locabatur, ut interficeret, est tamen ut plurimum consequens ad agitationem taurorum huiusmodi equorum imperfectio. Et conductor quandoquidem sua vita agitur, utique nollet, quod agitatio eo proficeret, ut equus interficiat, nam sessori tunc vitae etiam periculum imminet: ideo neque dolus, neque lata aut levius culpa praesumitur contra ipsum. Quod si forte conductor, quia non erat admodum industrius in agendo equo, ideo equus impetratur a tauru perit, istud sibi succenseat locator qui homini non industrio, equum suum locavit, pro agitandis tauris¹⁰⁷.

En criterio del canónigo no solo se «altera» la naturaleza del contrato a través de pactos, sino por otros motivos, y cita el supuesto que podría haberse dado en el caso judicial que examinamos¹⁰⁸:

Si locavi tibi equum, ad certum solum usum, ut puta, ut te conferres Hispalim, tu tamen te contulisti Romam, et in itinere, furto, vel rapina, a grassatoribus, vel alias sublatu est, teneris restituere equum aut eius aestimationem. Quia excessisti locationis contractum distrahens eum ad alium usum distinctum a contractu: item si per mensem duntaxat celebrata est locatio, et tu

¹⁰⁶ PALACIO, M. de, op. cit., p. 385. El teólogo añade que no es contrato impuro de arrendamiento si se insertan algunos pactos, que no alteran la sustancia, sino solamente su naturaleza, y pone dos ejemplos: «si locaveris equum sub ea conditione, quod cuiuslibet casus etiam fortuitum sustineat conductor periculum, et conductor hanc conditionem non horrens, sub eadem conduixerit», denominando una locatio impura porque «locationis haec est natura, ut locator suae rei periculum sustineat, sive animalia locet, sive fundos etc. siquidem dominus cum sit rei, quam locat, res locata suo domino, aut stat, aut cadit», y más adelante insiste: «Ex pacto adveniente, natura contractus perverti potest, ut si quispiam se locaverit ad iter faciendum in Hispalim, eo pacto, quod si quid determinati forte passus fuerit, tantisperdum iter fecerit, quod illud reparare, conductori incumbat. Rursus, ex natura locationis non est, quod conductor subeat casuum fortuitorum accidentia». Ibid., p. 386.

¹⁰⁷ Este maestro en Artes y catedrático de Teología Nominal, insiste en el principio según el cual el arrendamiento «ex natura sua», no implica que el conductor deba asumir el caso fortuito, «*etsi ad naturam eius spectat, quod conductor sustineat damna provenientia rei conductae ex culpa sua lata, vel levi, vel ex dolo*», si bien admite que el arrendatario puede ceder de su derecho, y pactar que corran de su cargo los supuestos de caso fortuito, diferenciando los que «*aliquando solent accidere, raro tamen*», y «*sunt, qui rarissime accidunt*», como sería el mulo o caballo capturado en el camino por unos ladrones, o el animal «*ictu fulminis intereat*», que es un supuesto rarísimo, quedando incluidos dentro del pacto solamente los más ordinarios.

¹⁰⁸ PALACIO, M. de, op. cit., p. 387.

detinens diutius, equum iacturam passus est, teneris de iactura etiamsi probes, non tuo dolo, vel lata, seu levi culpa, accidisse, quia tunc teneberis etiam de levissima culpa, imo etiam de casu fortuito. Non sane ex natura contractus, sed ex abusu contractus... ad ea quae non spectabat contractus. Et recte sane, siquidem conductor utens re locata, vel pro eo tempore quo locans, non contraxit, vel ad alium usum, quam fuerit contractum, utique utitur re aliena, et committit fursum, quia invito domino utitur ea... et rursus si mora praecessit casum.

Luis de Molina¹⁰⁹, jesuita hispano que había sido catedrático de prima de Teología en Évora (Portugal), al formular sus reflexiones sobre la Justicia y el Derecho, dedica una especial atención a los contratos¹¹⁰, entre cuya materia analiza lo relativo a la responsabilidad del obligado respecto del incumplimiento de la prestación.

Muy pronto sienta el principio o criterio general de responsabilidad, al afirmar: «*Conductor, qui ad usum, aut etiam ad fructus rem aliquam locatam accepit, tenetur locatori de dolo, lata culpa ac levi, non vero de levissima aut casu fortuito*», y a continuación añade: «*Conductor tenetur locatori non solum de culpa propria, sed etiam de culpa suorum at etiam externorum*». Un supuesto especial es el acuerdo específico sobre esta materia, por lo cual matiza:

*Quamvis pactum non esset inter locatorem et conductorum, ut alter eorum de casu fortuito teneretur, si tamen, qui custodire tenebar rem, aliquod aliud pactum erit transgressus, ut res casu fortuito periret, tunc de tali fortuito casu tenetur, secus autem si id occasio non fuit, ut res eo casu fortuito periret*¹¹¹, y concluye, en vía de principios: «*Qui rem custodiendam acceperat, non satis*

¹⁰⁹ Nace en Cuenca, en 1535. Estudia en su ciudad natal la Gramática, y en 1551 se traslada a Salamanca donde cursa Leyes, si bien al año siguiente se matricula en Alcalá de Henares, donde cursó Artes durante seis meses. Ingresa en la Compañía de Jesús y estudia en Coimbra, comenzando por Artes, durante cuatro años, a los que siguieron otros tres de Teología, parte en Coimbra y parte en Évora, retornando a Coimbra, para asumir la docencia de Teología durante cuatro años, de 1563 a 1567. Vuelve a Évora para asumir la cátedra de Vísperas de Teología, que desempeña hasta 1583, accediendo al grado de Maestro, e iniciando el comentario a la *Suma Teológica* de Santo Tomás, aprovechando las explicaciones de cátedra relativas a la Secunda Secundae. Debió abandonar la tarea docente por cuestiones de salud en 1583, y se le trasladó a Lisboa en 1586, si bien en 1591 volvió a su ciudad natal, donde preparó el tratado que nos ocupa, *De iustitia et iure*, a partir de sus explicaciones en Évora, en la que se practicaba el dictado del profesor, falleciendo en Cuenca, el 12 de octubre de 1600. Vid. ANDRADE, A. de, S. I., *Varones ilustres en santidad, letras y zelo de las almas de la Compañía de Jesús*, vol. 5, Madrid, J. Fernández de Buendía, 1666, pp. 784-810; ASTRAIN, A. de, S. I., *Historia de la Compañía de Jesús en la Asistencia de España*, vol. 4, Madrid, Razón y Fe, 1913, pp. 65-67 y 115-383; DÍEZ ALEGRIÁ, J. M., S. I., *El desarrollo de la doctrina de la ley natural en Luis de Molina y en los maestros de la Universidad de Évora de 1565 a 1591*, Barcelona, Instituto Luis Vives, 1951; id., «El problema del fundamento ontológico de la obligación en la obra *De iustitia* de Luis de Molina», en *Pensamiento* 7 (1951) 203-222; GÓMEZ CAMACHO, F., «Valoración moral de los ‘negocios’ según Luis de Molina», en *Revista Española de Teología* 37 (1977) 431-445; MARTÍNEZ ESCALERA, J., S. I., *Diccionario histórico de la Compañía de Jesús. Biográfico-temático*, dir. por Ch. O’Neil y J. M. Domínguez, vol. 3, Roma, Institutum Historicum-Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2002, pp. 2716-2717, s. v. Luis de Molina; SOMMERVOGEL, C., S. I., *Bibliothèque de la Compagnie de Jesus*, vol. 5, París, Schepens-Picard, 1932, pp. 1167-1189, s. v. Luis de Molina; ZALBA, M. O. F. M., «El precio y sus condiciones a través de Luis de Molina», en *Estudios de Historia Social de España* 1 (1944) 609-654.

¹¹⁰ MOLINA, L., S. I., *De Iustitia et Iure tomus secundus. De contractibus*, Moguntiae, exc. B. Lippius, 1614, cols. 1088-1094, *disputatio* 494.

¹¹¹ «5. *Is, qui vasa vitiosa locavit ad vinum vel oleum asservandum, tenetur ad interesse conductori, ignorantis vitium illorum, etiamsi locator vitium ignoravit.* 6. *Quando aliquis pro custodia rei alicuius mercedem accipit, tenetur ad interesse de levi culpa.*

est si dicat periisse, aut deteriorem fuisse redditam absque sua culpa, sed utrumque probare debet, nempe perisse aut deteriorem illam ostendere, idque absque culpa evenisse.

Con el primer punto refiere lo más fundamental en la materia, que es la relativa al grado de culpa asumido por el arrendatario, y por la cual es posible al arrendador exigir en caso de incumplimiento, y siendo obligación recíproca, a la inversa¹¹². Su respuesta tiene un doble fundamento: la responsabilidad por culpa nace del beneficio que otorga el contrato a ambas partes contratantes, y de la ausencia de un compromiso mayor o menor entre las partes, salvo pacto expreso:

Conductor, qui ad usum, aut etiam ad fructus, rem aliquam accepit, tenetur locatori de dolo, lata culpa, ac levi, non vero de levissima, aut casu fortuito. Ratio autem est, quoniam hic contractus est in utriusque partis commodum: quando autem talis est contractus, neque aliud invenitur expressum, contrahentes solum tenentur de dolo, lata culpa, et levi: non vero de levissima, aut casu fortuito. Simili modo quando aliquis locat operas suas circa aliquid alienum... si tamen deductum esset in pactum, ut ejusmodi conductores, aut locatores, tenerentur de minori culpa, aut etiam de casu forruito, vel etiam ut non tenerentur de tanta culpa, standum esset contractui: modo inde non oriretur aliqua inaequalitas, attento periculo, cui se exponunt, et attenta mercede, quam recipiunt, et modo non deduceretur in pactum, ut non tenerentur de dolo: quoniam id esset contra bonos mores, invalidaque proinde esset talis pactus. In his omnibus conveniunt Doctores communiter, et constant de diversos textos jurisprudenciales ya expuestos, «Et ex lege 6 et aliis usque ad 16 titulo 8 Partita 5», sin olvidar que «Habetur conductorem teneri locatori, non solum de culpa sua propria, sed etiam de culpa suorum atque etiam externorum¹¹³, quos induxit in domum, aut in simile praedium locatum», a lo que se refiere nuestro arrendatario mirobrigense, al afirmar que no hubo ni culpa propia de sus colaboradores, en el traslado de la mula desde el domicilio del conductor al estable del locator¹¹⁴.

La mayor diligencia exigida a ciertos arrendatarios, por el tipo de objeto sobre el cual recae el contrato, permite a Molina un *excursus*, para incidir en un dato sustancial: *diligentissimus* es *diligens*, y por lo mismo, no implica caso fortuito, sino solamente culpa, aunque sea levisima, conforme al Derecho romano y a la ley de Partidas¹¹⁵.

¹¹² MOLINA, L., S. I., op. cit., cols. 1088-1089: *Disputatio 494*: «Ex qua culpa conductor locatori, et locator conductori, teneatur».

¹¹³ *Plerumque culpa evenit, tametsi non domini habitantis domum, sed domini, vel domesticorum.*

¹¹⁴ A continuación aborda el caso del arrendatario que debe observar mayor cuidado en su actividad, por el traslado de la columna o del vaso de vidrio: «3. Item lege si merces & qui columnam ff. locati habetur, si quis conducatur ad columnam asportandam, aut ad transportanda vasa vini, aut olei, aut res alias similes, quales essent vasa vitri, teneri eum ad diligentiam, ne periclitentur ac frangantur, qualem diligentissimus adhiberet: atque, tum ex his verbis, tum etiam ex antecedentibus, et sequentibus, solum videtur textus ille excludere casum fortuitum, atque adeo comprehendere culpam, etiam levissimam».

¹¹⁵ «Et hoc ipsum statuere videtur aperte l. 8 tit. 8 Part. 5, glossa tamen Accursii & illo citado exponit, diligentissimus, id est, diligens, ita ut solum comprehendatur culpa levis, iuxta regulam traditam, multisque iuribus comprobata. At sane haec expositio et opinio mihi probatur, quae intelligenda est, modo diligentia apponatur, qualem diligens apponeret, prout postulat res, quae asportatur: maiorem quippe curam exigit columna marmorea elaborata in asportante, ne frangatur, quam res aliae communiter, et similiter maiorem curam ac diligentiam postulant vasa vitres, aut dolium vino, vel oleo, plenum, quam res aliae communiter. Ducor ad hanc expositionem, atque opinionem amplectendam, non solum ob Accursii autoritatem, et quia, ut idem

Por último, el jesuita examina el caso fortuito, que puede insertarse en un pacto, en virtud del cual el arrendatario responde, al igual que si incurriese en mora, o no respetase la *lex contractus*, generando la causa del daño en el objeto arrendado, aplicando una máxima jurisprudencial romana, según la cual, son las circunstancias concretas del supuesto controvertido las que permitirán al juez, que examina la disputa jurídica, determinar la posible responsabilidad o no del arrendatario:

4. Quamvis pactum non esset inter locatorem et conductorem, ut alter eorum de casu forruito teneretur, si tamen, qui custodire rem tenebatur, aliquod aliud pactum est transgressus, idque occasio fuit, ut res casu fortuito periret, tunc de tali casu fortuito tenetur: secus autem, si id occasio sublata, res erat peritura. Exempla sunt: lege videamus & si hoc et &ultimo ff. locati. Ut habetur in lege 8 Castellae citata. Hinc intelliges, quid dicendum sit in sequenti eventu. Conduxit quis equum ad iter, ea lege, ut solum septem leucas quotidie in eo conficeret, confecit vero octo, et mortuus est. Quaeritur, num teneatur restituere pretium illius locatori. Dicendum est, teneri quidem si id causa, aut occasio fuit, quod moreretur, secus autem, si neque causa, neque occasio fuit, quod moreretur, quia eodem modo erat moriturus, ut regulariter eveniet, si morbo interiit, neque enim conficere unam leucam ultra septem, sufficiens causa esse solet, ut moriatur, quando aliquin non esset similiter moriturus. Illud insuper est observandum, num, quando pactum intervenit, ut aliquis de casu fortuito teneatur, id intelligatur de omni, an de aliquo, aut de aliquibus. Ex circumstantiis enim concurrentibus est iudicandum, ad quos casus fortuitos se intenderit quis obligare vi contractus, quando id sufficienter non exprimitur: neque ad plures iudicandus est se intendisse obligare, quam circumstantiae concurrentes persuadeant...¹¹⁶.

Otros aspectos de su discurso guardan relación directa con el juicio instado en Ciudad Rodrigo, el año 1553. El primero se refiere al deber que tienen ambas partes contratantes, aunque una es la que llevó el objeto y debe restituirlo al término del contrato, no solamente de constatar el resultado, sino de demostrar que ese se produjo por culpa del arrendatario, en opinión del *locator*, o sin su culpa, por parte del *conductor*, tal como

Accursius ibidem recte ait, in iure, diligentia, quae culpae levi opponitur, saepe exprimitur illis verbis: sed etiam quoniam Instituta de locat. &penult. Cum sermo sit de vestimento, argento, et iumento, conducto, simili modo exprimitur diligentia, ad quam conductor tenetur, simili modo Accursius illam ibidem exponit: nemo autem dixerit, conductorem iumenti de culpa levissima in illo curando ac custodiendo, nisi apertis aliis iuribus velit repugnare, irrationali more exceptionem in iumento, aut vestimento, vel argento, efficeret a regula generali huius contractus».

¹¹⁶ Un aspecto que estudia es la posible responsabilidad del locator frente al conductor por los vicios del objeto arrendado: «5. Lege Sed addes &1 ff. locat. et l. 14 tit. 8 Partida 5 habetur. Eum, qui vasa vitiosa locavit ad vinum, oleum, vel aliud simile, in eis asservandum teneri ad interesse conductori ignorantis vitium illorum, etiamsi locator vitium ignoraverit. Et idem de vendente ad id similia vasa vitiosa habetur... Quod vero attinet ad vasa locata, aut vendita, quando locator, aut venditor, ignorabat vitium, idcirco est id sancitum, quoniam attendere debebat, qualia vasa tradebat, lexque illa praesumit ignorantiam illam esse culpabilem in eo, qui vasa vitiosa ad id vendidit, aut locavit... quia lex in praesumptione fundatur, utique in foro conscientiae vim non habet, quando, arbitrio prudentis, nulla adfuit culpa ex parte ea vasa locantis: sed neque in foro exteriori vim habebit, si de contrario praesumptionis in eo constet. Ita Navarrus in Manuali cap. 17 num. 196 et Sylvester verbo locatio q. 18. Quando tamen quis locaret eiusmodi vasa pro non vitiosis, ita quod se ita illa locare exprimeret, tunc utique, esto ipse vitium invincibiliter ignoraret, teneretur conductori, ad interesse, damnaque subsequita, ut expresse habetur l. tenetur &sed si vas ff. de act. Empti et affirmant doctores citadi: quoniam eo ipso in se censetur suspicere, si quae damna inde fuerint sequuta... ». MOLINA, L., S. I., op. cit., cols. 1090-1091.

disponía la normativa aplicable y la interpretación doctrinal más autorizada: «*qui rem custodiendam acceperat, non satis est, si dicat, periisse, aut deteriorem fuisse redditam, absque sua culpa, sed utrumque probare debet, nempe periisse, aut deteriorem illam ostendere, et id absque culpa ipsius evenisse, ut cum quibusdam glossis ait Gregorius Lopez lege 15, tit. 8 Part. 5 citata, habeturque lege ipsa 15*», lo que no es óbice para recordar que si el jumento dado en alquiler muere, esto sucede normalmente por causa natural, por lo cual si el *locator* no prueba la culpa del *conductor*, bastará el juramento de este último, de que ha perecido sin su culpa, dada la presunción dimanante del presupuesto señalado, al que se refiere Antonio Gómez, catedrático de Vísperas salmantino, en el momento de producirse el incidente entre los vecinos de Ciudad Rodrigo¹¹⁷.

Mors iumenti conducti, si eveniat, regulariter evenire solet ex cursu naturali ac morbo sine culpa conductoris, quando a conductore mortuum probatur, neque locator probat culparum intervenisse conductoris, stabitur iuramento conductoris, quod absque ipsius culpa perierit: eo quod praesumptio pro eo sit, quod naturali cursu ex morbo obierit. Atque iuxta hoc accipienda sunt quae Antonius Gomez I tomo Variarum resolutionum cap. 3 num. ultimo docet, in quibus in doctrina a nobis hoc & tradita consentire¹¹⁸.

¹¹⁷ MOLINA, L., S. I., op. cit., col. 1094.

¹¹⁸ Si tomamos como referencia la noción de culpa teológica y culpa jurídica, según el punto de vista de Miguel de Palacio, vemos que el planteamiento doctrinal de Molina es muy diferente, aunque al igual que el anterior dedica un apartado exclusivamente a los diferentes grados de responsabilidad: dolo, culpa jurídica y caso fortuito. MOLINA, L., S. I., op. cit., cols. 187-192: «*Disputatio 293: Dolus, culpa iuridica et casus fortuitus, quid. Quotuplex item sit iuridica culpa. Culpa autem longe aliter sumitur a Theologis, atque Iurisperitis. Apud Theologos namque est deviatio voluntatis a recta ratione et lege Dei. Quocirca semper est Dei offensa poena digna. Dividitur vero in lethalem et veniale. Apud Iurisperitos autem duobus modis sumitur. Uno late, ut suo ambitu comprehendit dolum malum, tam verum quam praesumptum, atque alias iuridicae culpae species. Altero vero presse, ut reliquias culpae species praeter dolum, comprehendit. Dolus malus late sumptus est, exequutio solertiae, seu astutiae, dicendo, faciendo, aut omittendo aliquid, quo recte, aut non recte, aliis decipiatur in aliquo; idque in damnum id sit illius, según Labeón y Ulpiano. Glossa calliditatis nomine intelligit, quando quis mente circumvenit, omittendo exterius, quod facere, aut detegere tenebatur: nomine fallacie intelligit quando verbis decipit. Machinatio autem videtur esse verbis aut factis, attentare, decipere, aut circumvenire aliquem, ut machinatio fallaciam et fraudem sub se comprehendat. Dolus malus brevius definire possumus in hunc modum: est perversa exequutio solertiae, dicendo, faciendo aut omittendo aliquod quo aliis decipiatur. Dolus namque vera culpa iuridica est. Hinc Bartolus, l. quod Nerva ff. depositi ait, qui recipienti aliquem in famulum promisit, se illum servaturum indemnem, si famuli culpa damnum aliquod ei adveniret, tunc illi tenetur si dolo famuli damnum ei adveniat, ut si famulus quippiam furto ab eo auferat: eo quod dolus vere sit culpa. Iuridicam culpat late sumptam, definit Bartolus l. quod Nerva citat n. 7: esse deviationem ab eo, quod bonum est, quodque per hominis potuit diligentiam provideri. Quod enim tam inopinate ac praeter spem evenit, ut neque diligentissimi id praeviderent ac vitarent, dicitur casus fortuitus. Quia vero deviatio a bono, in qua deviatione culpa iuridica est posita, interdum consistit in faciendo, et interdum in omittendo, inde efficitur, ut iuridica culpa, aliquando in commissione, et aliquando in omissione consistat. Si namque rem tibi commodatam duxisti per loca pericolosa, neque tibi commodata fuit ut illis periculis eam exponeres, tunc, si ea occasione pereat, culpa tua perire dicitur, quae in commissione fuit posita. Quod si negligens fuisti circa conservationem illius quia non adhibuisti custodiam quam diligentissimus quisque adhibere potuit, atque ea occasione periit, culpa etiam tua perire dicitur, quae in omissione fuit posita. Bartolus lege citata, cum Panormitanus c. unico De commodato n. 13, Sylvester verbo culpa in principio, Navarro in Manuali c. 17 n. 177 y 178, et multis autoribus quinque species culpae latissime sumptae distinguit. Nempe, levissimam, levem, latam, latiorem, et latissimam. Si namque inquietum, culpa scienter atque de industria sit commissa, tunc est dolus. Si vero non de industria ac scienter sed ex inconsideratione, est culpa presse sumpta, quae a dolo distinguitur. Quia vero non aliter exterius sciri potest, an quis scienter atque de industria inciderit in culpam, nisi vel per confessionem ipsius aut per indicia, appellatur*

A pesar del criterio defendido por Bártolo de Saxoferrato, corifeo fundamental de los comentaristas, y de algunos canonistas tan relevantes como Nicolás de Tedeschi, juntamente con el teólogo Azpilcueta, Dr. Navarro, entre otros, Luis de Molina presenta una división en grados de culpa, con contenido más próximo a las fuentes¹¹⁹:

Magis placet dividamus culpam in latam, levem et levissimam. Culpam late sumptam posse melius definiri: est deviatio, committendo aut omittendo, ab eo, ad quod aliquo modo quis tenetur, et saltem per diligentissimos potuit provideri. Dixi, est deviatio ab eo, ad quod aliquo modo quis tenetur, quoniam deviatio ab eo, ad quod nullo modo quis tenetur, sane non est culpa, como si se alquila un caballo para transitar por un lugar peligroso, no hay obligación de evitarlo, aunque perezca. Verbum tenetur, in ea definitionis parte appositum, non significat obligationem sub culpa theologica, sed teneri ratione contractus, quia alias periculum rei ad ipsum pertinebit, vel quia alias amittet aliquid, aut detrimentum aliquod incurret¹²⁰.

El monje cisterciense Carlos Mallet¹²¹, con un método expositivo singular, redacta la obra intitulada *Aurum Moralis Theologiae*¹²², en la que aborda específicamente algunos problemas jurídico-teológicos relativos al arrendamiento de animales, lo que es un aspecto singular dentro de la doctrina¹²³, estudiando la materia en el preámbulo del

dolus verus, atque hic est, qui a Bartolo appellatur culpa latissima. Quando vero signa doli urgent quidem, sed non sunt adeo manifesta, dicitur dolus praesumptus, quem Bartolus latorem culpam appellat. Quod si culpa sit ex inconsideratione, tunc si est, quia fecit aut omisit, quod ut plurimum homines ea in parte non facerent, aut non omitterent, dicitur culpa lata. Si vero culpa sit, quia fecit aut omisit, quod diligentes ea in re non facerent, aut non omitterent, appellatur culpa levis. Si denique culpa sit, quia fecit aut omisit quod soli diligentissimi non facerent, aut non omitterent, dicitur culpa levissima. Navarro... potius inter eventus fortuitos hunc computarem. Neque enim ad excessivas scrupulosasque diligentias, astringendi sunt homines in humano commercio, moralibusque rebus. Quare arbitrio prudentis, spectatis circumstantiis concurrentibus, sunt haec iudicanda. Culpa lata, levis et levissima adhibere potest in artificibus et in caeteris, qui munus aliquod exercent».

¹¹⁹ Este profesor de Teología, concluye finalmente: «Culpam videlicet iuridice sumptam non semper habere coniunctam culpam theologam».

¹²⁰ «Addidi in definitione, et saltem per diligentissimus potuit provideri, et non dixi per ipsum, quoniam licet, ut aliquis incurrat, quod proprie in poenam est statutum, aut ut teneatur restituere ratione iniustae acceptioonis, necesse sit, ut id praevideri ac fieri potuerit per ipsummet, aut per interpositam ab eo personam, quod facere tenebatur, et non fecit, aut quod vitare tenebatur, et non vitavit... Teneri commodatarium ad diligentiam quam adhibere diligentissimi solent, est teneri de culpa levissima. In aliis autem contractibus, qui non ita sunt in commodum solius accipientis, ut sunt, depositum, locatum, et similes, noluit ius, ut accipiens ad tantam diligentiam teneretur, sed ut regulariter, si contractus esset in commodum dantis et accipientis, teneretur solum ad diligentiam, quam adhibere solent diligentes, atque adeo teneretur solum de levi culpa: si vero esset solum in commodum dantis, teneretur ad diligentiam, quam homines solent communiter adhibere, ac proinde de sola culpa lata».

¹²¹ Nació en el Piamonte (Italia), donde fue consultor del Santo Oficio y examinador sinodal, falleciendo en 1658. Vid. BARRIENTOS GARCÍA, J., op. cit., pp. 595-598.

¹²² Organiza la exposición en *malleationes*, que a su vez divide en brácteas, extendiendo su análisis en los dos volúmenes de la obra impresa.

¹²³ Tambien resulta de interés la observación del teólogo SUMMENHART, C., *De contractibus licitis atque illicitis tractatus*, Venetiis, apud B. Iuntam, 1580, pp. 473-476: «Utrum contractus, secundum quem traduntur animalia rusticis por certo emolumento inde percipiendo, sit contractus locationis, vel alterius speciei? Prima conclusio, aliquando est locatio rei ex parte tradentis animalia, et conductio rei ex parte rustici recipientis ea, et hoc vel stricte vel large capiendo locationem et conductionem... tradens animalia retinet sibi proprietatem eorumdem, et rustico vel alteri, cui ea tradit, concedit usum vel usufructum eorumdem, et hoc pro certa mercede, quam recipiens animalia tenetur sibi dare, ergo est locatio ex parte tradentis et conductio ex parte recipientis».

quinto precepto del Decálogo, sobre la justicia en general y sus clases¹²⁴, y en especial en la *malleatio* 52: «*De locatione et conductione animalium*»¹²⁵.

En la bráctea segunda, se plantea una cuestión, que bien pudiera haber afectado al supuesto de hecho mirobrigense: «*An quid teneatur, qui conductit equum hoc pacto, ut solum viginti milliaria in die conficeret, confecit vigintiquinque, et equus postea mortuus est?*».

La respuesta del monje cisterciense es muy clara, conforme al planteamiento del jesuita Luis de Molina que hemos referido: si la transgresión del número de millas pactado fue causa u ocasión de la muerte del animal, debe el *conductor* responder de la misma, puesto que tiene la obligación de restituirlo al término del contrato, y en ese caso abonar el precio del caballo o mula, pero el arrendador debe probarlo, ya que el *periculum* del objeto corresponde al *locator*:

*Respondeo: conductorem obligari ad restitutionem damni sequuti per mortem equi, si ille excessus fuit causa, aut occasio illius mortis, secus autem non. Ita Molina disputatio 494 et cum aliis. Ratio, quia in tantum obligatur ad restitutionem, in quantum per illum excessum influxit in effectum mortis, et ministrando ei sufficienter pabulum, si in itinere sit mortuus domino suo, videtur obiisse, nisi probetur excessum fuisse causam mortis*¹²⁶.

¹²⁴ MALLET, C., O. Cist., *Aurum Moralis Theologiae*, t. II, Augustae Taurinorum, Sumpt. A. F. Cavalerii, 1655. (Hemos consultado el ejemplar de la Biblioteca Histórica de la Universidad Complutense. Madrid. Fondo antiguo. Sign. BH FLL 14459).

¹²⁵ MALLET, C., O. Cist., op. cit., p. 336. En el primer inciso se pregunta si es lícito y justo un contrato en el que se arriendan un número determinado de animales por una merced, en el que se pacta la restitución íntegra del mismo número, estimando que la respuesta es positiva, si no existe irregularidad en la pensión pactada, deducidos los gastos que causen los animales al arrendatario y siendo una renta o merced adecuada: «*Bractea 1: An contractus, quo quis alteri locat animalia, v. g. viginti oves, pacto, ut pro pensione dentur tot agni, et tot rubia casei, et in fine teneatur restituere oves vigenti eiusdem bonitatis, etc. sit licitus? Respondeo: Contractus sub illa ratione, qua alteri locantur oves sub pensione iusta, et non onerosa conductori, esse licitum, et iustum. Ratio, quia nulli fit iniuria, et nulla iniustitia in contractu repetitur, tum conductor deductis expensis, et laboribus solvat pensionem iustum, ut suppono. Sciendum, quod si conductor obligaretur solvere pensionem ante constitutum tempus iuxta consuetudinem loci, vel nimis gravaretur in solvenda pensione, contractus esset illicitus, et pactum iniustum, ut v. g. si pactum appositum dandi tot agnos, et tot rubia casei esset excessivum, contractus esset illicitus, quia nimis gravaretur conductor. Secundo, pactum appositum in contractu, quo in fine locationis conductor obligatur restituere oves secundum numerum, et bonitatem esse iniustum, et illicitum, nisi tale pactum compensetur iusta mercede. Ratio est, quia de natura contractus locationis est, ut res locata si perit, locatori pereat, qui est dominus rei, et non conductor, nisi forsitan esset in culpa, et locator quando cum supra dicta conditione locat, perinde est, ac si mutuaret tali pacto, mutuo tibi viginti oves sub tali pensione, quas mihi restitues in tali numero, et bonitate post finem locationis; et ideo iniuste sit, nisi tale pactum compensetur iusta mercede. Unde locator, qui tali pacto sine compensatione obligat conductorem ad reddendas oves in tali numero, et bonitate committit usuram, cum apponat pactum contra naturam contractus, cum perinde sit, ac si paciseretur lucrum supra sortem. Et ita Bartholomeus Medina in Instructione confessorum &17. Ratio est, quia periculum rei locatae non pertinent ad conductorem, sed ad locatorem, qui est dominus rei locatae, et conductae, et si res perit, domino debet perire, non autem conductori». Ibid., pp. 336-337.*

¹²⁶ «*Sciendum ex Molina, si locator praedictam conditionem apposuit, quia sciebat equum non posse facere, nisi tantum itineris in die, tunc illum excessum censeri occasionem mortis, et per consequens conductorem obligatum ad restitutionem, secus autem non. Secundo, posse locatorem cum conductore pacisci, ut subeat periculum equi, dummodo aliquo modo compenset tale onus pretio convenienti, arbitrio prudentis, quia tale pactum non censetur contra naturam contractus, sed solum praeter, et susceptionem periculi hunc effectum operari, ut si res perierit, debeat ei pretium restituere, alioqui si res, id est equus, salva manserit, res ipsa, id est equus restituatur*».

También examina la hipótesis relativa a si en tiempo de guerra, quien alquila un caballo, tiene derecho a exigir del *conductor* que le ponga fiador para asegurarse la restitución del animal, o la percepción de su valor, en caso contrario¹²⁷, afirma que si el peligro de perecimiento del animal es ordinario, no podría exigir la fianza, pero en caso extraordinario sería lícito. Mallet, en el supuesto del contrato en el cual no se ha fijado término para la devolución del animal arrendado, se pregunta, si ello faculta al *locator* para reclamarlo en cualquier momento que lo deseé, sin tener en cuenta la situación del arrendatario¹²⁸.

Una situación contemplada por el monje italiano es la que afecta a la custodia del animal, por parte del arrendador, cuando destina un fámulo a ese fin, porque entonces el arrendatario se libera del deber de conservar el objeto, aunque si dentro del contrato estaban ambos de cesión, caballo y fámulo, la negligencia del fámulo no excusa al

¹²⁷ «Bractea III: *An tempore belli possit locator pro locatione equi petere fidei iussorem? Respondeo. Si periculum erit probabile, posse locatorem petere fidei iussorem, ut si equus à militibus capiatur sibi, a conductore solvatur, aut in defectum conductoris solvatur à fidei iussore. Ratio, quia non obligatur locator cum periculo probabili, et evidenti amissionis equi ipsum locare. Unde fidei iussorem pro casu fortuito petere potest, et si petit iuste sibi consulit, ut se servet indemnem. Sciendum locatorem ob pericula ordinaria, quibus passim, et regulariter solent subiij locatores, non posse petere fidei iussorem; ob extraordinaria vero, et probabilia, et evidentia, ut quando viae occupantur, et invaduntur a militibus, vel à latronibus posse tunc petere fidei iussorem, ut se indemnem servet, cum non obligetur locare alteri equm cum probabili periculo illum amittendi».*

¹²⁸ «Bractea IV: *An quando in locatione, v. g. equi terminus non fuit praefixus, possit locator quoties voluerit ipsum repeteret?*». La respuesta presenta tres aspectos complementarios: si no hay término fijado para la restitución, ni expreso, ni tácito, se necesita la existencia de una justa causa para que el *locator* reclame, aunque también pueda confluir con interés del arrendatario; si el arrendador no sufre ningún perjuicio por no usar de su animal, revocando el contrato, con perjuicio del *conductor*, pecaría contra la caridad y no contra la justicia, al no existir un término para la devolución; si el arrendatario celebró dicho negocio en razón de una necesidad concreta, se entiende tácitamente que el plazo del contrato es el de dicha necesidad, por lo que, sin voluntad favorable del arrendatario, no puede el *locator* revocar dicha concesión de uso del animal: «*Respondeo. Quando in principio contractus tacite, vel expresse terminus non fuit praefixus locationi, et iusta causa locator equum locatum exigit, v. g. ad evitandum maius damnum, vel saltem aequale, quod non ex usu sui equi sibi imminent non peccat, quia coeteris paribus unusquisque sibi magis, quam alteri obligatur. Secus si ex non usu sui equi locator nihil damni pateretur, quia tunc contra charitatem debitam proximo peccaret, licet non contra iustitiam, si cum gravi damno conductoris suum equum revocaret. Dixi si principio contractus locationis terminus tacite, vel expresse non est praefixus, quia si pro aliqua instanti necessitate equus locaretur, licet verbis terminus locationis non fuerit praefixus, tunc tacite videtur equus locatur pro toto illo tempore, quo illa necessitas duraverit: quo ante completum tempus illius necessitatis contra conductoris voluntatem, ac cum eius notabili detrimento locatio non potest revocari, quia si illa necessitas tempore contractus locanti innotuit, eo ipso censetur voluisse sua sponte non solum equum locare, sed etiam incommode illud in conductoris gratiam subire*». Es ilustrativo el planteamiento de HURTADO, G., S. I., *Tractatus de iustitia et iure*, Matriti, apud Io. Sanchez, 1637, fols. 231r-232v: «*Ad quae teneatur conductor? Conveniunt primo doctores conductorem non posse invito latore, uti re conducta, nisi ad eum usum ad quem illam conduxit, ut constat ex lege qui iumenta ff. De furtis, quia tenetur stare contractui: ac proinde tenetur ad restitutionem damni evenientis rei conductae ex eo alio usu, nisi idem damnum etiam eveniret ex usu ad quem rem conduxit. Addimus, invito locatore, quia si prudenter praesumatur, quod locator non dissentiret, si id sciret, tunc potest ad eum alium usum re conducta uti. Conveniunt tertio, conductorem expleto conductionis tempore, teneri rem conductam et integrum restituere, (nisi absque culpa ipsius perierit, vel facta fuerit deterior), quia contractu locationis et conductionis, non conceditur res quoad dominium, sed tantum quoad usum pro aliquot tempore, ac proinde eo transacto, conductor tenetur rem eamdem, et integrum locator restituere. Non respondere si res conducta facta est deterior absque culta conductoris, ut quando absque culpa equus conductus infirmatur, tunc potest dimittere rem conductam ante expletum tempus*».

conductor, puesto que éste no solamente responde de la falta de diligencia propia sino también la de sus colaboradores o subalternos¹²⁹.

Finalmente, Mallet se pregunta en la «*Bractea VI: An cum animal datur in locatum, vel custodiam, possit pacisci, ut lucrum, et damnum commune sit danti, et recipiendi?*», sentenciando que es lícito dicho pacto, ya que la justicia de ese pacto vendría de la cantidad fijada en concepto de *merces*, para compensarle por la asunción de esa cláusula, aunque matiza, que sería pacto ilícito si todo el daño, derivado del dolo o culpa del conductor, fuera asumido por éste, conforme a la regla del contrato, pero no las ventajas derivadas del negocio, sin olvidar que si todo tipo de riesgos, *lucrum et damnum*, pasan al conductor, quien deberá restituir el precio tasado del animal, hay una venta y no una *locatio conductio*¹³⁰.

De los principales defensores del Humanismo jurídico, será conveniente traer a colación el criterio de Donello, quien después de afirmar que el *conductor* está obligado a custodiar la cosa con la diligencia del buen padre de familia, o culva leve *in abstracto*¹³¹,

¹²⁹ «*Bractea V: An conducens equum liber maneat à custodia equi, quando eius locator pro illius custodia mittit suum famulum? Respondeo: Si conductor compertum habeat, dominum misisse famulum pro custodia ab initio locationis, tunc non tenetur de custodia; si vero pro certo habeat dominum locasse equum, et famulum, negligentia famuli non excusat iniuriam conductoris, antequam restituat equum famulo; si autem post restitutionem equi famulo factam equus perierit, non tenebitur conductor, et si non appareat, an ab initio miserit famulum pro custodia, an non, sed utrumque tam famulum, quam equum locavit simpliciter non videtur in tali dubio remissa custodia equi. Secundum eum, qui equum assuetum sese in aquam immergere, alteri locavit ad merces transferendas teneri ad restitutionem damni, quod inde passus est conductor, non admonitus de vitio equi. Rebellus libro 14 quaestione 4. Navarrus cap. 17 numero 196. Silvester verbo locatio quaest. 18 et alij».*

MALLET, C., O. Cist., op. cit., pp. 337-338.

¹³⁰ «Respondeo: posse tale pactum iniri, quia fieri potest ut opera, diligentia, cura, et custodia, quam ponit is, qui animal recipit tantam mercedem mereatur. Tum etiam, ut tantum pretium debeatur ei, qui animal locat alteri, sicut enim animal melius factum in bonum utriusque est, sic factum deterius commune quoque est detrimentum, et damnum; pactum vero esset illicitum, ut totum damnum nisi dolo, vel culpa etiam levi conductoris evenerit, sit eius, lucrum non item». Este es el último aspecto que estudia este teólogo, acerca de la posible conversión del contrato de arrendamiento en otro diferente, en razón de la *aestimatio* del objeto arrendado: «*Sciendum dubium esse, cum animal in locatum datur aestimatum, an eo ipso transeat in mutuum aut venditum? Prima sententia est locatum transire in venditum, quia aestimatio rei, venditionem facit: lege plerunque ff. de iure dotium, lege aestimatae ff. solute matrimonio. Secunda sententia est, contrarium affirmantium ea ratione, quod aestimatio in hoc casu venditionem non parit, quia solum aestimatio fit, ut si animal conductoris dolo, vel culpa perierit iustum pretium reddat, non autem solvat in omnem eventum, videlicet, si animal fortuito casu perierit, nam si hoc quoque conventum, et cautum fuerit, tunc animal in venditum, sive mutuum transibit; hoc est quando is, qui animal recipit expresse promittit se redditum tantum, quanta est aestimatio, vel promittit se redditum tantum, quanta est aestimatio, vel promissit se redditum ipsum animal, aut pretium eius venditio est, non locatio. Animal tunc vendi, quando datur, ut pretium reddatur, non ipsum animal, tunc enim expressè est venditio certo pretio eius expectato: implicite vero tantum venditur cum totum lucrum, periculum, et damnum est eius, cui datur; cum item damnum est animal ad omnem usum, quem voluerit is, qui recipit, si datur itidem aestimatum, et is, qui recipit promittat se redditum tantum, quanti est aestimatum, vel promittit se redditum ipsum animal, vel eius pretium, et hinc est, ut is, qui dat animal, nihil praeter pretium possit exigere, quia vendit dilate ad tempus pretij solutione: quare si aliquid ultra pretium acciperet usuram committeret, quia pluris vendit, quam valeat, quoad pretium solutionis expectet».*

¹³¹ Es el mismo criterio sostenido por MOLFESIO, A., *Tractatus de utraque hominum dispositione inter vivos et in morte, sive compendiosa praxis contractuum, ultimarum voluntatum et de sepulturis*, Neapolí, ex typ. L. Scorigii, 1622, p. 107: «*De quibus teneatur locator conductori? De pluribus. Primo, ut conductori manifestet rei locatae. Secundo, ut patientiam praestet, utendi re conducta toto tempore conductionis. Tertio, solvat expensas necesarias, quas conductor fecit in restauranda re locata. De quibus teneatur conductor locatori? De pluribus. Primo, ut utatur re conducta tanquam bonus paterfamilias, et ad usum destinatum.*

insistiendo que no puede aplicarse la culpa leve en concreto, recuerda que este grado de responsabilidad deriva de la naturaleza del contrato y de la acción de buena fe que protege el negocio, así como de la *utilitas contrahentium*, los cuales obligan al arrendatario a evitar que la cosa perezca o se deteriore con una conducta negligente¹³², tanto por su parte, como de las personas que están a su cargo¹³³:

Conductor debet curare rem locatam, ut bonum virum et bonum patremfamilias. Hoc bona fides et contractus natura exigit... servandae rei cura custodia est, quam in hoc genere ab eo qui mercedem accipit, deberi constat. Res posita in eo, non solum ut ne facto suo rei locatae noceat: sed etiam ut omni diligentia adhibita provideat; ne aliunde res aut pereat, aut deterior fiat. Factum quidem suum omne praestat conductor in re locata citra controversiam, ut factum suum aut damnum a se datum... sed non minus et diligentiam hic contractus a conductore exigit, et quidem diligentissimi hominis diligentiam, non qualem ipse, si sit aliqui negligentior, rebus suis adhibere consuevit. Idque pro perpetuo iure, quod servatur in iis contractibus, in quibus utriusque ex contrahentibus utilitas versatur. Quae res facit, ut quidquid humana diligentia provideri potuit, ne res perderetur, aut deterior fieret, si provisum non est, et res periit, aut deterior facta est, huius culpe et negligentiae periculum conductor praestet.

Por lo que se refiere a otros juristas de estas centurias, debemos constatar que Connan se ocupa del deber de restituir la cosa arrendada bajo estimación, si el objeto admite esta prestación, ya que, en otro caso, el *conductor* pagaría la *aestimatio*¹³⁴, mientras Angusola¹³⁵ insiste en la liberación del arrendatario si la pérdida del objeto se ha producido sin que el propio obligado haya incurrido en culpa levísima, y si no asumió mediante pacto la de sus dependientes, o como afirma expresamente Marquart¹³⁶, si la

Secundo, statuto tempore, mercedem solvat. Tertio, finito tempore locationis, rem domino restituat absque ulla deterioratione. Quarto, restituat locatori omnia damna, quae dolo, lata vel levi culpa ipsius conductoris evenerunt in re locata».

¹³² Así lo defiende igualmente GIFFEN, H. van, *In quatuor libros Institutionum iuris civilis Iustiniani principis commentarius absolutissimus*, postrema hac edit. ex manuscriptis, Argentorati, sumpt. Haer. L. Zetzneri, 1629, p. 412: «Conductor in hoc contractu locationis, servandam legem conductionis esse, id est, praestandum esse quod convenerit, adeo quidem, ut etiam casus fortuitus praestetur si ita convenerit: ley si quis domum 9 & 1 ff. locati. Si nihil convenerit, sive, ut ait Imperator, si quid in lege praetermissum fuerit, id tantum praestabitur, quod postulabit aequitas, quae maxime in contractibus bonae fidei spectari solet. Quare conductor, quod attinet, in locatio rei, tantum culpa, id est, levis culpa; in locatione operae sive operis, etiam custodia sive diligentia, id est, levissima culpa praestetur. Casus in neutro genere, ut neque in ullo contractu, nisi convenerit vel casus culpa accidat».

¹³³ DONELLUS, H., *Commentariorum Iuris Civilis, libri viginti octo*, Francofurti, typ. et sumpt. D. et D. Aubrios et Cl. Schleichium, 1626, p. 640.

¹³⁴ CONNAN, F. de, parisiensis, *Commentariorum Iuris civilis libri X*, Lugduni, apud haer. Iac. Iunctae, 1565, pp. 533-534: «Si res aestimata... adiiciatur locationi, empta quidem videbitur, non conductionis vi, sed aestimationis: nec ea tamen statim, sed si perierit. Pomponius ley 3... Et hoc observatur fere ab istis qui equos locant certa mercede in diem. Tradunt enim, ut plurimum, aestimatos: sed hos nihilominus licet conductoribus restituere, si vivos, sanosque reduxerint: sin minus, itur ad dictam aestimationem».

¹³⁵ ANGUSOLA, P. A., *Consiliorum seu responsorum*, Francoforti ad Moenum, S. Feyerabend, 1574, fol. 33r: «Conductor non tenetur de levissima culpa», y añade que en caso de pacto: «conductor non teneatur de facto eorum, quos induxit in re conducta, si non admisit culpam in his inducendis... tenetur de facto alterius, si fuit in aliqua culpa».

¹³⁶ MARQUART, Io., *Tractatus político-iuridicus de Iure mercatorum et commerciorum singulari*, t. I, Francofurti, ex of. Th. M. Götzii, 1662, p. 293: «In contractu locationis nemo de casu fortuito et vi maiore

imposibilidad viene del caso fortuito, en lo que coincide la generalidad de la doctrina, salvo pacto expreso en contrario, o que el uso del objeto se aparte del convenido, o que se haya incurrido en mora, como explica ampliamente Valenzuela Velázquez¹³⁷:

Mulus vel equus conductus ad iter faciendum cum sella, si perierit in itinere, vel hospitio, perit domino, et non conductori, qui usus fuit eo ad laborem destinatum. Primo, quod habet probatam identitatem videlicet, quod ídem mulus, quem conduxit fuit qui morbo periiit absque sua culpa, qua probatione satisfactum habet resolutioni doctorum tenentium in his casibus debere identitatem animalis probari a conductore. Rursus, quia conductor equi, vel muli, seu alterius animalis, non tenetur de casibus fortuitis: Bártnolo, Decio, Alejandro de Imola, Igneo y otros. Item, nec de casu fortuito, imo nec tenetur etiam de levissima culpa. Si autem non fuisset diligenter custodita (la mula), tenetur... conductor non tenetur de levissima culpa, et multo minus de casu, et sic nec de vicio naturali. Habet probatum, quod non fiebant nisi solitae itinerum dietae, et dabunt bene comedere eidem mulo, ut fieri oportebat, et quia probatum habet solummodo usum fuisse ad id, pro quo conduxerat dictum mulum cum sella, videlicet ad vehendum quemdam illius famulum... nam quilibet mulus, quantumvis debilis potuisset illum vehere, praesertim cum itinerarent modificate, nam longior dieta in diebus tam commodis, uti errant in mense Iunii, non excessit leucas octo vulgares, quod est minus quod similes muli itinerare solent, unde succedit resolution, quod conductor animalis non tenetur, licet pereat, si illus oneravit secundum vires eius, et sicut fieri est consuetum... Et in terminis, quod similia animalia, quae habentur ad conducendum, et laborandum in itineribus, si moriantur, praesumatur casu fortuito mori, cui provideri non potuit, interim non probatur culpa in conductore... et quia dolum, vel culpam allegans intervenisse debet probare... quinquaginta duae leucae, in quibus consumpserunt dies opto, et quod regulariter solet in similibus diebus ambulari, et itinerari sunt octo, aut decem leucae quolibet die, et hoc a iure nominatur¹³⁸.

Este hecho de la muerte del animal alquilado, o su deterioro físico por una enfermedad o daño fisiológico, vino examinado por Fontanella¹³⁹, quien insiste en una triple consideración: en primer lugar, que la presunción del mal, incluida la muerte, o el daño, normalmente lo soporta el arrendador; en segundo lugar, el arrendatario no responde ni del vicio natural, ni del caso fortuito; en tercer lugar, el *conductor* es responsable de lo que proviene de su culpa, que no se presume, sino que debe probarla el *locator*, pero en el caso concreto:

teneatur. Contrarium tamen obtinet in foro mercatorum, imprimis apud Batavos et Hollandos, ubi ita suprema provinciarum curia decisum notat Jacob Cooren, Observat.».

¹³⁷ VALENZUELA VELÁZQUEZ, Io. Bapt., *Consilia sive responsa iuris*, t. II, Lugduni, sumpt. Io. A. Huguetan et G. Barbier, 1671, pp. 39-41: *consilium* 108.

¹³⁸ RIPOLL, A. A. de, *Variae Resolutiones Iuris*, Lugduni, Iac., A. et M. Prost, 1631, cap. 12, *de locat. et conduct.*, nn. 126-130: «censet conductorem non solum teneri probare mortem, sed non contigisse culpa sua, ex l. si quis fundum 10 & imperator ff. locate, et l. si quis ex argentariis & final. Ff. de ed., ubi si argentarius dicat instrumenta esse desperdita, aliquo fortuito casu, non liberatur, nisi probet amissionem esse sine illius culpa, tenet Bartolus ibi n. 3, Paulus Castrensis n. 6, Iaso. n. 29 facit textus in l. fin. a vers. ergo si casu, iuncta glossa, verbo probandum ff. de custodia reorum».

¹³⁹ FONTANELLA, Io. P., *Decisiones sacri regii senatus Cathaloniae*, t. II, Lugduni, sumpt. Horat. Boissat et G. Remeus, 1668, pp. 491-502, *decisiones* 533-538.

Mors equi vel muli conducti regulariter non imputatur conductori, pues res perit domino. Conductor non obligatur de vitio naturali, nec de casu fortuito, quia casus fortuitus non spectat ad conductorem. Conductor tenetur de morte equi, vel muli quando eius culpa succedit, si successisse probetur ab allegante, alias enim non praesumitur, sed imo morte naturali sine alicuius culpa successisse, Semper enim culpa est probanda, ab eo qui illam imponit alicui, sicut pluribus in hac eadem materia nostra equi seu muli locati, resolvit Cancer... Culpa debet probari certo, et in specie, non in genere, culpa ut possit onerari conductor, necessarium, non potuisset casum contingere, nisi ea intercessisset. Conductor debet adhibere peritos in infirmitate equi, aut muli, et dare ei necessaria medicamenta alias praesumetur mortuus eius culpa. Conductor tenetur si mulum vel equum lingo, aut fustibus nimium percussit, secus si modo ordinario flagellis, aut calcaribus. Conductor tenetur si solitum pensum, et solita cibaria non dedit in itinere equo, aut mulo. Iuramentum in litem in hoc casu datur locatori. Conductor tenetur si necessaria non ministravit ad curationem animalis, qua tamen postea repetet. Mularum locator non debet recipere mulam deterioratam, et laesam a conductore, scienter recipias sine protestatione saltem, nam alias non haberet regresum adversus conductorum... locator tenetur de damno dato per mulam locatam, si est calcitrosa, vel aliter vitiosa.

6. REPRESENTANTES DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA: VOET, VINITIO Y HEINECIO

Voet¹⁴⁰, después de haber analizado los elementos constitutivos del contrato, examina el alcance de la acción ejercitada por el arrendador, para exigir del deudor el cumplimiento de sus obligaciones. Por este motivo, afirma que no solamente reclama la *merces* con la *actio locati*, sino también la responsabilidad, en caso de incumplimiento de la restitución de la cosa, afirmando taxativamente los dos aspectos que hemos visto en las fuentes del Derecho romano: el arrendatario responde de dolo, culpa lata y culpa leve, pero su explicación hay que buscarla en la *utriusque utilitas contrahentium*¹⁴¹.

Arnoldo Vinnio, corifeo de la misma escuela jurídica, después de recordar el concepto del contrato, aludiendo a dos géneros del mismo, *rei* y *operarum seu factorum*, pasa a examinar qué objetos son susceptibles del arrendamiento¹⁴², y lo relativo a la *merces*,

¹⁴⁰ VOET, Jo., *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, 3.^a ed. Veneta, t. III, libros XII a XXII, Venetiis, ex typ. Petri Valvasensis, 1787, pp. 253-275.

¹⁴¹ «Non mercedem tantum actione locati locator persequitur, sed et damna quae rebus locatis per dolum latam levemve culpam conductoris illata sunt: quippe quam a conductore praestari placuit, eo quod utriusque utilitas in hoc contractu vertitur... plura sunt, quae culpae adnumerata, vel conductor usus vel locator operarum praestare debeat veluti si quis mulas conductas onere nimio imposito ruperit lege qui insulam 30 & qui mulas 2 ff. hoc titulo, si cisarius seu carrucarius, dum ceteros praeterire contendit, cisium evertat, et mercibus aut viatoribus damnum det l. ítem quaeritur 13 pr ff. hoc titulo. Illud monuisse sufficerit, culpae levissimae nullam in hoc contractu praestationem esse, nisi quis eam pacto in se receperit, aut pro custodia mercedem acceperit, l. qui mercedem 40 ff. hoc titulo... si casu fortuito res, circa quam locatione conductione concepta est, perierit, domino perit, nisi aliter periculum quoque in se receperit. Ibid., p. 271: Tendit denique locati actio ad id, ut finita conductione res in eodem statu, quo data, restituatur: les cum conductorem 29 C. hoc titulo quo non facto, propter rem quidem mobile adversus conductorem in litem juratur, l. si cui locaverim 48 & 1 ff. hoc titulo, ad rem simul et aestimationem ejus reddendam condemnatur... post litem contestatam praeter rem et litis impensas dimidium pretii, post sententiam vero totum pretium et id quod interest, reddere domino tenetur». VOET, J., op. cit., pp. 270-271.

¹⁴² VINITIO, A., *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis, ed. nova, in usum Hispanae iuventutis adornata*, t. II, Valentiae, apud B. Monfort, 1786, pp. 199-211. Partidas

lo que le lleva a analizar la responsabilidad del *conductor*, en el cumplimiento de sus obligaciones.

Un primer principio sale de la naturaleza de la acción contractual, al ser un juicio de buena fe, y obliga a las partes *ex bono et aequo*; un segundo postulado, implica, que en la conservación del objeto, dado en arrendamiento, la conducta exigida es la del «*diligentissimus paterfamilias in abstracto*», pero no responde del caso fortuito; un tercer aspecto, es la posible alteración de ese grado de responsabilidad, mediante pacto expreso de los contratantes, ya que se convierte en cláusula preceptiva para ambos¹⁴³.

La responsabilidad del *conductor* viene derivada del término «*diligentissimus*», ya usado en las fuentes romanas. Vinnio entiende que es preciso aclararlo, conforme a los principios antes citados, y al significado que asume en otros fragmentos, relativos a diferentes contratos de buena fe. En su criterio, el superlativo citado equivale simplemente al término diligente, cuidadoso o exacto en el cumplimiento del deber de guardar-conservar para restituir, y se ubica en la culpa, razonando este jurista desde la *utilitas contrahentium*, que este negocio es bilateral, por lo que se reduce a la culpa leve en abstracto, mientras que, por ejemplo en el comodato, redonda exclusivamente en una de las partes:

Qualem diligentissimus paterfamilias. Simile est quod traditur in lege 25 & penúltimo locati. At enim locatione conductione est contractus ex eorum numero qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cuiusmodi contractibus dolus dumtaxat et culpa praestatus, justa regulam traditam in lege 5 & 2 Comod. ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa praestari dicitur, eo verbo in usus juris non alia quam levius culpa designatur, id est ea quae mediae diligentiae opponitur: quod multis auctoritatibus probavimus et de hac tantum culpa dictam regulam intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus in quibus solius accipientis utilitas versatur; quale plerumque est commodatum, jurisconsultus dicto loco scribit, plus ab accipiente exigi quam cum utriusque commodum vertitur: nimirum in hujusmodi contractibus praeter culpam praestari et diligentiam: quo significant, in eo contractus qui utriusque gratia fiunt, et commodatum

5, 8. Digesto 19, 2; Código 4, 65 y 11, 70: «*Locatio conductio est contractus quo id agitur ut pro usu alicujus rei aut opera personae certa merces praestetur... in locatione dumtaxat usus rei concedatur conductori... locatio temporalis. Duo esse genera locationis, rerum unam, alteram operarum, seu factorum. Locari possunt res omnes quae in commercio sunt, tam mobiles quam soli, etiam incorporales, ut usufructus et habitationes, servitutis nulla locatio est... locatio perfecta habetur si de usu rei et mercede convenerit... ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur... In locatione rerum res certa est; nam is semper hic locator est, et qui dicitur qui rem utendam dat; conductor qui utendam accipit, et mercedem praestat».*

¹⁴³ «*Conductor Omnia secundum legem conductionis facere debet, et si quid in lege paretermissum fuerit id ex bono et aequo praestare. Qui pro usu aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. In hac re, primum inspici debere id quod ut praestaret conductor nominatim convenit: veluti si convenerit ut etiam si quid vi majore accidisset praestaretur; hic enim pacto standum esse Julianus respondit, ley 9 & 2 locati. Similia exempla occurruunt in lege 11 & 1 et ultimo eodem estque commune hoc omnium judiciorum bona fidei lege 11 de actione emti l. 23 de regulis juris. Quod si nihil convenit tunc ea praestanda esse quae naturaliter insunt hujus judicij potestate, in quod, cum sit bona fidei, id omne venit quod ex aequo et bono praestari oportet, etiamsi de eo nihil dictum aut forte nihil cogitatum sit: leges 24 y 25 & 3 locati & 30 Inst. post moram etiam usurae tardius illatarum pensionum a conductore praestandae. Secundum legem conductionis, id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quae legem et formam contractui dant, lege 7 & 1 de pactis l. 23 de regulis juris. nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellant formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipsamve pactiōnem».*

discrepare, quod in illis dumtaxat levis culpa praestetur, in hoc etiam levissima, quam more Veteribus usitato contrariae rei praestatione indicat, diligentiae scilicet, intelligens eo verbo diligentiam specialem seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo qui mercedem pro rei usu praestat, quam qui gratuitum ejus usum habet.

Ex quibus perspicue evincitur, conductorem regulariter levissimae culpae nomine non teneri, neque ab eo exigi extra specialem conventionem, ut in lege 40 locati ut in re conducta summam et exactissimam diligentiam praestet; sed securum eum esse oportere si adhibuerint medium, id est eam quam communiter frugi patresfamilias suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quam culpam a conductore praestari legimus ley 9 & 3 ley & 3 ley 31 in fine locati, quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione afferat regulam probatam in contractibus qui utriusque causa ineuntur: ut culpae nomine absolute posito in usu juris culpa levis perpetuo significatur¹⁴⁴.

Non obstat, quod alibi dicitur rem locatam esse periculo conductoris, ley 23 & 1 De lib. caus. nam illud intelligendum est de periculo et damno cui culpa causam praebet, neque novum est ut illae etiam res periculo nostro esse dicantur in quibus culpam praestamus. His excluditur casus fortuitus, posita praestatione doli et culpae, quo verbo levis intelligitur.

Heineccio, trata de esta materia de la responsabilidad del *conductor* siguiendo el mismo esquema de sus colegas precedentes¹⁴⁵, y sostiene paladinamente que, siendo igual el provecho de las dos partes contratantes, asume cada uno la responsabilidad «mutua» de la culpa leve, de tal modo que en el caso imprevisto, la destrucción o deterioro del objeto corre a cuenta del dueño, a menos que el arrendatario lo asumiese expresamente¹⁴⁶.

Schrader¹⁴⁷, comentando la responsabilidad de las partes intervinientes en el negocio,

¹⁴⁴ «Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissime hoc ipsum ostendit lex 3 & 1 naut. caup. stab. Quo loco jurisconsultus conferens actiones locati et depositi cum honoraria quae ex edicto isto competit, utilitatem ejus quae ex edicto est hoc nomine maxime commendat, quod in locato culpa, in deposito dolus dumtaxat praestetur... ita tamen ut nec ille praestet casus fortuitus, seu quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia jurisconsulti is qui recepit praestat medium aliquid inter culpam et casum fortuitum, quod non praestat conductor; atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent quam culpam levissimam. Quid ergo respondemus ad hunc textum? Nimirum idem quod interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse propositivo, verbum diligentissimus pro diligens; ut hoc verbum secundum subjectam materiam et natural contractus explicandum sit, eoque hic significare intelligatur non summa illa et paene modum excedens, sed media diligentia quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlative ponitur... casus esse speciales qui proponuntur, atque utroque loco agi de rebus quae natura sua quasi damno maxime obnoxiae accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus qui operam quasi ultiro offerunt, et ideo quoque levissimam culpam praestare tenentur... admitti non potest. Nam jumenta, columnae, dolia, tigna, scrupulosam prae ceteris rebus curam aut curiosam custodiam minime requirunt: nec quilibet qui quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam quam natura contractus desiderat obligatur, sed locum hoc habet in artificibus seu iis qui alicuius rei peritiam profitentur: quorum idcirco imperitia culpae levi annumeratur, cum in aliis sit levissima. Et aliquo casu fortuito, ley 28 C. eod. Neque hoc proprium hujus judicii est sed commune omnium contractum ley 23 de regulis juris».

¹⁴⁵ HEINECIO, J., Recitaciones del Derecho civil romano. Trad. al cast., anotad. y adic. cons. por L. de Collantes y Bustamante, 7.^a ed., t. II, Valencia, Librería de P. Aguilar, 1879, pp. 105-115.

¹⁴⁶ HEINECIO, J., op. cit., pp. 63 y 108: «Cuando la utilidad de ambos contratantes es igual, entonces se satisfacen recíprocamente la culpa leve: como se verifica en la compra y venta, locación y conducción....».

¹⁴⁷ SCHRADER, L., Commentarius de contractibus, naturam omnem rationemque eorum tam ad forensem quam scholasticum usum luculenter explicans, et certis titulis fere ex Institutionum Imperialium ordine

ya que su misma denominación cambian, según el modelo que asuman, *locator* o *conductor*, no duda en sostener:

Tam conductor quam locator invicem de dolo et lata culpa obligantur... De levissima culpa conductor non tenetur, nisi vel contrarium inter contraentes actum fuerit, vel nisi ipse custodiam vel periculum rei in se suscepere, vel nisi in rebus quae facile franguntur, vel nisi haec culpa levissima in faciendo, non autem in negligendo consistat, vel nisi conductori res conducta aestimata tradita fuerit. Multo minus vero conductor de casu fortuito tenetur, nisi ipse vel casum fortuitum specialiter in se receperit, vel nisi hic casus conductoris vel culpa vel tali facta, a quo, ut ipse abstineret specialiter in locatione cautum fuit, evenerit.

A fin de matizar aún más, de forma breve, su punto de vista, el jurista añade más adelante¹⁴⁸: «*Naturalia locationis conductionis sunt... secundo quod conductor tenetur tantum de dolo, lata atque levi culpa*»¹⁴⁹.

Una síntesis de la doctrina jurídica imperante en el siglo XVIII viene formulada por Ferraris, quien advierte que el *conductor*, al final del contrato, debe restituir la cosa arrendada en su integridad y no deteriorada, salvo que por su mismo uso y naturaleza se produzca, pero nunca por culpa del arrendatario, que habrá de resarcir por ello, ya que responde por dolo, culpa lata y leve¹⁵⁰.

Igualmente, el *conductor* no puede destinar el objeto a otro uso diferente del pactado, ya que entonces comete un hurto, salvo que lo haga con acuerdo del arrendador, porque en otro caso responde incluso del caso fortuito¹⁵¹. La responsabilidad del arrendatario no se limita a sus propios actos negligentes, sino que incluye los que realizan las personas que dependen del mismo, por lo cual tendrá que resarcirlos¹⁵², aunque, conforme

distinctus, nunc primum in lucem editus, studio et opera Jo. Brandes, Lipsiae, imp. M. Lantzenberger, 1605, pp. 374-375.

¹⁴⁸ SCHRADER, L., op. cit., p. 379.

¹⁴⁹ En la centuria precedente, Stracca deja constancia, a propósito del contrato de transporte, que «*locatores de casu non tenentur nisi aliud actum sit..., et generaliter casus fortuiti nemini imputantur*», concretando en otro lugar: «*locatores ex dolo et culpa tenentur*». STRACCA, B., *Tractatus de mercatura seu mercatore...*, Coloniae Agrippinae, apud Io. Gymnicum, 1576, p. 244, nn. 3 y 5.

¹⁵⁰ FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonici, jurídica, moralis, theologica nec non ascética, polémica, rubricistica, histórica*, 4.^a ed., t. III, E-H, Bononiae, sed prostant Benetiis, apud G. Storti, 1763, s. v. Locatio: p. 343: *Conductor transacto locationis tempore ex vi contractus tenetur rem conductam integrum, et non deterioratam reddere locator, nisi ex ipso usu secundum se, et ex natura sua, et non ex culpa conductoris sequatur aliqua deterioratione, quae certe non est compensanda. Communis per textum in lege conductoris Cod. De locato et l. non abs re Cod. Unde vi. Si autem conductoris dolo vel culpa lata seu levi res conducta, sit facta deterior, tenetur ad restitutionem seu compensationem: ley si quis 9 &3 y l. ítem quaeritur 13 &1 ff. locati».*

¹⁵¹ «*Conductor tenetur non uti re conducta, nisi ad eum usum, de quo facta fuit conventio, alias impeditur actione furtiva: l. qui juramenta et l. qui pignore ff. de furtis, nisi forsitan rationabiliter praesumeret, locatorem non fore invitum, l. qui re 76 Inst. de obligat. Quae ex delicto. Unde qui absque rationabiliter praesumpto locatoris consensu utitur re conducta ad alium usum, ad quem per locatorem non fuit concessa; et in illo usu ex casu fortuitu res fuerit desperdita, vel deteriorata, tenetur de casu. Sicut si quis equum conduixerit pro itinere Taurinum versus, et eo usus fuerit versus Mediolanum, et ultra, eoque in itinere furatus fuerit, seu perierit, tenetur ad restitutionem, et ad omnia damna et interesse locatoris, quia peccavit contra justitiam in damnum ipsius locatoris, et ex culpa dedit casum ipsi casui fortuito».*

¹⁵² «*Conductor tenetur ad resarcendum damnum, sive propria, sive famulorum culpa contingat, si negligens vel culpabilis fuit in seligendis bonis, ac probatis servis; secus vero si servi selecti erant moribus, et vita probi, et tales, ut prudens paterfamilias eos non reprobaret. Conductores teneri quidem de damno proveniente ex culpa*

a la doctrina más autorizada, como Menochio, Mynsinger, Laymann, Gail, Engel, Reiffenstuel y Mascardo, «*Probare, quod damnum ortum contigerit culpa conductoris, spectat ad locatorem... quia culpa et delictum in dubio non praesumitur, sed probari debet, ut tenet communis doctorum*». Puesto que el riesgo de perecimiento del objeto corresponde al *locator*, si el animal muere de muerte natural, la pérdida es para el arrendador, y solamente si intervino culpa del arrendatario, o de sus colaboradores, podrá exigir que le reintegren el valor de dicho animal, aunque no hay óbice alguno para que se pueda pactar, entre ambas partes contratantes, que el *conductor* responda del caso fortuito, debatiéndose, sobre todo entre los moralistas, si ello incluye cualquier caso fortuito o solamente los eventos habituales, según interpretación vulgar de los ciudadanos¹⁵³.

7. PANDECTÍSTICA

Glück, en el tomo XIX de sus comentarios a las Pandectas¹⁵⁴, defiende que el *conductor* está obligado a servirse de la cosa «regularmente y diligentemente», es decir, debe gozar de la misma como un buen padre de familia, empleando la debida diligencia para su conservación, pues responde no solo del daño que cause deliberadamente, sino el que se produzca por su negligencia e imprevisión, así como el que causen otras personas, sea que tienen subarrendada la cosa, y cualquier culpa les sea imputable, o que lo produzcan las personas que tiene destinadas a su propio servicio, o que ha recibido el arrendatario en calidad de huéspedes, es decir, personas que no habría debido introducir en casa: en tales casos, el *locator* no solamente tiene acción contra el *conductor*, sino también contra los autores del daño, acogiéndose a D. 19, 2, 31 de Ulpiano, citando a Pomponio.

No está, a cargo del arrendatario, el riesgo o *periculum* de la cosa arrendada, salvo que se haya pactado expresamente en el contrato, por lo cual los casos fortuitos afectan al *locator*, siguiendo el criterio de Juliano, referido por Ulpiano en D. 19, 2, 9, 2-4, salvo que explícitamente se comprometiera a devolver el objeto intacto, porque entonces asume tácitamente el riesgo, a tenor de D. 19, 2, 10, 4. Por otra parte, el *conductor* no

servi non probi, nec diligentis culpabiliter electi, at non de damno proveniente ex culpa servi probi, diligentis, et probati prudenter electi».

¹⁵³ «Conductor obligans se ad casus fortuitus in genere, non obligatur ad casus penitus insolitos. Bartolo in lege Scio & medico ff. de annuis legatis.... Molina disputatio 495 n. 20 dicit esse communem contra Pinellum et alios. Ut autem ut reputetur casus pro penitus insolito, non sufficit, quod a longo tempore v. g. a quadraginta annis non contigerit, sed debet esse talis, qui in hujusmodi Regione dnunquam contigerit, aut omnem memoriam hominum superset, ita ut de illo nulla penitus cogitation, aut timor a conductore concipi potuerit; sic notant passim doctors. Si autem conductor per pactum expressum se obligasset ad quoscumque casus fortuitous, etiam penitus insolitos, tunc ad ipsos teneretur: communis. Conductor suscipiens in se periculum equi conducti, non tenetur de morte naturali ejusdem, quia nomine, et appellatione periculi non venit mors naturalis ex naturalibus causis obventura, sed in his et similibus causis nomine periculorum veniunt ea, quae ex causis extrinsecis possunt obvenire, ut ex incursione hostium, latronum agresione, viarum difficultate, et similibus. Tum quia mors naturalis aeque obvenire potuisse, sive equus fuerit locatus, sive non; sive locatus tali conductor, sive alteri; nisi conductor quodammodo per modum insuetum causam dederit illius morti, quia tunc ratione culpae teneretur de ipsa morte». FERRARIS, L., op. cit., p. 344.

¹⁵⁴ GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, dir. por F. Serafini e P. Cigliano. Libro XIX. Trad. e annot. da U. Grego, Milano, doct. L. Vallardi, 1891, pp. 231-316.

responde de la conducta de los miembros de su casa o sus domésticos, quando no se ha demostrado que haya faltado a la debida supervisión de los mismos, o ha incurrido en culpa a la hora de elegirlos, de modo que si el arrendatario afirma que ha perecido la cosa por caso fortuito, del que no debe responder, le corresponde la prueba de esta excepción, como demandado¹⁵⁵.

Dernburg¹⁵⁶, al referir las obligaciones del *conductor*, cita en segundo lugar la de hacer buen uso de la cosa, y responde por cualquier culpa, tanto la que ha provocado la destrucción del objeto, como la que conlleva el deterioro del mismo, matizando que solo entonces es responsable por la culpa de su gente y de sus huéspedes, si cae sobre el mismo una culpa, como en su admisión, sin olvidar que al finalizar el contrato debe restituir el objeto en el estado en que se encontraba¹⁵⁷.

Windscheid, en su *Diritto delle Pandette*¹⁵⁸, recuerda que, como el arrendatario está obligado a restituir la cosa al término del contrato, si se hubiera hecho imposible, o estuviera el objeto deteriorado, respecto de la situación que presentaba cuando se lo entregó el *locator*, «responde al locatore dell'interesse, se l'impossibilità od il deterioramento è sopravvenuto in conseguenza del suo dolo o della sua negligenza; del caso fortuito egli responde solamente quando ciò è pattuito, o nel caso di sottrazione», con remisión a los diversos fragmentos de las fuentes romanas.

8. CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Antes de la codificación, por lo que concierne a la doctrina del siglo XVIII, Juan Sala¹⁵⁹ resume el régimen positivo hispano en esta materia, señalando que el arrendatario está obligado a cuidar la cosa como si fuese propia, según Partidas 5, 8, 7, además de pagar el precio convenido, añadiendo: «Como este contrato contiene utilidad de ambos contrayentes, se deberá prestar en él la culpa que llamamos media ó leve, ó negligencia, esto es, deberá poner cada uno de los contrayentes en lo que es de su obligación, aquella diligencia que pone en sus cosas», (*sic*), de modo que sería la culpa leve en concreto, según este jurista, respondiendo del caso fortuito si incurriese el *conductor* en mora, o si se hubiera pactado expresamente, o si hubiera dado ocasión a ello.

Jordán de Asso y Manuel¹⁶⁰, sintetizan esa misma regulación jurídica parcialmente, puesto que recuerdan la norma según la cual «pasado el plazo del arrendamiento se ha de restituir la cosa», y si hubiera demora por el arrendatario en el cumplimiento de esta obligación, restituye el doble, «con los daños y menoscabos», adicionando que, «el

¹⁵⁵ GLÜCK, F., op. cit., pp. 293-298 y notas, tanto de las fuentes romanas como del derecho italiano, al que se cita frecuentemente, conforme al Código civil de 1865.

¹⁵⁶ DERNBURG, A., *Pandette*, vol. II. *Diritto delle obbligazioni*, 1.^a trad. dal tedesco por F. B. Cicala, Torino, frat. Bocca edit., 1903, pp. 478-480.

¹⁵⁷ Ferrini se limita a reconocer: «la responsabilità è misurata a stregua della *culpa levis*», con remisión a las Instituciones de Justiniano 3, 24, 5. FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 4.^a ed. cur. e int. da G. Grossi, Milano, S. E. L., 1953, p. 538.

¹⁵⁸ WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*. Trad. de C. Fadda e P. E. Bensa, con note e riferimenti al Diritto Civile italiano, vol. II, rist. st., Torino, Unione Tipografico, 1930, pp. 545-546.

¹⁵⁹ SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, t. II, Coruña, imp. de G. Lomas, 1837, pp. 312-314.

¹⁶⁰ JORDÁN DE ASSO, I. – DE MANUEL Y MIGUEL, M., *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.^a ed. corr. notab. y aum. la parte histórica, Madrid, imp. Ramón Ruiz, 1792, pp. 218-220.

alquilador de carro, caballerías etc. para el transporte», está obligado a pagar el valor de la cosa, con todos los perjuicios, «si se perdiera el objeto alquilado por su culpa», aunque no matizan el grado correspondiente.

Domingo de Morató, en la primera mitad del siglo XIX¹⁶¹, enuncia las obligaciones del arrendatario, comenzando por el deber de cuidar de la conservación de la cosa como un diligente padre de familia, respondiendo en ella hasta la culpa leve, además de no destinar la cosa a otros usos que los que se ha concedido, expresa o tácitamente, junto con el pago de la pensión y la devolución del objeto, «en buen estado con sus accesiones», en el plazo convenido. Consecuentemente, si ha perecido el objeto arrendado por culpa leve del arrendatario, o de sus domésticos, o dependientes, pagará la estimación, e indemnizará los desperfectos o deterioros de la cosa, si únicamente ha experimentado algún menoscabo por dicha causa.

El proyecto de Código civil español de 1836, en sus arts. 1210 a 1215¹⁶² regulaba las obligaciones del arrendatario en los arrendamientos de fincas rústicas, disponiendo en el primero, de los preceptos citados: «cuidar de la misma como si fuese propia, esto es, con la diligencia de un buen padre de familia y sin destinarla a otro uso o servicio que aquél mismo para el que se le arrendó» y, en el tercero, «reponer en la cosa arrendada todo lo que se hubiese deteriorado por su culpa o mal uso», previendo el deber de indemnización, por destino diferente del que debía tener el objeto. También se dispone en el art. 1212, y en el siguiente, la devolución o restitución de la cosa al finalizar el contrato «en el mismo estado en que la recibió», añadiendo: «pero no será responsable del deterioro que haya tenido la misma por efecto de su estado o naturaleza, o bien de fuerza mayor irresistible», remitiéndose, en el art. 1215, a la responsabilidad mutua, conforme al art. 993, que establecía el resarcimiento de daños y perjuicios, o abono de intereses, por dolo o negligencia de alguno de los contratantes. En el arrendamiento de ganados, el art. 1231 exige cuidar del ganado con la diligencia del buen padre de familia, y no se le hace responsable al arrendatario de los casos fortuitos.

El proyecto de CC de 1851, de García Goyena¹⁶³, preveía, en sus art. 1477, dentro de las principales obligaciones del arrendatario, «usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto, al que racionalmente se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada, según costumbre de la tierra», en consonancia con el art. 1728 francés, el 1574 napolitano, el 1596 holandés, el 1224 vaudais y el 2680 de Luisiana, recepcionando D. 19, 2, 25, 5 y 61, a través de Partidas 5, 8, 7, mientras en el art. 1483 se libera al arrendatario del pago de la renta, si por caso fortuito no pudiere usar de la cosa arrendada, «con tal que lo ponga inmediatamente en noticia del propietario». El art. 1494 dispone: «El arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado

¹⁶¹ DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El Derecho civil español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de Juan Sala*, 2.^a ed. corr. y aum., t. II, Valladolid, Impr. hijos de Rodríguez, 1877, pp. 441-443.

¹⁶² Vid. LASSO GAITÉ, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (Géneros e historia del Código)*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, pp. 209-210 y 225-227.

¹⁶³ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, imp. Sociedad tipográfico-editorial, 1852, pp. 447 y 459.

sin culpa suya», en correspondencia con el art. 1732 napoleónico y otros, siguiendo lo previsto en C. Iust. 4, 65, 20 y Partidas 5, 8, 8, complementado con el 1495, a tenor del cual «el arrendatario es responsable de los deterioros ocasionados por las personas de su casa», siguiendo al Code civil, art. 1735, con otros que cita, y ambos a partir de la recepción de D. 19, 2, 11 y D. 19, 2, 25, 7 y 19, 2, 30, 4.

Por primera vez se examina la cuestión relativa a si en las palabras «personas de su casa» quedan comprendidos los huéspedes. El codificador responde afirmativamente, «cuando la casa ha sido destinada a huéspedes, aun cuando sean accidentales», ya que se inspira en el principio jurisprudencial romano *«mala electio culpa est»*, además del citado responsum de D. 19, 2, 11, donde se habla de *«vel suos, vel hospites»*.

El CC de 1889¹⁶⁴, dispone en sus artículos 1561¹⁶⁵ y 1563¹⁶⁶, que las pérdidas y deterioros debidos al tiempo, es decir, al uso ordinario de la cosa arrendada, o por causa inevitable, no son de su cargo, pero responderá de cualquier otra pérdida o deterioro, salvo que pruebe que se produjo sin su culpa. Como advierte Sánchez Román¹⁶⁷, se trata de una presunción *juris tantum*, mientras éste no pruebe que se occasionó sin su culpa.

Nuestro Código recoge lo dispuesto en Partidas 5, 8, 7-8 y 18, que obligan al arrendatario a responder, frente al arrendador, de los menoscabos, deterioros, o pérdidas que por mal uso o negligencia suya o de personas de su dependencia experimentase la cosa arrendada, mientras el arrendatario no responde de los daños ocasionados por caso fortuito en las cosas arrendadas, a no ser que haya contraído especialmente esta responsabilidad, o sobreviniere después de constituido en mora: Part. 5, 8, 8, recogido en Nov. Recop. 10, 10, 8. No obstante, la prueba será a cargo del arrendatario, para quedar relevado de esa responsabilidad¹⁶⁸.

Debemos recordar que la regla de Partidas citada, copia el *responsum* de D. 19, 2, 25, 7, *qui columnam*, si bien divergen, porque mientras en el fragmento jurisprudencial se habla de culpa levísima, en el texto de Alfonso X no se exige culpa levísima, advirtiendo Benito Gutiérrez, la palabra *diligentissimus* está usada con hipérbole *«superlativum propositivo ponitur»*, y puede entenderse como dice Azón, *«in conductore diligentissimo in suis»*, según la glosa 4.^a. Tampoco responde de la muerte, pérdida o deterioro que ocurriese casualmente sin culpa suya, como la muerte natural del animal, conforme a D. 19, 2, 25, 6 y D. 19, 2, 28, antes citados. Hay tres excepciones a la regla de la responsabilidad

¹⁶⁴ Cf. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil y el Código civil*, t. IV, 2.^a ed., corr. y aum., Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899, pp. 735-795; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil, comentado y concordado extensamente*, ed. rev. y puesta al día por L. Rodríguez-Arias Bustamante, t. XXIV. Primera parte, artículos 1542 a 1582. *Del contrato de arrendamiento*, Madrid, ed. Reus, 1952, pp. 565-577; LUCAS FERNÁNDEZ, F., en AA. VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo, t. XX, vol. 1. Artículos 1542 a 1582 del Código civil, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1980, pp. 405-416; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., en AA. VV., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*. T. V. Artículos 1445 a 1603, Madrid, Artes gráficas Grefol, 1991, pp. 706-718; GONZÁLEZ POVEDA, P., en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, t. 7. Artículos 1315 a 1789, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 571-576; DÍEZ-PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.^a ed. rev. y puesta al día, Madrid, Tecnos, 1994, p. 372.

¹⁶⁵ «El arrendatario debe devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió, salvo lo que hubiere perecido ó se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable» (fuerza mayor).

¹⁶⁶ «El arrendatario es responsable del deterioro ó pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse occasionado sin culpa suya».

¹⁶⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, F., op. cit., p. 790.

¹⁶⁸ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., op. cit., p. 749, sobre la normativa anterior al Código civil.

prevista en Partidas: 1. Si el arrendatario hubiese tomado sobre sí el caso fortuito, al que se reconoce su validez, y como tal se afirma en D. 19, 2, 9, 2, que es origen de la recepciónada en el Derecho histórico español, y en su alcance normativo, objeto de amplia discusión en la doctrina, como Antonio Gómez y Febrero, mientras le sirve de referencia el Code civil francés de 1804, arts. 1772-1773, en los que se afirma que la cláusula, en la que se contiene que el arrendatario soportará los casos fortuitos, sin ulterior precisión, toma a su cargo los previstos y los no previstos, es decir, todos ellos; 2. Si incurriera en mora para devolver el objeto, y 3. Si mediase culpa, que en los principios celebrados en utilidad recíproca de los contrayentes, solo tiene lugar hasta la culpa leve¹⁶⁹.

Por su parte, el art. 1564¹⁷⁰ extiende la responsabilidad del arrendatario a los deterioros o pérdidas causados por las personas de su casa¹⁷¹, conforme a lo previsto en Partidas, y como no se habla de familiares exclusivamente, se ha de interpretar que responde del daño que causan los criados, huéspedes, visitantes, es decir, según un criterio amplio de la expresión.

En síntesis, el arrendatario que ha disfrutado de la cosa para su uso, debe usarla como un buen padre de familia, y por ello el objeto debe encontrarse en el momento de devolución tal como se hallaba en el de la entrega, excepto el deterioro propio del uso durante el tiempo del contrato, o alguna causa que no se haya podido impedir, ajena a la voluntad del arrendatario.

Por el mismo motivo, el arrendatario está obligado a responder de los daños y menoscabos que por su culpa se hayan causado en la cosa arrendada, conforme a Partidas 5, 8, 8, aunque la presunción *juris tantum*, de haber causado los daños por su culpa, no cabe extenderla al arrendamiento de servicios, por razón de su objeto específico. Conforme al art. 1564, el *conductor* responde de los daños causados por sus huéspedes, siguiendo el *responsum* jurisprudencial romano de D. 19, 2, 11, y en consonancia con la obligación de reparar el daño causado, no solo por los actos u omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder, previsto en el art. 1903 del CC español¹⁷².

Podemos concluir, *in memoriam* del ilustre catedrático de Historia del Derecho, fallecido hace un año, Dr. Pérez-Prendes, con unas palabras válidas en nuestra materia, que

¹⁶⁹ GUTIÉRREZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, 2.^a ed., t. IV, Madrid, Imprenta A. Peñuelas, 1871, pp. 416-419.

¹⁷⁰ «El arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa».

¹⁷¹ Recuerda Benito Gutiérrez, que conforme a D. 9, 2, 17, 11 *ad Legem Aquiliam*, y D. 19, 2, 11, el arrendatario no solo responde de su falta, sino de la que cometa su familia o los dependientes que tenga a su servicio incluso, dice Domat, los huéspedes, pensionistas y subarrendatarios. El fragmento jurisprudencial clásico es preciso: *Culpam eorum quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit*, y en D. 19, 2, 25, 7 y 30, 4 se afirma: «*periculum praestat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur culpa acciderit*». Esta distinción es tan cuestionadas, que en varios Códigos decimonónicos no se incluye, porque un arrendatario no puede saber el carácter de sus huéspedes o de sus criados, y sin embargo responde de los daños que causen. En caso de incendios, en Roma se excluía la fuerza mayor, y así pasa al Code Civil napoleónico, en su art. 1733, donde se declara al arrendatario responsable del incendio, como no pruebe que ha sido ocasionado por caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción, o que el fuego se ha comunicado de una casa inmediata. GUTIÉRREZ, B., op. cit., pp. 420-421.

¹⁷² Cf. OYUELOS, R., *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código Civil español, concordados con los Códigos americanos y portugués*, t. VI, arts. 1315-1603, Madrid, Cuerpo de Derecho Español, 1930, pp. 356-358.

cita en sus *Bienaventuranzas del Derecho romano*¹⁷³, remitiéndose al criterio formulado por el eminent romanista alemán Max Kaser, a propósito de los perfiles generales del Derecho romano, renacido y recreado, quien proclama, con toda solemnidad: «el principal logro monográfico de los profesores de aquellos centros (Beirut y Constantinopla) será elaborar, dentro de esa sistematización general, una doctrina de la culpa y de la voluntad conforme a lo que era la actualidad filosófico-teológica del tiempo y lugar en que vivían, lo que implicará una enfatización de la buena fe en las diversas relaciones jurídicas».

SÍNTESIS: Un contencioso procesal que se instó en Ciudad Rodrigo (Salamanca) el año 1553 ante el gobernador, y posteriormente ante el teniente del corregidor, permite examinar la recepción del grado de responsabilidad del conductor en un arrendamiento de la mula destinada a viaje del arrendatario, desde dicha localidad salmantina hasta Medina de Rioseco. Queda patente la aplicación de la culpa, como medida de su obligación de restituir el animal en las mismas condiciones recibidas, tal como postuló la jurisprudencia clásica romana, aunque del proceso se desprende la aplicación de otros institutos del Derecho romano, como la utilización de la *actio locati*, la fianza, la curaduría *ad litem*, la presunción como medio de prueba, la nulidad de una sentencia, y la *restitutio in integrum ob minorem aetatem*, entre otros.
PALABRAS CLAVE O LLAVE: Arrendamiento de cosa – responsabilidad – culpa – proceso – Ciudad Rodrigo – Derecho romano – siglo XVI – Recepción – *conductor*.

ABSTRACT: A procedural litigation that was urged in Ciudad Rodrigo (Salamanca) in the year 1553 before the governor, and subsequently before the lieutenant of the corregidor, allows to examine the reception of the degree of responsibility of the driver in a lease of the mule destined for the tenant's trip, from said locality of Salamanca to Medina of Rioseco. The application of guilt is clear, as a measure of its obligation to return the animal in the same conditions received, as postulated by classical Roman jurisprudence, although the process results in the application of other institutes of Roman law, such as the use of *actio locati*, bail, *ad litem* curatorship, presumption as a means of proof, nullity of a sentence, and *restitutio in integrum ob minorem aetatem*, among others.

KEYWORDS: Lease of property – responsibility – fault – process – Ciudad Rodrigo – Roman law – XVI century – Reception – *conductor*.

APÉNDICE

«Executoria a pedimiento de Domingo Nieto. Secretario Juan Bazquez.

(De 9 de noviembre de 1555. Domingo Nieto con Agustín Rodríguez, vecinos de Ciudad Rodrigo. Salamanca, sobre el pago de los daños causados a una mula, que fue alquilada y se devolvió enferma)

Don Carlos al mi justicia mayor e a los del mi Consejo presidentes e oidores de las mis audiencias alcaldes alguaziles de mi casa corte e chancelleria e a todos los corregidores asistentes gobernadores e juezes de rresidencia alcaldes alguaciles merinos e otros juezes e justicias qualesquier

¹⁷³ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M., *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, Madrid, Iustel, 2010, p. 107.

de todas las cibdades villas e lugares de los mis reinos e señoríos que agora sois o sereys de aquí adelante a a cada uno e qualesquier de vos en vuestros lugares e jurisdicções a quien esta mi carta executoria fuere mostrada e su treslado signado de escribano publica sacado con autoridad de justicias en manera que haga fee salud e gracia.

Sepades que pleito se a tratado en la mi corte e chancilleria antel mi presidente e oidores de la nuestra abdiencia el qual antellos vino en grado de apelación de ante el licenciado Juan Lopez teniente de corregidor en la çibdad de Çibdad Rodrigo y hera entre Agustin Rodrigues vecino de la çibdad de Çibdad Rodrigo y su procurador de la una parte y Domingo Nieto vecino de la dicha çibdad y su procurador de la otra sobre razon que pareze que en la dicha çibdad de Çibdad Rodrigo a treze días del mes de mayo de mil e quinientos e çinuenta y tres años antel doctor Pernia corregidor en la dicha çibdad parecio Amaro Gallego en nombre del dicho Domingo Nieto e presento antel un scrito de demanda en que dixo que se querellaba de Agustin Rodrigues e contando el caso dixo que ansy hes quel martes despues del lunes Alvillo el dicho su parte avia dado en alquiler al parte contraria una mula color negra cortada la cola para hir en ella a Medina de Rryuseco e se la avia dado muy buena e sana e bien tratada en la dicha çibdad e la avia tenido e se avia servido della por espacio de nuebe días e la avia llevado a la dicha çibdad e al tiempo que la abia llevado no estaba el/ dicho su parte en su casa ni la abia rrecebido e queriéndola alquilar para la villa de Madrid syn que la dicha mula hubiese salido de casa despues que la parte contraria la avia llevado abia parecido la dicha parte aber llevado la dicha mula coxa y lijada por çima de la rrodilla derecha del pie trasero como con daga e clavo por manera que la dicha mula no estaba para caminar y el dicho su parte la avia hecho curar a albeytares de la dicha çibdad e nunca despues aca abia sanado e tenia la dicha pierna alta del suelo e no podía andar antes tenían por ziertos los albeytares que quedaría coxa e manca de la dicha pierna e porquel dicho parte contraria estaba en la dicha çibdad donde avia rrecebido la dicha mula e porque despues que la havia llevado nunca mas avia estado en la dicha çibdad pidió al dicho corregidor que abiendo por berdadera la dicha relación o tanta parte della que bastase lo contenido pagase al dicho su parte el valor de la dicha mula con los alquileres que la dicha mula oviere ganado despues en la aver llevado pues la entrega que abia hecho della no la entregando sana como la avia rresçebido no avia de ser avido por entrega e a que le pagase todos los gastos e gastos (*sic*) que abia hecho en curar la dicha mula hasta entonces y en las que se hiziesen durante la causa e que rrecibiese la dicha mula e la curase a su costa e la mandase depositar a costa de la parte benzida e que no tuviese justicia y estimo el valor de la dicha mula en treinta ducados syn los dichos alquileres e costas e gastos haciendo al dicho su parte sobre lo susodicho a cumplimiento de justicia e pidio las costas e juro en forma que no lo pidia ni alegosamente e que porque el dicho parte contraria se tenia que hir a la villa de San Martin de Trebexo que era fuera de la dicha jurisdicion pidió al dicho corregidor mandase diese fianças en la dicha çibdad de estar a justicia con el dicho su parte y pagar lo juzgado e que dexase procurador e casa señalada con quien se hiziesen autos e no lo dexando le señalase al dicho contrario los estrados y porque hera menor de veinte y cinco años le proveyese de un curador ad liten con quien se hiziese el juicio // lo qual visto por el dicho corregidor dixo que dandole testigos de ynformacion de lo susodicho hara justicia, la qual pareze fue dada e rrecebida, e por el dicho corregidor visto mando dar e dio su mandamiento para quel alguacil de la dicha çibdad rrequiriese al dicho Agustin Rodrigues que diese fianças legas llanas e abonadas destar a derecho con el dicho Domingo Nieto sobre la dicha mula donde no que le pusiese en la carçel lo qual paresce le fue notificado en su persona el qual dixo questava presto de dar e dio las dichas fianças e para ello dio por su fiador a Jeronimo Rodrigues boticario vecino de la dicha çibdad el qual se obligo por su persona e bienes muebles e rayzes avidos e por aver que Agustin Rodrigues su hermano estaría a derecho en la dicha çibdad con Domingo Nieto Calcete vecino della sobre la mula que le pedia e pagaria lo que contra el fuese juzgado e sentenciado e

sobre ello otorgo escriptura de fiança en forma e ansymismo paresce quel dicho Agustin Rodrigues fue probeydo de curador Andres Diez vecino de la dicha çibdad al qual se desçirnio la dicha curaduria en forma el qual Andres Diez parescio ante el dicho corregidor en nombre del dicho Agustin Rodrigues boticario (*sic*) e nego la dicha demanda e protestando como en ella se contenia con protestacion de poner execiones e defensiones dentro del termino de la ley e poniendolas en el dicho nombre presento ante el dicho corregidor un scrito en que dixo quel dicho menor debia ser asuelto e dado por libre de la dicha demanda e la parte contraria debia ser condenado en las costas porque no avia sido ni hera parte para lo que pedia ni para ello tenia ausion ninguna contra el dicho su menor porque del dicho contrato de locacion no avia sucedido cosa de que podiese resultar ação ninguna contra el dicho su parte e negaba la dicha demanda segun e como avia sido yntentada e contestandola si hera necesario allar seria por verdad que la dicha mula avia sido muy bien tratada en el dicho camino desde ally a Medina sin le hazer ninguno mal tratamiento ni llevar carga demasiada sino solamente la persona del dicho menor dandole bien de comer e beber sin darle jornada de-/masiada como parescia que avia estado nuebe días en yr e bolber de ally a Medina sin que de ally pasase e aunque pasase otras ocho leguas mas se sofriera el dicho camino de los nuebe días y negaba averle dado el dicho su menor la herida que en contrario se dezia ni otra persona al tiempo que la avia tenido, ni tal con verdad se hallaría como lo susodicho fuese en fundamento de la dicha demanda, a la parte contraria encunbia primero probarlo e paresce no lo probaba, abia de ser el dicho su parte dado por libre y en quanto a lo que por naturaleza se podía probar por negatiba concertada en lugar y tiempo, no se obligando a prueba no necesaria, diria que la presuncion estaba muy clara en favor del dicho su parte por el dicho buen tratamiento que avia fecho a la dicha mula e porque quando se avia apeado della en la dicha çibdad no llevaba tal herida ni hiba coja ni abia cogeado yendo de la casa de donde el dicho su menor se avia apeado para en casa del dicho Domingo Nieto y si fuera coxa o herida aparezera luego e se dixerá e porque la abia tenido en su casa el dicho parte contraria mas de quattro dias syn que la herida ni cogeo se pareziese lo qual parezera si en el dicho camino se le fiziera y aviale podido subçeder despues que abia hidio estando los dichos días en su casa de algun clabo o palo que se le yncase o de otra cosa qualquiera e no aver probanças ni aun presuncion contra el dicho su parte porque si algun testigo abia querido hablar en favor de la parte contraria hera su suegra e Albaro Rodrigues hermano de su mujer que heran partes y porque otras beces la parte contraria abia querido ganar ynteres de la dicha manera como otras personas a quien abian alquilado la dicha mula y abia de tener entendido que quien tenia por offizio de alquilar bestias no avia de pensar que abian destar tam a su placer caminando como teniendola en su casa por lo qual y lo mas por mas principal porque no probava tener culpa el dicho su menor en el contenido de la dicha su demanda porque pidio al dicho corregidor le diese por libre della por lo qual pidio justicia e las costas pidio y protesto. De lo qual por el dicho corregidor fue mandado dar traslado a la otra parte e se rreplico contra el lo contrario e sobreello fue concluso el dicho pleito e las dichas partes fueron rrezebidos a prueba en zierta forma e con cierto termino dentro del qual fueron fechos ziertas probanças por testigos de que fue // fecha publicación y sobreello fue el dicho pleito concluso el qual visto por el dicho dotor Pernia corregidor en la dicha zibdad de Zibdad Rodrigo dio y pronuncio en el sentencia difinitiva su tenor de la qual es este que se sigue:

In marg. Sentencia

Visto este pleito proceso etc. ffallo que el dicho Domingo Nieto provo su yntinçion como de yuso sera declarado y el dicho Agustin Rodrigues ni su curador en su nombre probaron quanto a ello sus heceções por no probadas las pronuncio. Por ende que debo de condenar y condeno al dicho Agustin Rodrigues e a su curador a que dentro de nueve dias primeros siguientes despues de la notificación desta sentencia del pague al dicho Domingo Nieto diez mil maravedís del valor de la mula que le alquilo al dicho Agustin Rodriguez y en las costas que hizo en la cura de

la dicha mula despues de averla traído y entregado al dicho Domingo Nieto hasta el tiempo que los alveytares mandaron que la hechasen a la dehesa, y no curasen della, cuya liquidación en my reservo y de lo demas pedido contra el dicho Agostin Rodrigues le absuelvo y doy por libre, y por causas que a ello me mueven, no le ago condenación de costas e por esta mi sentencia difynitiba ansy lo pronuncio e mando juzgando. El doctor Pernia. La qual fue dada e pronunciada por el dicho corregidor en la dicha zibdad de Çibdad Rodrigo a zinco dias del mes de febrero del año pasado de mil e quinientos e çinuenta e quatro años la qual pareze fue notificada a los procuradores de las dichas partes en sus personas.

Despues de lo qual Amaro Gallego en nombre del dicho Domingo Nieto parescio ante el dicho corregidor e por un scrito dixo que la sentencia por el dada en favor del dicho su parte e contra la parte contraria hera pasada en cosa juzgada porque le pedia se la mandase dar signada e por el dicho corregidor visto mando a la parte del dicho Agustín Rodrigues que dentro de cierto termino mostrase las diligencias lo qual paresce fue notificado a Andres Diez procurador del dicho Agustín Rodrigues menor el qual parescio antel dicho corregidor e por un scripto que antel presento/ dixo que la sentencia por el dada contra el dicho su parte y en favor del dicho Domingo Nieto sobre la dicha mula hablando con el acatamiento debido hera ninguna e muy ynvalida de derecho y la nulidad della se hespresaba en la misma sentencia porque dezia quel dicho Domingo Nieto avia probado bastante mente su demanda e lo contrario de lo qual parescia por el dicho proceso porque vista su demanda en que dezia quel dicho menor le avia cometido una adaga o un hierro a la dicha mula por la pierna e vista su probança se veyá claramente que no avia testigo que tal cosa dixese y no avia de ser ninguno condenado por presunciones tan faciles como la parte contraria alegaba hespecialmente en cosas de tanta cantidad e de tanto perjuicio contra el dicho su menor porque dado caso que alguno albeytar dixese que le parescia ser la herida que tenia la dicha mula de algunos dias antes la dicha presuncion o parescer no ynduzia probanca porque della no se ynferia aversele dado el dicho su menor la dicha herida e podía ser que la tuviese la dicha mula de antes de los nueve días quel la avia rrecevido y la avia llevado a termino e que la rrezibiese despues que abia venido porque estaba probado en el proçeso que quando abia hido a la dicha çibdad abia hido sana y sin cogear e ansimismo por el camino e que avia estado quattro días en casa de dicho Domingo Nieto syn que se diese a ver a ningun albeytar y no avia avido testigo que dixese que otro dia siguiente despues que abia llegado se diese a ver a albeytar ni se rrequiriese al dicho su parte e porque la setima pusicion por el dicho su parte puesta ni la abia negado ni confesado la parte contraria porque hera bisto confesarla y en la dicha pusicion consistía toda la justicia por lo qual del mismo proceso se coligia la dicha nulidad y en caso que la dicha sentencia fuese alguna que no avia sido el dicho su parte sido ny lesy y damnificado por comision e negligencia de sus administradores e curador e no informar de justicia ni saver quando se avia dado al dicho corregidor // el proceso para sentenciar ni alegar ni probar lo que al dicho menor conbenia porque pidia restitucion *yn yntregum* contra la dicha sentencia e contra la dicha omision e negligencia e pidio fuese dada por ninguna como dada contra menor indefenso e reyncendida por el rremedio de la dicha restituzion la qual juro en forma no pidia ni aligosamente y en todo pidio justicia. Del qual por el dicho corregidor fue mandado dar traslado a el dicho Domingo Nieto y Pedro Ruiz en su nombre parecio antel dicho corregidor e presento antel un scrito en que dixo que lo alegado por la parte contraria contra la sentencia dada en favor del dicho su parte queriendo decir ser ninguna y que avia sido lesy y danyficado y pidia restitucion contra ella no avia avido lugar de se poder tratar porque la dicha sentencia avia sido y estaba dada y por no se aber apelado della abia pasado en cosa juzgada y las causas de la nulidad no le escluijan porque la causa que se abia expresado en la sentencia diciendo quel dicho su parte abia probado su demanda y constaba del proceso ser ansy verdad como parezia de las probanças en quanto aquello de que se avia hecho condenación e porque como quiera que la dicha mula fuese

herida e ligada quando el dicho Agustin Rodrigues la avia llevado se presumia aberlo el herido o lijado pues el la avia rrescibido sana y buena y aquella no se hallaba presuncion pues la carga de la probanza principal yncumbia a la parte contraria e lo susodicho no concernia en causa de nulidad ni por aquello via podía ser tratada e antes todo lo que en contrario se alegaba eran presunciones de que no se avia de hacer caso porque la parte contraria no se podía ayudar de lision pues hera obligado a dar cuenta de quien avia alijado la dicha mula pues la avia recebido del dicho su parte sana e buena e porque en los autos del proceso constaba de tal negligencia para que ubiese lugar la restitucion y a ella se avia de aver respeto ni consideracion ni se avia pedido por quien ni como ni segun ni quando devia e ansy pidió al dicho juez excluyese a la parte contraria de lo que pidia e dezia e pedio justicia e las costas. E visto por el licenciado Juan Lopez / teniente de corregidor en la dicha çibdad de Çibdad Rodrigo mando que se llevase antel el proçeso e quel lo veria e haria justicia. El qual paresce se le llebo e por el visto dio e pronuncio en el sentencia definitiva del tenor siguiente:

Visto este proçesso etc. Ffallo que la nulidad en este proçeso intentado por parte del dicho Agustin Rodrigues menor e de Andres Diez su curador *ad litem* en su nombre obo lugar por ende faciendo justicia debo declarar e declaro la dicha sentencia en esta causa dada por el dotor Pernia juez de residencia que fue en esta çibdad ser tal nula como esta dicho e que debo de restituir e restituyo al dicho Agustin Rodrigues e al dicho su curador para que dentro de seis días primeros siguientes puedan alegar e probar lo que conveniere a su derecho con apercibimiento o denegacion de otro qualquier termino los quales dichos seis mando corran e se cuenten desde el dia questa mi sentencia les fuere notificada e ansy lo sentencio e pronuncio e mando por esta mi sentencia etc. El la mando publicar aquel dia e pronuncio en la dicha çibdad de Çibdad Rodrigo a catorze del mes de noviembre del dicho año de mil e quinientos e cincuenta e quatro. La qual paresce fue notificada a los procuradores de las partes e della por parte del dicho Domingo Nieto fue apelado para ante mi e por ante quien e con derecho devia y en prosecucion de la dicha apelacion el dicho proçeso e autos fue traído e presentado a la dicha mi audiencia ante los dichos mis presidente e oydores ante los quales parescio Fernando de Salas en nombre del dicho Domingo Nieto parescio ante los dichos mis presidente e oydores e con su poder presento antellos una peticion en que dixo que por mi mandado ver y examinar el proçeso del dicho pleito hallaria la sentencia en el dada e pronunciada por el dicho licenciado Juan Lopez teniente de corregidor en la dicha çibdad de Çibdad / / Rodrigo por la qual en efeto aber declarado aber nulidad contra zierta sentencia dada contra el dicho menor por el dotor Pernia corregidor que abia sido en la dicha çibdad e abia recibido a las partes a prueba con termino de seys días segund que mas largamente en la dicha sentencia se contenia a la qual se rrefiriendo hallara que la sentencia abia sido buena injusta y agraviada contra el dicho su parte y devia de rreponer y emendar por lo siguiente. Lo primero por lo general. Lo otro porque se avia dado e pronunciado la dicha sentencia a pedimento de no parte porque abia declarado aber nulidad en la sentencia del dicho dotor Pernia pareciendo lo contrario por el proceso de la dicha causa porque ni abia nulidad antes abia sido horror de derecho expresado en ella ni abia causa ni razon alguna porque la rrebocar porque me pidio y suplico mandase revocar y rrebocase la sentencia del dicho corregidor declarando no aber avido nulidad en la sentencia primeramente dada en favor del dicho su parte y aquella mandase guardar e cumplir haziendole justicia y pidio las costas. De lo qual por los dichos mis presidente y oydores fue mandado dar traslado a la parte del dicho Agustin Rrodrigues y Antonio Rodrigues de Tordehumos su procurador en su nombre presento ante los dichos mis presidente e oydores una peticion en que dixo que la parte contraria abia apelado del auto que la justicia de Çibdad Rodrigo abia dado sobre la nulidad por el dicho su parte pedida de lo qual no avia avido lugar apelacion para la dicha mi abdienzia por ser de auto interlocutorio y ansi me suplico mandase remitir el dicho pleito al dicho Justicia e condurar en costas a la parte contraria. E sobrel dicho ritraido ante todas cosas pidio

pronunciamiento y de lo susodicho no se apartando y no en otra manera dixo que en todo aquello quel auto hera o podia ser en favor del dicho su parte abia sido bueno justa y derechamente dada y pronunciado e del no avia avido lugar a apelazion ni otro rremedio alguno ni abia sido apelado por parte / bastante en tiempo ni en forma ni en prosecucion de la dicha apelacion se avian fecho las diligencias necesarias y antes dicha apelacion abia quedado e fincado desierta y el dicho auto quanto a lo susodicho pasado en cosa juzgada y ansi me pidio y suplico quanto a ello lo mandase pronunciar y de lo susodicho echase que no estaba (en) los mismos abtos, mandase dar otra tal quanto a lo susodicho o conforme el dicho auto quanto a ello e sobre todo pidio justicia de lo qual por los dichos mis presidente e oydores fue mandado dar traslado a la otra parte e sobre el fue el dicho pleito contenido el qual visto por los dichos mis presidente e oydores dieron e pronunciaron en el sentencia difinitiva de tenor siguiente:

En el pleito ques entre Agustin Rodrigues vecino de la ciudad de Ciudad Rodrigo e Antonio de Tordehumos su procurador, de la una parte, e Domingo Nieto vecino de la dicha Cibdad e Francisco de Salas su procurador de la otra, ffallamos quel licençiado Juan Lopez teniente de corregidor de Ciudad Rodrigo que deste pleito conosçio en la sentencia definitiva que en el dio e pronuncio de que por parte del dicho Domingo Nieto fue apelado juzgo e pronuncio bien y el susodicho apelo mal por ende que debemos confirmar e confirmamos sus autos e sentencia del dicho teniente de corregidor la qual mandamos sea llevada a devida ejecucion con efeto como en ella se contiene e no hazemos condenacion de costas e por esta nuestra sentencia definitiva ansy lo pronunçiamos e mandamos. El dotor Redin. El dotor Santiago, la qual dieron e pronunziaron faziendo abdiencia en la dicha villa de Valladolid a diez e nuebe días del mes de otubre deste presente año de la data desta mi carta executoria, la qual pareze fue notificada a los procuradores de las partes y della fue suplicado e agora por parte del dicho Domingo Nieto me fue suplicado de las dichas sentencias que le mandase dar mi carta executoria para que fuesen cumplidas y executadas o como mi merced fuese lo qual visto por los dichos mis presidente e oydores fue acordado que debia mandar dar esta mi carta mi carta executoria para vos los dichos Juezes e justicias e para cada uno de / / vos en la dicha razon e yo tobelo por bien por lo qual vos mando que a todos e a cada uno de vos en los dichos vuestros lugares e juridiciones que luego que con ella o con el dicho su traslado sido como dicho es fueredes requerido por parte del dicho beays las dichas sentencias difinitibas en el dicho proceso y entravos dichos pleitos y sobre razon de lo susodicho dadas e pronunziadas ansy por el dicho lugarteniente Juan Lopez teniente de corregidor de la dicha cibdad de Ciudad Rodrigo como por los dichos mis presidente e oydores dadas e pronunziadas que de suso en esta mi carta executoria van incorporadas e las guardéis e cumplais e executeis e hagais guardar cumplir y executar y llebar y lleveis y sean llevadas a debida ejecucion con hefeto como en ellas se contiene e contra el tenor y forma dellas e de lo en ellas contenido no bais ni paseys ni consintais hir ni pasar por alguna manera so pena de la mi merced e de diez mil maravedís para mi camara e fisco so la qual mando a qualquiera scrivano publico que para ello fuere llamado que de ende al que vos la mostrare testimonio signado con su signo porque yo sepa como se cumple mi mandado. Dada en Valladolid a nuebe días del mes de noviembre de mil e quinientos e zinuenta e cinco años. Libraronla los señores dotor Rredin y dotor Santiago, oydores. El doctor Rredin.Rubricado.

ARChVa. Reales Ejecutorias. Escribanía de Masas. Fenecidos. Sign. 845-4

