Deductio mercedis, forma alternativa de 'garantía' del conductor

Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN

(*Universités UNED et Upcomillas, Madrid*)

1.- Proemio

Aún a costa de consumir, por razón del programa, una décima parte del tiempo que me corresponde al contenido de mi comunicación, quisiera iniciar esta intervención expresando mi sentimiento al pisar suelo griego. *Al principio era Grecia*, pudiera decirse parafraseando el tenor literal del Prólogo del Evangelio de San Juan. Siento la lengua y la cultura griega como propias. La lengua de Homero y de Hesíodo, de Herodoto y de Plutarco, de Sócrates, Platón y Aristóteles. Pronunciar sus nombres me produce ese sentimiento reverencial del que está penetrando en el mito.

Además, el idioma español, como la mayor parte de las lenguas romances europeas derivadas del latín, tiene al menos un veinte por ciento de voces, de palabras, de origen etimológico griego. Entre éstas predominan las expresiones técnicas, científicas y médicas. Sin ellas, no podían ser nombradas la mayor parte de los elementos y conceptos de la ciencia moderna.

Al principio era Grecia, pues, Grecia es, sin duda, la cuna de nuestra civilización. Tres siglos de la Grecia clásica revolucionan el mundo entonces conocido y, sobre todo, marcan y condicionan definitivamente la historia del pensamiento y del saber. De la explosión helénica creadora, seguimos siendo tributarios. Si pensamos como pensamos, si reflexionamos y si razonamos como lo hacemos, es porque así pensaban, reflexionaban y razonaban los griegos.

Sus cánones de belleza estética, sus conceptos y categorías filosóficas, sus valores políticos, hoy considerados cívicos, son los

nuestros. Así, lo asimilamos en *"Los trabajos y los días*" de Hesíodo, dejándonos imbuir de sus conceptos morales y religiosos. Con Solón fuimos capaces de comprender el valor de la disciplina y la voluntad como presupuestos indispensables para cumplir con los deberes del auténtico ciudadano. Con Píndaro, poeta heroico, nos deleitamos con el sacrificio y el esfuerzo del atleta que triunfa en Olimpos o en Delfos. Leyendo, en suma, a Platón, conocimos a su Maestro Sócrates y, desde el magisterio de sus escritos, nos legó a su discípulo Aristóteles y, con todos ellos, a su lado, nos iniciamos en la curiosidad, como premisa del saber y descubrimos las principales preguntas del ser humano y del mundo habitado por éste.

Por todo ello, quiero concluir este Proemio, a modo de rendida admiración por el glorioso pasado de este país que, este año 2006, acoge la "60 *Session. Société Internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité"*. Todos somos, en cierto modo, griegos. Por ello, en suelo griego, quiero exclamar desde lo íntimo de mi ser y proclamar agradecido: *Evaristof Hélade*.

2.- Algún apunte lingüístico-semántico sobre la voz "garantía".

En cuanto que nuestro Congreso dedica su marco temático al estudio de "*La garantie des dettes dans les droits de l`Antiquité*", me ha parecido procedente comenzar mi comunicación con alguna precisión semántica, convencido de que el adecuado uso del lenguaje y la correcta comprensión del idioma se conforman como elemento indeclinable para abordar, con rigor, cualquier reflexión jurídica.

La voz *garantía,* en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua[1], se considera procedente de *garante*, siendo este término un derivado del francés *garant* y éste, a su vez, procedente del franco *werênd*[2]. Sorprende, en primer lugar, que garantía no sea el

[1] Vid. Voz garantía en el Diccionario de la Lengua Española, en su vigésimo segunda edición, Abril de 2005, publicado por la Real Academia Española de la Lengua, en colaboración con veintiuna Academias que, con ella, integran la "*Asociación de Academias de la Lengua Española"*.

[2] El adjetivo francés *garant*, que podría traducirse, de forma casi literal, por "*garantizador*", proviene, según los lexicólogos, de la expresión germánica *weren, werend*, *werent* que, desde su genuino origen, tendría el significado de fianza, como forma antigua de garantía. Podría haber influido en su configuración, el significado de los verbos *garer*, guardar y *garir*, proteger o cuidar. En todo caso, la voz garantía,

término raíz del que procedan todas las demás palabras que, con ella, conforman su familia semántica. En principio pudiera parecer, que *garante* adoptaría su denominación por ser aquella persona que ofrece garantía, y no a la inversa. A pesar de ello, en la realidad lingüística, garantía viene así denominada, por ser aquello que ofrece el garante.

En segundo lugar es sorprendente, asimismo, que la voz garante, origen como acabamos de comprobar de la familia semántica, no provenga, por línea directa, del latín, sino del francés, en la expresión *garant*. En este sentido, es digno de ser resaltado que el autorizado Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana de Joan Corominas, recoge la expresión garante y no garantía. En cuanto a la datación cronológica de la voz española *garante*, Corominas refiere la de 1734[3]. Dicha datación se ha efectuado, en atención a que el estudioso ha podido constatar que la primera vez que en nuestro idioma ha tenido reconocimiento académico la voz *garante*, hay que referirla al tomo cuarto de la edición de 1734, que trata de las voces que empiezan por G a M, siendo, como he dicho, el cuarto tomo de seis de los que consta el Diccionario de Autoridades, habiendo visto la luz antes de ese tiempo, tres anteriores tomos de dicha opera magna, correspondientes a los años 1726, 1729 y 1732 y a las letras A-B el primero, C el segundo y D-F el tercero, respectivamente[4].

El actual *Diccionario de la Lengua Española* presenta distintas acepciones de la voz garantía. La primera, a mi juicio, debería ser, por lógica, la que correspondiese a su concepto más general y utilizado. No obstante el Diccionario, en su acepción príncipe, afirma que garantía es: "*efecto de afianzar lo estipulado*". Es evidente que la definición no es, en exceso, precisa desde un punto de vista técnico

---

sería un galicismo, en la actualidad perfectamente consolidado en nuestra lengua, que se utilizó para expresar lo que pudiera haberse hecho a través de la voz latina *fides*, entendida como confianza.

[3] Corominas considera, asimismo, que la voz procedería del francés *garant* y éste, probablemente, del fráncico *werênd*. Vid. Joan COROMINAS, *Breve Diccionario etimológico de la Lengua Castellana*, Segunda edición, 3ª reimpresión, Madrid 1973, p.291-292

[4] Diccionario de Autoridades. De la Real Academia Española, "Diccionario de la Lengua castellana en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o modos de hablar, los proverbios o refranes y otras cosas convenientes al uso de la lengua", Tomo cuarto Imprenta de la RAE, por los herederos de Francisco del Hierro, Madrid 1734.

jurídico, ya que utiliza el verbo *afianzar* que, por su raíz etimológica y su valor semántico, hace referencia a fianza, siendo ésta, solamente, una modalidad o variante de garantía y no su categoría general. Quizás podría haberse dicho, *garantía: efecto de asegurar lo estipulado*. Así, utilizando la voz *asegurar,* se comprendería toda acción por la cual se proporciona la garantía o aseguramiento de una obligación principal.

Repárese que el Diccionario utiliza la voz "lo estipulado", expresión ciertamente romana, aunque desgraciadamente en desuso, que refiere, de forma precisa y exacta, la causa generadora de la obligación que se dice afianzar o garantizar. Es altamente revelador que la Lengua Española, haya recibido del latín dicha expresión, como justo reconocimiento a aquella clásica *stipulatio* - configurada por la jurisprudencia romana -, de la que derivaba, por medio de una mera declaración oral solemne, el nacimiento de un vínculo obligatorio entre quien pronunciaba y quien era destinatario de la referida declaración.

En su segunda acepción, el Diccionario hace equivaler garantía a distintas formas o variantes de dicha categoría general, pues, afirma que garantía: *"supone fianza o prenda"*. Quizás los Señores Académicos han querido resaltar ambas modalidades de garantía, por entender que, en ellas, se encierran las variantes más típicas o paradigmáticas de los dos tipos genéricos en los que se puede dividir el concepto general de garantía, diferenciando, por tanto, entre garantías personales y garantías reales. Ello podría ser así, en el supuesto de que se entendiese que la hipoteca se encontraría, a su vez, inmersa en un concepto general de prenda, siendo, solamente, una variante de ésta, tal y como apareció en su génesis en el mundo romano, a pesar de lograr, en un momento posterior, sustantividad propia a través de un proceso, progresivo y lento, de evolución y conformación histórica.

Pues bien, al titular mi comunicación en este Congreso: "*Deductio mercedis, forma alternativa de ´garantía´ del conductor*" no me he situado en ninguno de los valores semánticos referidos en las dos primeras acepciones del Diccionario que he mencionado. He puesto entre comillas en el título la voz "garantía", en el buen entendimiento de que no la estoy utilizando en sentido técnico-jurídico. Me posiciono, por el contrario, en la tercera acepción de nuestro

Diccionario que entiende que garantía es, todo aquello que "*asegura y protege contra algún riesgo o necesidad*". Entiendo, así, que la solución jurisprudencial de la *deductio mercedis* equivale a una fórmula o modo por el que se aseguran y protegen los intereses del *conductor* frente a determinados riesgos que, eventualmente, pudieran acaecer en la realidad y cumplimiento de las obligaciones derivadas de la locación de un fundo rústico.

3.- Alguna consideración general.

Es de sobra conocido como la jurisprudencia clásica romana adoptó en el contrato de compraventa la máxima *periculum est emptoris* haciendo recaer el riesgo de perecimiento de la cosa vendida en la persona del comprador. Por el contrario, en la *locatio conductio rei* las reglas del riesgo hacen responsable de éste al arrendador, formulándose, con carácter general, la regla *periculum est locatoris*[5].

Uno y otro principio, aplicables a supuestos contractuales con diferentes intereses de las partes intervinientes explica, una vez más, como la diversidad de supuestos de hecho actúa como condicionante típico en la adopción de una y otra solución jurisprudencial casuística[6].

---

[5] A este respecto puede verse, con carácter general, entre otros: BRASIELLO, *L'unitarietá del concetto di locazione nel diritto romano*, RISG 2 (1927) p.529ss.; LONGO, *Sul regimen delle obligazioni corrispettive nella 'locatio conductio rei'*, Studi in onore di V. Arangio Ruiz, 1953, p.379ss.; BETTI, *'Periculum', Problema del rischio contrattuale in diritto romano clasico e giustinianeo,* Studi in onore di Pietro de Francisci I, 1956, p.192ss.; MAYER-MALY, *Locatio-conductio. Eine untersuchung zum klassischen römischen recht*, Viena-Munich 1956; KASER, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) p.155ss.; AMIRANTE, voce *Locazione,* NNDD IX (1963); ALZON, *Reflexion sur l'histoire de la "locatio conductio"*, RH (1963), p.553ss.; BISCARDI, Voce: *Locatio*, Dizionario Epigrafico di Antichità Romane, 1964; MIQUEL, *Periculum locatoris*, ZSS 81 (1964) p.134ss.; ALZON, *Les risques dans la locatio conductio*, Labeo 12 (1966) p.312ss.; LEUREGANS, *L'origine administrative du terme "locatio" dans la "locatio conductio" romaine*, 1977.; DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l`età postclassica*, 1994; IMPALOMENI, *Locazione nel diritto romano en Digesto delle discipline privatistiche*, 1994, p.89ss.; PUGLIESE, *Locatio-conductio*, Derecho Romano de obligaciones. Homenaje a Murga Gener, 1994, p.597ss.

[6] El derecho emana ad singulorum utilitatem, tal como se afirma en D.1.1.1.2. En este sentido, señala Reinoso: La utilitas es, pues, la brújula que guía siempre al jurista. Todo lo que se aleja de esta finalidad… se rechaza como inútil y perjudicial. Vid. REINOSO, *Iuris Auctores. Reflexiones sobre el jurista romano y la jurisprudencia*

Por ello, reconducida a una simple sinopsis, la cuestión objeto de nuestro análisis, podría reducirse a la siguiente interrogante: ¿debe el *conductor* pagar la renta convenida en todo caso, aunque no haya podido usar y disfrutar del fundo rústico arrendado y ello le haya impedido obtener del cultivo del mismo el rendimiento económico proyectado?

Para responder a esta cuestión, debemos situarnos en el marco del juego interdependiente de las prestaciones que derivan de la relación contractual del arrendamiento de cosa en general y de la *locatio conductio* de un fundo rústico en particular. Como es bien sabido, la obligación principal del *conductor* en una *locatio conductio rei* es el abono de *merces* convenida. Ésta debe entenderse como prestación de carácter sinalagmático y, por tanto, correlativa a la obligación a cargo del *locator,* consistente en la cesión del ejercicio del uso y disfrute de la cosa arrendada.

La renta o merced pactada es debida todo el tiempo convenido, con independencia de que el conductor haya o no disfrutado, por voluntad propia, del fundo arrendado[7]. Por ello, un abandono voluntario, carpichoso o arbitrario, del conductor de la finca o fundo arrendado, antes del plazo fijado, no puede ser causa para solicitar una reducción en la renta o merces acordada. En este sentido, se pronuncia de forma tajante, Paulo, en un fragmento tomado de su libro 34 de comentarios al Edicto, y recogido en

---

actual, Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d`Ors, Pamplona 1987, p.987. Por el contrario, la erección de la utilitas contrahentium en criterio general para fijar la responsabilidad contractual, a juicio de Álvaro d`Ors, provendría de la etapa postclásica. En este sentido, una vez desaparecida la tipicidad de la acción, la utilitas contrahentium, entendida como la manifestación del interés que cada una de las partes intervinientes tienen en la efectiva realización del contrato, es el parámetro desde el que pueden establecerse las distintas graduaciones de la culpa contractual Cfr. D`ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1989, notas 4 y 7 del & 456.

[7] La renta o merced deberá consistir, habitualmente, en la *locatio conductio rei* en el abono de una suma determinada de dinero, que deberá quedar fijado en el momento de perfección del contrato. En el supuesto de que la merced consistiese en otra cosa distinta a la *pecunia numerata* se entiende que estaríamos en presencia de un contrato innominado, tal como se afirma en distintos textos, así, entre otros, en D.19.5.5.2 (Paul. 5 quaest.) o en D.16.3.1.9 (Ulp. 30 ed.). A esta regla general se excepciona la *colonia partiaria*, supuesto fáctico en el que la renta acordada consiste en una cuota alícuota, *pars cuota*, de la cosecha del fundo rústico arrendado. Acerca de esta específica figura arrendaticia pueden verse, especialmente: FERRINI, *La colonia partiaria*, en Opere, 3 p.1ss.; y LONGO, Mélanges Girard, 2, p.105ss.

D.19.2.24.2 (Paul. 34 *ad ed.*)

Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere.

Como hace notar la doctrina[8], esta obligación de respeto del *conductor* del término establecido, como tiempo de validez y eficacia del arriendo - que conlleva su obligación de no abandonar el fundo hasta que se cumpla el plazo pactado -, se ve frecuentemente reflejada, de forma expresa, en el modelo que se solía utilizar como formulario en los arrendamientos rústicos griegos y egipcios, según lo testimonian distintas fuentes papirológicas[9].

Dicha obligación de no abandonar el fundo que implica la obligación de pago de la renta por el tiempo acordado, adquiere, además, pleno sentido en favor del *locator*, debido al interés de éste de que no dejen de realizarse en la tierra las labores de cultivo del fundo rústico, pues, de no hacerlo podría producirse un perjuicio en la futura explotación agrícola del mismo. En este sentido, debe subrayarse que el propietario del fundo rústico arrendado, no sólo tiene interés en el abono de la renta pactada durante todo el tiempo que se acordó el arriendo, sino que su interés se extiende, asimismo, a que el arrendatario utilice, conforme a su naturaleza, el fundo rústico arrendado y, por tanto, realice, durante el arriendo, las labores agrícolas adecuadas, pues si deja baldío el suelo, podría dañar, gravemente, las futuras labores del terreno, debido a la esterilidad provocada por su falta de atención y cultivo.

*4.- R*emissio *y* deductio mercedis *en la casuística jurisprudencial romana.*

La regla general, antes enunciada, de obligación de pago de la renta íntegra acordada durante todo el tiempo que se acordó en el contrato de arriendo, presenta en el supuesto de una *locatio conductio* de un fundo destinado a tareas y explotación agrícola, una excepción.

Se trata de un supuesto que encuentra su causa en un hecho ajeno a la voluntad del conductor y, además, no imputable a su falta de diligencia. Es, además, preciso que dicha causa sea sobrevenida, es

---

[8] Por todos, Cfr. COSTA, *La locazione di cosa nel Diritto Romano*. Roma 1966, Ristampa anastatica dell`edizione Torino 1915, p.47, nt.3.

[9] Así, entre otras, pueden consultarse las siguientes: BGU n. 644, vol. II, p.308 y BGU n.1118, vol. IV, p.201.

decir, que surja en un momento posterior a la celebración y eficacia del arriendo, y provoque una efectiva pérdida del ejercicio del *ius fruendi* que se establece en beneficio del arrendatario, en suma, que provoque una efectiva pérdida de las expectativas económicas que tenía éste en la realización del arriendo.

La consecuencia en estos supuestos es que, dicha causa, se erige como un título legítimo que faculta al *conductor* para lograr una exención total o parcial de la renta acordada, esto es lo que se conoce, respectivamente, con las expresiones *remissio o deductio mercedis*[10].

La razón de esta exención debemos encontrarla, de nuevo, en el carácter bilateral y sinalagmático de las prestaciones en el arriendo de cosa, particularmente, en los arriendos de fundos rústicos. Si la falta de goce y disfrute de los mismos, por causas no imputables al *conductor*, le impiden a éste obtener los esperados ingresos, fruto de la comercialización de los productos agrícolas producidos, parece de justicia que solicite quedar liberado, total o parcialmente, de la obligación de pago de la renta en cuanto que, normalmente, dicho abono, solamente, puede realizarse como consecuencia de los beneficios obtenidos con la venta de la cosecha obtenida como fruto del cultivo realizado.

Esta cuestión, en relación con la locatio de fundos rústicos, se formula, en términos generales, en el mismo inicio de un pasaje de Ulpiano tomado de su libro 32 de comentarios al Edicto y recogido en D.19,2,15,2 :

> *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait...*[11]

---

[10] Sobre éstas, en relación con la posibilidad de reducir o de extinguir la obligación de pago de la renta pactada, pueden verse, con carácter general: MAYER-MALY, *op. cit.* p.140ss.; ALZON, *Les risques dans la locatio conductio cit.*, p.314ss.; ANKUM, *Remissio mercedes*, en RIDA 19 (1972) p.219ss.; SITZIA, *Considerazioni in tema di "periculum locatoris" e di "remissio mercedis"*, Studi in memoria di G. d'Amelio 1, Milano 1978, p.331ss.; MASI, *Il problema della remissione della mercede alla luce di una testimonianza di Columella*, Studi in memoria di G. D`Amelio, Milano 1978, p.273ss.; DE NEEVE, *Remissio mercedis*, en ZSS 100 (1983) p.296ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis e rischi contrattuali*, Mélanges Magdelain, Paris 1998, p.73ss.

[11] Las diferencias del régimen jurídico que regulan los riesgos en una locación de un fundo rústico, respecto de otras locaciones o arriendo de cosa, así, en el

El fragmento ulpianeo[12] contiene, pues, una regla a la cuestión planteada, que el texto atribuye a Servio Sulpicio Rufo. En ella, el jurista clásico temprano afirma: *omnem vim, cui resisti non potest*.

Esta regla es, por tanto, la base la base de aplicación de la asunción del riesgo o *periculum*. El principio enunciado por Servio, al comienzo del pasaje trascrito, hace referencia, en su genuina formulación, a los arriendos de fundos rústicos en los que se establece como merces una cantidad fija de dinero[13]. Este principio formulado, probablemente, desde una previa y reiterada solución casuística, no se aplicaría a aquellos supuestos en los que se tratase de un arriendo en el que se pactase una renta en especie, consistente en un tanto por ciento de la cosecha obtenida.

Sabemos que en Roma, el supuesto más frecuente de arriendo de un fundo rústico debió de efectuarse a través de una forma de aparcería, en el que el aparcero se reparte con el propietario de la tierra, generalmente por mitades, la cosecha obtenida. A estos supuestos, se refiere Gayo - en un pasaje tomado de su libro décimo de los Comentarios al Edicto del pretor provincial -, recogido en D.19.2.25.6 *in fine*, sobre el que volveremos más adelante, cuando afirma:

> *... alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*.

Así, el *colonus partiarius* no sería exonerado, por *vis maior*, del cumplimiento de la obligación de entregar la *pars quota* pactada ya que, en su propia concreción y materialización, habría ya tenido efecto la pérdida ocasionada en la cosecha, efectivamente, obtenida.

---

arrendamiento de una casa o de una nave son puestas de manifiesto por ALZON, *Les risques...cit*. p.315, nt.18.

[12] Ankum, en su detallado estudio sobre la *Remissio mercedis*, expone un elenco amplio de cuestiones que siguen siendo debatidas y pueden suscitarse desde la lectura y exégesis de este fragmento que, sin duda, se considera por la doctrina el marco problemático del tema objeto de nuestro estudio. Cfr. ANKUM, *Remissio mercedis...cit.*, p.220-221.

[13] El principio que inspira las soluciones de la *remissio* o de la *deductio mercedis* es, ampliamente, aceptado por la doctrina expresada en las obras medievales de los glosadores y también de los postglosadores o comentaristas. Asimismo, este principio se mantuvo vigente, con carácter bastante generalizado, en Europa a través de la aplicación del *ius commune*, hasta la época del inicio de los procesos de las codificaciones civiles. Acerca de esta vigencia histórica, puede verse la prolija nota bibliográfica contenida en COSTA, *La locazione di cose...cit*. p.49, nt.2.

Una vez enunciada la regla o principio general, el pasaje ulpianeo, recogido en D.19,2,15,2, se extiende en el enunciado de un elenco tan amplio de causas que parecería que el jurista pretendiese llegar conformar un listado exhaustivo[14]. No obstante esta impresión, derivada de la exuberante riqueza casuística descrita, la relación de las mismas es meramente ejemplificativa, y ello lo prueba, la propia expresión literal del pasaje que comienza su descripción fáctica con la expresión *ut puta*. En este sentido, el fragmento afirma:

> *...ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

En el largo pasaje, escrito por Ulpiano, parecen distinguirse dos tipos de causas. En primer lugar, se enunciaría una categoría amplia y genérica en la que la pérdida de la cosecha derivase de un vicio provocado por circunstancias ajenas a las propias condiciones naturales del fundo rústico arrendado, entre éstas, *ad exemplum*, se enumeran las siguientes: inundaciones, grajos, estorninos, incursión de enemigos, tizón, calor inusitado, terremoto, o accidentes semejantes. En todos estos casos, el daño es para el dueño, pues, como afirma, *in fine,* el parágrafo 2: *oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit*.

Esta solución que, en un primer momento, pudiera haberse entendido como una materialización de la regla de la búsqueda de la justicia en el caso concreto, con el tiempo puede haberse convertido en un uso que provocaría la generalización e introducción de cláusulas contractuales que se incluirían, con frecuencia, en los arriendos

---

[14] Como constata Ankum, un papiro datado en el siglo IV d.C. contiene una redacción, casi idéntica, al texto de este pasaje. La fuente papirológica ha sido editada por ARANGIO RUIZ, en *Papiri della Società Italiana* 14, 1957,nº 1449. Cfr. ANKUM, *Remissio mercedis...cit*. p.223, nt.7.

rústicos. En este sentido, en un pasaje tomado del libro III de las *Opiniones* de Ulpiano, se hace referencia a una locación de unos fundos municipales, en la que se pacta, expresamente, la posibilidad de reducir la renta acordada, en los años de esterilidad. Debe entenderse que ésta cláusula estipulada no contempla la posibilidad de una remisión total de la renta acordada, sino que se trataría sólo de una reducción parcial de la misma, fundamentada en una pérdida de la cosecha esperada y acostumbrada. El texto, recogido en D.50.8.3.2 <2.13>, afirma:

> *Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitratu in solvenda pensione cuiusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est.*

En este supuesto, las *leges conductionis* remiten la valoración de la cuantía en la que debe rebajarse la renta al *arbitratus boni viri*. Por tanto, dicho arbitrio deberá estimar en que medida y, en cuánto, la pérdida debe afectar al cumplimiento del abono de la renta pactada, todo ello, en aras de lograr una justa compensación por la cual el conductor no se vea, gravemente, perjudicado debido a una causa ajena a cualquier previsión razonable.

En segundo lugar, en el texto de Ulpiano que venimos comentando — D.19,2,15,2 —, se encontraría una categoría genérica distinta, aunque también suficientemente amplia, que englobaría todas aquellas causas en las que la pérdida se produce por perjuicios originados en las mismas cosas[15]. Así, se enuncia en una segunda parte, en el pasaje: *si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint*[16]. En estos supuestos, la respuesta es que el daño debe soportarlo el arrendatario. La razón de asunción del riesgo, es que el motivo que provoca la pérdida total o parcial de la cosecha, debe imputarse a una causa de las que pueden considerarse ordinarias.

---

[15] Algunos de los estudiosos que han analizado este prolijo y problemático pasaje, no están de acuerdo con la bipartición genérica de las presuntas categorías casuíticas referidas. En contra puede verse, fundamentalmente, NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa lacata nel diritto romano*, en R.I.S.G. 9 (1957-1958) p.404ss.

[16] Sobre la concreción de *los vitia ex ipsa re,* puede verse ALZON, *Les risques... cit.* p.316, nt.18.

Las soluciones que se ofrecen, jurisprudencialmente, a cada uno de los supuestos referidos, difieren, pues, dependiendo si los hechos descritos pueden o no ser imputables a una de las partes contratantes. En este sentido, si pudieran imputarse a uno de los contratantes - bien por causa de dolo o de culpa - sería éste quien soportaría la pérdida, concretándose ésta en la no exigibilidad de la prestación de la otra parte. Por ello, como acabamos de observar, el pasaje afirma: *si surgen perjuicios ocasionados en las mismas cosas, el perjuicio es para el colono*.

Esta misma respuesta, se expresa más adelante en el texto cuando se reitera: *si nada fuera de lo acostumbrado hubiera acaecido, el perjuicio es para el colono*". Es decir, en aquellos supuestos en que lo sucedido no puede calificarse de "*vis externa*", pues, el *conductor* pudo haber previsto las situaciones descritas empleando una diligencia media, la responsabilidad es enteramente suya. Por el contrario, si la causa generadora del incumplimiento es de aquellas que pueden ser calificadas, como hace el texto, de "*vis cui resisti non potest*", nos encontraríamos, propiamente, en el ámbito del riesgo, y es en este supuesto donde es preciso decidir quien debe soportar el *periculum*.

Si entendiésemos que el riesgo es del arrendatario, *periculum conductoris*, nos inclinaríamos por defender que sería éste quien debería pagar la renta pactada, incluso aún en el supuesto de que no hubiera podido usar y disfrutar de la cosa arrendada.

El principio enunciado por Servio, en virtud del cual, *de toda violencia que no pueda resistirse deberá responder el propietario frente al colono* tiene sus exigencias. A pesar de esta protección a favor del *conductor*, como es obvio, se le exige la diligencia debida para evitar cualquier daño en las propias cosas, *ex ipsa re*. Así, responde si el vino se vuelve ácido o si el grano de las mieses se estropea a consecuencia de la acción de las malas hierbas no eliminadas convenientemente por el arrendatario. En estos casos, se entiende que el perjuicio es debido a la culpa, imprudente o negligente, del colono por lo que debe asumirlo a su costa.

El siguiente parágrafo del mismo texto ulpianeo, D.19.2.15.3-4, puede ofrecernos alguna pista importante, en el correcto análisis de la cuestión que es objeto de nuestra atención:

Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: 'si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est'.

El texto comienza afirmando lo que estaba ya presente en la propia respuesta de Servio antes analizada y que, aquí, se envuelve en la respuesta que se da en un rescripto imperial. El supuesto presentado es el incendio repentino, *propter casum incendii repentin*. La solución es considerar que el *conductor* tiene, razonablemente, derecho a pedir el perdón de la renta acordada ese año en el que no ha podido disfrutar, es decir cultivar con un provecho económico, el fundo arrendado. La solución imperial queda unida, en el pasaje de Ulpiano, con una respuesta proporcionada por Papiniano, en su libro cuarto de *Responsa*[17].

Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam...

Se presenta, aquí, un supuesto en el que la locación del fundo rústico se hace por varios años sucesivos. Ya hemos señalado que solía ser frecuente en Roma el arriendo rústico por un lustro. Pues bien, la hipótesis contemplada sería aquella en la que un arrendador hubiese conseguido la solicitada *remissio mercedis*, invocando y probando la esterilidad de la cosecha[18], de acuerdo con las causas contempladas en el texto de Servio y, después, al año siguiente, o en alguno de los sucesivos, se hubiese invertido la suerte del *conductor* y obtuviese una cosecha muy superior a la razonablemente esperada. Por ello, si el perjuicio derivado de la mala cosecha de un año agrícola no debe ser soportado sólo por el arrendatario del fundo, el beneficio de aquel otro año agrícola, en que la cosecha sea muy abundante tampoco debe beneficiar, solamente, al *conductor* cuando éste, uno o

[17] Como es bien sabido, el Libro IV de los Responsa de Papiniano se consagra, enteramente, a la resolución de distintos supuestos prácticos sobre diferentes cuestiones suscitadas a la actividad dictaminadora y a las correspondientes respuestas dadas por el egregio jurisconsulto, en tema de *locatio conductio*.

[18] Acerca de las concreciones en que puede hablarse técnicamente de esterilidad agrícola de un fundo rústico puede verse FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon,* 1861, *v. Sterilitas*.

dos años antes, se hubiera beneficiado de la medida de clemencia a su mala fortuna.

En este sentido, parece equitativo que el arrendador que hubiese perdido la renta pactada - por habérsele remitido o perdonado al arrendatario -, en el supuesto de que al año siguiente, o en alguno de los sucesivos, todavía eficaz el arriendo, el *conductor* obtenga un beneficio muy superior al esperado, debe ser resarcido. Así, el perjuicio que habría obtenido el año de la mala cosecha, se vería compensado por el nuevo surgimiento del derecho de reclamación de la renta antes perdonada. Por ello, Papiniano no duda al responder que: *nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam.*

La misma regla enunciada en el pasaje de Ulpiano que hemos venido comentando, como respuesta jurisprudencial, se ofrece como solución en sendos rescriptos imperiales. Uno recogido en C.4.65.8 y el otro en C.4.65.18. En el primero se afirma:

> *Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur.*[19]

Como puede comprobarse de la lectura atenta y detenida del rescripto imperial, la solución en la que se pretende alcanzar la justicia en el caso concreto, no debe circunscribirse al pago de una sola de las rentas anuales, sino al conjunto del tiempo de eficacia y vigencia del arriendo. Tratándose de arriendos rústicos, y siendo la periodicidad más frecuente un lustro, es por lo que el perjurio ocasionado por causa de vis maior en la cosecha de un año agrícola, debe poder compensarse con los posibles beneficios de carácter extraordinario que se producirían en el supuesto de que el año anterior o el posterior se obtenga un beneficio superior a lo esperado, como consecuencia de una cosecha más beneficiosa de lo habitual.

---

[19] Se trata de un rescripto imperial de Alejandro Severo. Alex. a. sabiniano hygino. <a 231 pp. k. aug. pompeiano et peligno conss..>

En el segundo rescripto imperial citado, C.4,65,18, se recoge una interesante referencia expresa al *mos regionis*[20] que, de alguna forma, se considera importante a la hora de decidir acerca de la concesión o no de una eventual *deductio mercedis*. Así, afirma:

> *Excepto tempore, quo edaci lucustarum pernicie sterilitatis vitium incessit, sequentis temporis fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit, reddi tibi praeses provinciae iubebit.*[21]

Este mismo tratamiento, consistente en que el *conductor* soporta el daño previsible u ordinario y, por ello, asume el riesgo tolerable y razonable, se ofrece en el parágrafo 5 del mismo fragmento de Ulpiano, recogido en D.19.2.15, cuando afirma:

> *Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendam rescripto divi antonini continetur. item alio rescripto ita continetur...*[22]

Asimismo, otra respuesta imperial se ofrece, también, en el pasaje para el supuesto de una mala vendimia debido a la vejez o deterioro, por el tiempo, de las viñas arrendadas: *novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur*[23].

---

[20] Una Constitución imperial de Diocleciano y Valentiniano, datada en el año 293 en Heraclea, refiere la constumbre de la región, consuetidinem regionis, en relación con el régimen jurídico de la locación: C.4.65.19. *Circa locationes atque conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. quod si alii remiserunt contra legem contractus atque regionis consuetudinem pensiones, hoc aliis praeiudicium non possit adferre*. Es evidente, tal como afirma Ankum, que la decisión imperial deja intacta la posibilidad de una *remissio* o una *deductio mercedis* en el supuesto de que lo recogido en el contrato o lo establecido en la costumbre de la región no se pronuncien acerca de quien debe soportar los riesgos. Cfr. ANKUM, *Remissio mercedis... cit.*, p.235.

[21] La Constitución imperial es un rescripto, del 290 d.C., los emperadores Diocleciano y Maximiano. Sobre distintas cuestiones relativas al arriendo de fundos rústicos en época dioclecianea, Vid. HERMANN, *Fs. Vittinghoff*, Köln 1980, p.453ss.

[22] A juicio de la mayoría de los autores que han estudiado este pasaje, el Emperador al que se refiere el mismo en relación con los dos rescriptos que se mencionan sería Antonino Pío. En este sentido, puede verse, por todos, MAYER MALY, *Locatio-conductio...cit*. Por el contrario, Ankum entiende que el texto haría referencia al Emperador Antonino Caracala, ya que considera que cuando se hace referencia al Emperador Antonino Pío en las fuentes se añade, habitualmente, Pío al nombre de Antonino. Cfr. ANKUM, *Remissio mercedis... cit.*, p.231, nt.23.

[23] Es conocida la mala situación en la que se encontraba la agricultura en la península italiana a fines del siglo II y comienzos del III d.C. Cfr., entre otros, HOMO, *Histoire*

El tratamiento es idéntico por tratarse de una causa o detrimento *ex ipsa re*, que, además, no es sobrevenida, sino contemporánea a la perfección del contrato de arrendamiento.

Si los eventos naturales, extraordinarios y ajenos al conductor han provocado, solamente, una pérdida parcial de la cosecha queda a la determinación del juez la reducción de la renta, en aquella cuantía que considere adecuada y proporcionada a la pérdida. Un fragmento gayano - que incidentalmente hemos citado antes -, tomado del libro X de sus Comentarios al edicto del pretor provincial, parece que reafirma la doctrina serviana, y sobre la base de apreciar un supuesto de *vis maior,* afirma:

> D.19.2.25.6
> *Vis maior, quam graeci veou bian appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur*[24]*. apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit.*[25].

En cuanto a la explicación añadida final: *alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur* (*el daño tolerable debe soportarlo con paciencia el colono, al que tampoco se le priva del lucro extraordinario)*, como hemos visto, la adopción de la regla *periculum locatoris* hace recaer el riesgo en el arrendador.

Y si esto es así, debemos, a continuación, preguntarnos ¿cual es la consecuencia? Ciertamente, la respuesta afectará al juego interdependiente de las prestaciones convenidas. Debido a que el riesgo es del locator, será éste quien sufrirá el efecto del *periculum,* y su consecuencia se producirá en la concreción del efectivo cumplimiento que debe hacer el arrendatario en relación con el pago de la renta o merced pactada. Como hemos visto dicha consecuencia

---

Romaine, Tomo III, Paris 1933; y FRANK, *An economic survey of ancient Rome*, New York 1959, vol. V, p.182ss. Ello provocaría que pudiesen ser frecuentes las reclamaciones de este cariz.

[24] Señala y descata, Ankum que la secuencia: ... *alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur*... en razón a su estilo literario, se trataría, indudablemente, de un típico glosema poslclásico. Cfr. ANKUM, *Remissio mercedis...cit.* p.226, nt.16

[25] Cfr. ALZON, *Les risques...cit.* p.317.

puede ofrecer una doble concreción o materialización, que se traducirá bien en la denominada *remissio mercedis*; o bien en la llamada *deductio mercedis*.

Debido a las distintas respuestas ofrecidas a la pluralidad de supuestos que se contemplan en las fuentes, ha sido frecuente en la doctrina diferenciar entre estas dos formas de repercusión en el cumplimiento de la prestación debida por el arrendatario. Así, se admite la *remissio mercedis* cuando el *conductor* ha perdido totalmente el disfrute del fundo arrendado, no habiendo obtenido fruto alguno del cultivo del mismo. Los supuestos contemplados en las fuentes se refieren a los arriendos rústicos en los que se produce la pérdida total de la cosecha.

Por el contrario, se autoriza el derecho a reclamar la *deductio mercedis*, en el supuesto de que el *conductor* como consecuencia de una de las causas contempladas, haya obtenido algún rendimiento como consecuencia del ejercicio del *ius fruendi* del fundo rústico arrendado, si bien, la cuantía de la cosecha obtenida sería, manifiestamente, distinta a la razonablemente esperada.

Este último supuesto genérico, se puede concretar en los casos de una mala cosecha y que podrían ser objeto de la solicitud de una atenuación en el importe de la renta pactada, como consecuencia de la adopción de una medida en la que puede apreciarse la clemencia imperial. Así, puede inferirse del texto literal de las Constituciones imperiales referidas y de otras que son recogidas, asimismo, en el Código de Justiniano. No obstante, esta diferenciación entre *deductio y remissio mercedis* no resulta suficientemente clara y, por ello, no ha sido admitida por la generalidad de la doctrina romanística.

Por otra parte, debemos afirmar que las soluciones de la *remissio* o de la *deductio mercedis* que estamos contemplando, no dependen de la formula verbal o escrita empleada por el arendador en cuanto a su decisión comunicada al arrendatario de remisión o rebaja de la renta pactada. Por ello, en el mismo pasaje ulpianeo que estamos considerando, se plantea una cuestión de naturaleza meramente formal.

El supuesto que se somete a la consideración del jurista es el siguiente: si el arrendador, al perdonar la merced al arrendatario, debido a la esterilidad del campo, emplea la formula de donación, en vez, de la de remisión de la renta ¿qué efecto puede tener? La

repuesta, como no podía ser de otro modo afirma que: *idem erit dicendum* . La razón es obvia, ya que la causa de la no se trata de una fórmula literal en la que se contenga una manifestación de voluntad, *animus donandi*, sino que se trata de una remisión, *sed transactio*, por razón de la aducida y probada esterilidad, *ob sterilitatem,* del fundo arrendado[26]. Esta solución se recoge, en la continuación del parágrafo mencionado, D.19.2.15.4 (Ulp. 32 *ad ed*.).

> *Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio*

Por último, en el mismo parágrafo, el jurista se plantea, el supuesto inverso a aquel que había comenzado a exponer, al iniciar su exposición con la cita del libro IV de los Responsa de Papiniano. Así, ahora, el caso se concreta diciendo: *...quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit?* Y la respuesta del jurista es, en este supuesto, diferente, pues, se afirma en D.19.2.15.4 *in fine*:

> *Verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.*

Si tratásemos de buscar una justificación a esta respuesta, contraria a la inicialmente enunciada, deberemos volver al análisis de la justificación y apreciar que no se trata de supuestos equivalentes, sino que existe entre ellos una diferenciación casuística que es reconocida por el jurista. En este sentido, parece que para el jurisconsulto la *remisssio mercedis*- o, eventualmente, la *deductio mercedis* - sería un derecho concedido al *conductor* de un fundo rústico por pérdida total o parcial de la cosecha. Dicho derecho a solicitar la remisión o reducción de la merced, opera en el mismo tiempo en que dicha pérdida de la cosecha se produce, por causa de alguna de las circunstancias previstas.

Ello implica que producida la causa, que lleva a la pérdida de la cosecha, el *conductor* puede solicitar la medida paliativa en relación con el abono de la merced convenida. Por ello, si el evento acaece el último año de vigencia y eficacia del arriendo, el *conductor* podrá acogerse a la reducción o remisión de la renta, con independencia de

---

[26] Es obvio que nos encontramos en un supuesto en donde prevalece, como no podía ser de otro modo, la auténtica causa de la remisión, sobre la forma verbal en que se ha manifestado la voluntad. Por ello, afirma el jurista: *quasi non sit donatio, sed transactio*. La razón está en el propio fragmento ya que se dice: *ob sterilitatem anni remiserit*.

lo que hubiese sucedido en los años anteriores. Por el contrario, en el supuesto planteado en el inicio del parágrafo, obsérvese que la *remissio,* o la *deductio mercedis,* ha operado también en el mismo instante de producirse la pérdida de la cosecha. No obstante, en la medida que se trata de una medida que pretende restaurar la justicia en el juego interdependiente de las prestaciones, se considera que debe corregirse y, por tanto, enervar su propio efecto, en el caso de que en años agrícolas sucesivos el *conductor* se vea beneficiado por una abundancia extraordinaria de la cosecha.

En este sentido, la respuesta de Papiniano, que asume Ulpiano, vuelve las cosas a sus justos y equitativos términos, impidiendo que el conductor se vea enriquecido y el locator quede perjudicado en un balance de ganancias y pérdidas como consecuencia del cumplimiento de la obligación de abono de la renta pactada. En suma, en los dos casos, la *remisssio,* o la *deductio mercedis*, opera y se entiende como un derecho del *conductor*, si bien sólo en uno de los casos, se ve compensada y por tanto anulada, por el hecho de que se produzca una abundancia extraordinaria fruto de una cosecha en un año agrícola posterior. Pretender aplicar la compensación respecto de años anteriores, sería tanto como no entender la justificación de la excepción[27].

En relación a la justificación o causa que explica la aplicación a los supuestos enunciados de las fórmulas de la *remissio o la deductio mercedis* caben diferentes explicaciones. Una parte de la doctrina entiende que la razón que defiende el respeto de las reglas de *remissio*, hunde sus raíces en un concepto metajurídico de clara raigambre romana cual es la equidad. Es indudable que la *aequitas,* se conforma como razón poderosa en las resoluciones que emanaron de la cancillería imperial durante el Principado y, posteriormente, en la época postclásica.

Esta razón que persigue el equilibrio de las prestaciones es la causa de configurar *deductio mercedis* como una concreción de las reglas

[27] Vuelve a apreciarse aquí, el espíritu esencialmente casuístico de las respuestas de los prudentes, no dejándose atrapar en su solución por la mera aplicación de una regla predeterminada al supuesto de hecho que se somete a su actividad dictaminadora. Es, pues, su método siempre inductivo y probabilística y no deductivo y dogmático. Sobre este planteamiento pueden verse: GARCIA GARRIDO, *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid 1973, p.84ss.; VACCA, *Contributo allo Studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976, p.93ss.

generales del *periculum* aplicadas al ámbito concreto de los arriendos rústicos. En este sentido, el *conductor* queda eximido del pago de la merced como consecuencia de que no ha podido ejercer su derecho al *frui licere*[28]. Esta imposibilidad de adquirir los frutos, debido a *vis maior*, es la causa del *periculum locatoris,* que ocasiona el derecho a no cumplir, total o parcialmente, con la contraprestación en que consiste la renta o merced convenida.

Algunos autores, de reconocido prestigio en el estudio de esta cuestión, se fijan más bien en razones de política agraria adoptadas en los siglos II y III d. C. más que en mecanismos de protección al conductor[29]. Por el contrario, otra posición doctrinal considera que las medidas en las que se concretan la *remissio mercedis* o la *deductio mercedis* fueron adoptadas por los funcionarios de las cancillerías de los Emperadores, sobre todo atendiendo a las situaciones económicas desfavorables e insostenibles en las que se encontraban quienes habían arrendado un fundo rústico y se veían, prácticamente, imposibilitados de hacer frente al abono de la renta anual pactada como consecuencia de una mala cosecha ocasionada por causas, absolutamente, ajenas a su diligencia en el cultivo de la tierra. No obstante, es posible que esta medida de clemencia puede entenderse, además, en el marco de una política agraria que pudiera haber proyectado la cancillería imperial, sobre todo en la segunda mitad del siglo II de nuestra era[30].

5.- Breve reseña sobre la vigencia histórica de la deductio mercedis *en la etapa contemporánea.*

Como *postfatio* a mi intervención voy a proceder a exponer una somera referencia acerca de la intermitente vigencia histórica de la *deductio mercedis* en nuestra etapa contemporánea. Lo hago desde el propósito de traer a colación el Derecho Romano al tiempo presente, convencido de que sólo así nuestros estudios y nuestros esfuerzos en la investigación romanística, cobrarán pleno interés y serán objeto de

---

[28] Acerca de la concreción de este *frui licere* en relación con los frutos futuros puede verse la polémica entre la opinión de Ankum y Alzon, en ANKUM, *Remissio mercedis... cit.*, p.222, nt.4.

[29] Así, puede verse, MAYER MALY, *Locatio-conductio... cit.*, p.143.

[30] En este sentido Cfr. ANKUM, *Remissio mercedis... cit.*, p.238.

atención y reflexión por los iusprivatistas estudiosos del derecho positivo[31].

Las reglas romanas de la *deductio mercedis,* en los arrendamientos rústicos tuvieron vigencia, con carácter general, en todo el desarrollo histórico del *ius commune* en las distintas naciones del continente europeo. La doctrina de derecho histórico que ha estudiado este período, duda acerca de cuál podría haber sido, de las razones antes expuestas, la que hubiera podido justificar su vigencia en la edad media y en la moderna. Sea cual fuere, es posible que terminase por prevalecer la equidad como causa justificadora de la *deductio mercedis,* tal como se recoge en la genuina redacción de las primeras codificaciones civiles continentales.

Así en relación con el largo y complejo proceso de codificación civil española, es de sobra conocido que, antes de la definitiva promulgación del Código Civil español de 1889, todavía vigente, existió un esbozo de Código, representado por el celebrado proyecto de Código Civil español de García Goyena del año 1851[32]. En dicho proyecto, su artículo 1509 recogía la figura de la *deductio mercedis* o rebaja de la renta, en aquellos casos de esterilidad de la tierra o pérdida de los frutos, cuando uno u otro daño no hubieran sido susceptibles de ser previstos. Así, en el supuesto de que exista y pueda probarse que la pérdida de la cosecha se ha producido por un supuesto reconducible a caso fortuito – *casus* – y además, se haya ocasionado una pérdida, en más de la mitad de los frutos, se reconocía el derecho al arrendatario para solicitar una rebaja, proporcional, en la renta.

Este derecho de reducción de la renta convenida, no se admite en el supuesto de las partes contratantes en el arriendo rústico, hubiesen

---

[31] En los supuestos jurisprudenciales romanos pueden "…reconocerse los problemas y controversias actuales que se plantean, a diario, ante la jurisdicción civil de nuestros tribunales. Constatarán, así, la vigencia atemporal y ageográfica de unos conceptos y una categorías que por clásicas son imperecederas y por imperecederas permanentemente válidas y vigentes." Vid. FERNANDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*[3], Madrid 2007, p.15.

[32] A pesar de ser sólo un proyecto que no vio la luz como texto legal la obra de García Goyena influye de manera decisiva no solamente en el Código civil español de 1889, sino también en numerosos Códigos de los países iberoamericanos que fueron promulgados después de 1851. Para una referencia exhaustiva de los mismos puede verse, GUZMAN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago 2000.

incluido en éste un pacto expreso en contrario. Por ello, puede decirse que la *deductio mercedis* se configuraría en el referido proyecto, como un ejemplo típico de elemento natural del contrato de locación de un fundo rústico en la medida que opera, *ipso iure*, si bien puede ser excluido mediante pacto en contrario.

El mismo precepto del proyecto de García Goyena enumera *-ad exemplum-* distintos supuestos de los denominados casos fortuitos extraordinarios tales como *el incendio, la guerra, la peste, la inundación,...etc*. Al final, como una cláusula general compresiva de cualquier otro semejante afirma:...*u otro igualmente desacostumbrado*. Es digno de resaltarse, que la diferenciación que se ofrece a este precepto entre el elenco de casos fortuitos, ordinarios o comunes y el que ofrece de casos extraordinarios o inusuales, reproduce casi literalmente la formulada en alguno de los pasajes jurisprudenciales analizados, sobre todo en D.19.2.15.2 y 3.

El rasgo peculiar diferenciador entre el derecho romano y el proyecto de codificación español consiste en que en las respuestas de los prudentes romanos no se especificaba cuál debía ser el *quantum* en la pérdida de los frutos, para que pudiera apreciarse *deductio mercedis*, ya que solía enunciarse con una expresión general que exigía que la pérdida fuese muy grande. La exigencia de que la pérdida sea de más de la mitad de la cosecha que se encontraba en el proyecto de García Goyena de Código Civil español, fue tomada de los Códigos Civiles francés y austriaco[33].

La exigencia de este porcentaje, expresado en la mitad o más de pérdida de la cosecha, para apreciar el derecho a exigir la *deductio mercedis* guarda semejanza, con la exigencia del mismo porcentaje, para que pueda apreciarse *laesio aenormis* en la compraventa postclásica romana, como consecuencia de la incorporación del requisito *iustum* entre las exigencias del *pretium.* Requisito éste último, incorporado al Derecho foral español, a través de las compilaciones de Derecho Civil de algunos territorios de régimen

[33] Así, en el primero se recogía en los artículos 1769 a 1773; y en el segundo en el artículo 1648. Asimismo, fue recogida, con posterioridad, en el artículo 2714 del Código Civil de Portugal.

foral, así por ejemplo en la Compilación de Derecho Civil de Navarra o en la de derecho Civil de Cataluña[34].

Parece, pues, que la vigencia histórica de la *deductio mercedis* en algunos textos originales de las primeras codificaciones europeas se aplicaría por razones de justicia material al estimar que se rompe la interdependencia y la reciprocidad de las prestaciones que, tanto en la compraventa – para el supuesto de *laesio aenormis* -, como en el arrendamiento – para la *deductio mercedis* -, son debidas a causa de la onerosidad y del carácter sinalagmático de las obligaciones que surgen de una y otra relación contractual.

Esta solución doctrinal que posibilita la *deductio mercedis*, en alguna manera relativiza y excepciona el principio del *pacto sunt servanda,* traducción posterior de la cláusula edictal *pacta conventa servabo*. Dicha solución, además puede entenderse que guarda relación con la regla, de factura medieval, expresada en la máxima *rebus sic stantibus*[35].

Es digno de resaltarse que las reglas de la *deductio mercedis* no fueron incorporadas al texto genuino del BGB, de 1900, por considerar sus redactores que atentaba contra el espíritu que debía informar el sistema contractual alemán[36]. Así, las partes intervinientes en una relación contractual se obligan a cumplir, en todo caso, con las obligaciones pactadas, sin que dicho cumplimiento exacto pudiera quedar condicionado, o pudiera ser interferido, por consideraciones metajurídicas, debidas a causas ajenas a la estricta voluntad contractual, expresada por las partes en el momento de perfección del contrato. Todo este planteamiento liberal no impedía, por no ser

[34] El concepto de *laesio aenormis* viene regulado ampliamente en las Leyes 499 a 507 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo. Asimismo, con un contenido semejante se contempla en los artículos 321 y 322 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, aprobada por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio.

[35] Sobre la conformación de la referida cláusula puede verse GOMEZ ROJO, *Algunas aportaciones al análisis de la historia de la denominada cláusula* rebus sic stantibus. *Teoría de la imprevisión*. en Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica XVIII (2002) p.2613-2634.

[36] Los vigentes BGB y Código de Comercio alemán conservan aún hoy, en su redacción actual, el espíritu liberal que los inspiró en los tiempos de la codificación. Por ello, están presididos por el principio de la libertad de contratación tomada de las formulaciones del pandectismo, con su depurada técnica y su carácter abstracto y logicista.

considerada la materia de derecho necesario, la expresa incorporación de una cláusula o pacto añadido a la relación contractual, en el que se reconoce al arrendatario el derecho a solicitar una eventual *deductio mercedis* en las concretas circunstancias que se pacten.

A principios del siglo XX, debido a la semejante situación socioeconómica de la mayoría de los países europeos, la *deductio mercedis* desapareció, de facto, de la concreta y efectiva realidad de los arrendamientos rústicos. Así, en aquellos países en los que estaba prevista legalmente, era normalmente excluida por pacto expreso en contrario, es decir, que el arrendatario se hacía cargo y asumía, expresamente, todo riesgo producido en los frutos debido a causas fortuitas tanto ordinarias como extraordinarias. Por el contrario, en aquellos países en los que era preciso incorporarla al contrato de arriendo rústico, por pacto expreso, no existía frecuencia alguna de su efectiva inclusión. Así, la concepción germana decimonónica, que obedecía a la corriente liberal, política y económica, imperante, se generalizó en la práctica totalidad del continente europeo.

Sorprendentemente, al término de la Primera Guerra Mundial, la difícil situación económico-social en todos los países, como consecuencia del desastre económico que se vivía en la postguerra, determinó la necesidad de volver a las reglas de la *deductio mercedis*, junto con las de la *laessio aenormis* y las de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta recuperación, repentina y sorpresiva, de la vigencia social de la reducción de la merced, inicialmente rechazada en la legislación germana, dió lugar a que se incorporarse al ordenamiento civil alemán, través, en primer lugar, de una ley civil de 1920 y, más tarde, en virtud de una reforma del propio BGB, quedando acogida en el artículo 593.

De nuevo hoy, la *deductio mercedis* está en franco desuso. Es el constate retorno heraclitiano. Aparece, desaparece, reaparece y vuelve a desaparecer. Los códigos civiles europeos vigentes, no contienen en sus preceptos ninguna referencia a la *deductio mercedis*, consagrándose con carácter general el principio de cumplimiento exacto de lo pactado.

Sin embargo podemos de nuevo, rastrear sus huellas en algunos intentos internacionales de unificación contractual, en los que podría concretarse una posible *deductio mercedis*. En este sentido, creemos que puede reconocerse, con carácter general, su espíritu en el amplio

esquema establecido sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales enunciado en los " Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales" elaborados por el UNIDROIT[37] en 1994, a través de la figura de l*a "excesiva onerosidad",* denominada, *hardship*.

Estos principios, como es bien sabido, no tienen vigencia oficial, si bien, de hecho, tienen una amplia y progresiva vigencia social, ya que, por vía convencional, son adoptados como normativa aplicable en numerosos contratos celebrados entre empresas o firmas internacionales en sus operaciones de comercio.

En ellos, en el artículo 1.3[38] consagra, con carácter general, el principio de *pacta sunt servanda*. Este principio, que hace referencia a la obligatoriedad del contrato, se excepciona con lo establecido en los artículos 6.2.1 a 6.2.3 que conforman la Sección 2 rubricada: "*Excesiva onerosidad. (Hardship*). Comienza el primero de sus preceptos estableciendo:

> Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la "excesiva onerosidad" (hardship) las partes quedarán obligadas a cumplir sus obligaciones, a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas.

Se reitera así, de nuevo, con carácter general, el principio *pacta sunt Servando*, si bien, se excepciona esta regla en los casos definidos como *hardshisp*. El sentido del precepto es la reiteración de la obligatoriedad de acordado en los contratos aunque una de las partes intervinientes pueda sufrir graves perdidas no previsibles o que el contrato devenga, para ella, gravoso en exceso.

No obstante, el artículo siguiente 6.2.2 delimita el concepto y fija los requisitos del *hardshisp* afirmando:

---

[37] UNIDROIT es la denominación del *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*. Creado en 1926 al amparo de la Sociedad de Naciones y reorganizado en 1940 como un organismo intergubernamental independiente adscrito a la Organización de las Naciones Unidas. En Roma se publica en el año 1994 las versiones oficiales inglesa y francesa de los " Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales". En 1995 se publica, también en Roma, su versión española.

[38] Bajo la rúbrica "*Efecto vinculante de los contratos*" el referido artículo dispone: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún otro modo dispuesto en estos Principios".

Se presenta un caso de excesiva onerosidad (hardship) cuando concurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato ya sea por incremento en el coste de la prestación a cargo de una de las partes o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra y además cuando:

dichos sucesos concurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato

dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato

dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; y la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos".

El precepto indudablemente se refiere a contratos a largo plazo, de ejecución periódica, en los cuales entre el momento de la perfección y el del cumplimiento la prestación debida se torna excesivamente onerosa para una de las partes. Dicha onerosidad debe ser sobrevenida y obedecer a circunstancias extraordinarias e imprevisibles. UNIDROIT establece, pues, esta excepción, cuando el normal equilibrio del contrato se ve alterado, de modo grave y perjudicial, para una de las partes contratantes, por el acaecimiento de eventos posteriores a la celebración del contrato y ajenos a su diligencia contractual.

El siguiente artículo, 6.2.3, establece los *efectos de la excesiva onerosidad*. En este sentido, indica que la parte que invoque esta circunstancia debe solicitar a la otra, de inmediato, es decir, sin demora justificada, la nueva formulación de las obligaciones contractuales, con indicación de las causas que fundamentan dicho cambio. Esta solicitud de renegociación, no puede ser motivo para suspender el cumplimiento del contrato. Los autores que han comentado el principio de *hardship* señalan que la nueva negociación deberá estar presidida por los principios de buena fe y lealtad contractual. De no llegarse a un acuerdo, las partes contratantes, según se establece en el final del precepto, podrán recurrir ante el tribunal competente que deberá determinar la existencia o no de la *excesiva onerosidad*. En el supuesto de que se aprecie el órgano judicial podrá bien resolver el contrato o bien, lo que es más frecuente, adaptarlo en la medida que se considere oportuno con el fin de restablecer su normal y natural equilibrio.

De la simple lectura — y, sobre todo, del estudio que en estos momentos no procede —, de estos Principios del UNIDROIT se

puede, bien fácilmente, reconocer los supuestos, los fundamentos y los requisitos que, en su momento, dieron lugar en Derecho Romano a las reglas de la *deductio mercedis,* que han pretendido ser el objeto de mi análisis y exposición.