

## Reflexiones en torno a la *locatio-conductio* y el contrato de arrendamiento

*Alexandra Machado Rodríguez*\*

\* Abogada de la Universidad Católica de Colombia (Seccional Bogotá). Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Cooperativa de Colombia (Seccional Bogotá). Magíster en Derecho, con énfasis en Derecho Mercantil, de la Universidad Sergio Arboleda (Seccional Bogotá). Ha enseñado en la Universidad del Rosario, la Universidad Pontificia Javeriana, la Universidad Cooperativa de Colombia y la Universidad Sergio Arboleda. En la actualidad, cursa un doctorado en Derecho Civil con Eje en Obligaciones, Contratos y Derechos Reales en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Correo electrónico: alexandra6339@hotmail.com.

*Criterio Jurídico* Santiago de Cali V. 13, No. 1 2013-1 pp. 37-96 ISSN 1657-3978

Recibido: 30 de abril de 2012

Aprobado: 18 de marzo de 2013



**Resumen**

El contrato de arrendamiento no surgió a la vida jurídica romana como una figura autónoma e independiente, por cuanto se confundía con el contrato de venta. No obstante lo anterior, su desarrollo permitió, por el enorme intercambio mercantil entre los ciudadanos romanos y los *peregrini (ius gentium)*, que se estructurara en tres figuras contractuales, las cuales han sido la raíz y la fuente jurídica de innumerables contratos en el interior de las actuales legislaciones. Es por ello por lo que continúa representando un fenómeno histórico y jurídico de gran relevancia en el campo del estudio de las obligaciones y los contratos, no solo para el ámbito del derecho civil y mercantil colombiano, sino, además, para todos los ordenamientos jurídicos de tradición romanista o europea continental.

**Palabras clave**

Derecho romano, derecho contractual, contrato de arrendamiento, derecho colombiano, autonomía de la voluntad.

**Abstract**

The lease did not emerge as an independent figure in the Roman law of contracts, given that it was often confused with the contract of sale. Nevertheless, motivated by the thriving trade between Roman citizens and peregrines (*ius gentium*), the lease grew into three types of contracts that have been the source of countless contracts in modern legal systems. This is why the lease continues to be a very significant historical and legal institution in the field of contracts and obligations, not only for civil and commercial law in Colombia, but also for all of the legal systems that belong to the civilian tradition of continental Europe.

**Keywords**

Roman law, contract law, lease, Colombian law, autonomy of the will of the parties.



## 1. Introducción

El interés para la elaboración del presente artículo radica en abordar algunas reflexiones en torno a la *locatio-conductio* y el contrato de arrendamiento y reside en interpretar cuáles son los elementos jurídicos del derecho romano que subsisten de manera positiva en la legislación colombiana vigente sobre el contrato de arrendamiento. Lo anterior en razón de que el derecho romano sigue representando un instrumento esencial para el conocimiento, las habilidades, la interpretación y la aplicabilidad en las ciencias jurídicas, a pesar de haber transcurrido más de dos mil años desde su aparición.

Lo anterior implica que su conocimiento será fundamental en la formación del futuro abogado, en razón de su ordenamiento, validez y evolución, y en especial por la labor que ejercía el *pretor peregrinus* en la interpretación de las relaciones negociables entre los ciudadanos romanos y los extranjeros; es decir, estos últimos, por cuanto no ostentaban la ciudadanía romana. Esto permitió la aparición de la jurisprudencia y la estructura sistemática de la norma positiva como el principal legado universal.

A partir de un trabajo de derecho comparado, se propone interpretar cuáles son los elementos jurídicos del derecho romano que subsisten en la legislación colombiana vigente sobre el contrato de arrendamiento. Para ello, se toman como fuentes del derecho romano a jurisprudentes romanos y se establece una comparación con los principales autores del contrato de arrendamiento contemporáneo y su relación con el contrato de arrendamiento colombiano actual.

## 2. Desarrollo histórico y jurídico del contrato de arrendamiento romano

Representa un enorme error el considerar que, por haber evolucionado determinadas figuras jurídicas, en materia contractual del arrendamiento romano, se exprese que “las legislaciones modernas se han apartado

definitivamente de los conceptos romanos”,<sup>1</sup> cuando precisamente esta legislación fue la que proveyó las raíces jurídicas de todos estos contratos; sin el aporte relevante y concluyente de las ciencias jurídicas romanas, no habría sido posible el que hoy hubiese figuras contractuales tan bien concebidas y estructuradas. Lo contrario sería un total desconocimiento del inmenso aporte a las legislaciones modernas por parte del ordenamiento jurídico que aún asombra a la humanidad por su claridad conceptual y jurídica.

Es la génesis y el fundamento legal del arrendamiento actual, que más adelante se convirtió en una figura contractual independiente y autónoma, que en sus comienzos se confundía con la *emptio venditio* (venta) y que posteriormente se desarrolló, logrando estructurar diversas modalidades contractuales que se desprendieron del arrendamiento romano, como es el caso de la *locatio rei*, la *locatio operis* y la *locatio operis faciendi*, que permitieron crear unas estructuras jurídicas conceptuales y contractuales que a la postre permitieron desligar de sus orígenes el contrato de trabajo, el contrato de obra o empresa, el contrato de transporte, el contrato de *leasing*, el contrato de aparcería, etc.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Arturo Valencia Zea. Derecho civil, tomo IV: De los contratos. Pág. 292. Ed., Temis. (1980).

<sup>2</sup> Se observa en el contrato atípico de *leasing* la mezcla de diversas figuras contractuales y, aunque los autores modernos que lo abordan olvidan hacer referencia en su mayoría al arrendamiento romano, es indudable que su génesis se encuentra en este antiguo ordenamiento jurídico. Uno de los argumentos radica en que el contrato de *leasing* se alimenta de dos de los contratos más antiguos del derecho romano —es decir, de la venta y el arrendamiento—, además de su forma de perfeccionarse a través del simple acuerdo de las partes.

El legislador colombiano establece que, salvo la venta de cosas inmuebles, la constitución de servidumbres y la venta de los derechos hereditarios de la sucesión, mientras no se otorguen por documento público —o sea, por escritura pública— no se perfecciona el contrato de compraventa; lo cual es discutible jurídicamente, puesto que los requisitos de solemnidad (*ad solemnitatem*) para la validez y eficacia jurídica del contrato de compraventa frente a terceros, en relación con las excepciones que la ley colombiana estipula, constituyen un aspecto bien diferente a la forma como todo contrato de venta se debe perfeccionar, es decir, mediante la simple consensualidad de las partes intervinientes. Confunde el legislador colombiano los requisitos de solemnidad de un acto o negocio jurídico determinado (los requisitos enunciados) con la forma propia del perfeccionamiento de la venta. Ya el mismo emperador Justiniano había estipulado que, si las partes en la venta habían decidido que el contrato se

Por tanto, jamás se han desligado los mencionados contratos de los aspectos conceptuales y jurídicos del arrendamiento en Roma; constituyen ellos la evolución jurídica de los mismos, las bases que permitieron que las legislaciones modernas hayan podido desarrollar otras figuras contractuales. Es, en otros términos, un desconocimiento absoluto del aporte y la importancia del derecho romano en el arrendamiento actual; se traduciría en una total ignorancia, no solo desde la perspectiva jurídica, sino además, del antecedente histórico más relevante de los ordenamientos legales en el hemisferio occidental.

Este acto jurídico por excelencia representa ese acuerdo de intereses, cuando las voluntades bilaterales, plurilaterales y multilaterales deciden crear ligamentos obligacionales, de conformidad con lo estipulado por la ley para tales fines. En relación con lo anterior, manifiesta Moisset de Espanés que:

---

elaborara por escrito, el incumplimiento de tal requisito haría que el contrato no se reputara perfeccionado, lo cual no es jurídicamente acertado. Se trata, pues, y así se debe interpretar, de requisitos de solemnidad del contrato, que bajo una adecuada interpretación de la legislación justiniana se presentó para una mayor seguridad jurídica de la compraventa de bienes inmuebles.

Sobre el contrato de *leasing* (arrendamiento con opción de compra), expone Rodríguez Azuero: “su significación en América, denótense los elementos de la compraventa, del alquiler y de la opción de compra, aunque para Cifuentes se resuman a un arrendamiento con opción unilateral de compra”. Citado por Luis Eduardo Montoya Medina. *El arrendamiento*. Pág. 216. Ed., Ediciones Jurídicas Radar. (1991).

Se refiere el autor del texto citado al tratadista Eduardo Cifuentes, quien discrepa del entendimiento de que la naturaleza del contrato de *leasing* sea un arrendamiento financiero, por cuanto no toma en consideración los elementos accesorios de este contrato, como la garantía prendaria dada por parte del arrendatario con opción de compra a favor de la entidad financiera de *leasing*. De otro lado, argumenta que los instalamentos no obedecen al pago del canon, sino a la conformación del valor de la cosa materia del contrato de *leasing*, lo que quiere decir que se trata realmente de una venta, por la cual se paga un precio unitario de manera sucesiva. Expresa Eduardo Cifuentes, citado en el texto de Montoya Medina: “los cánones o rentas no son contrapartidas del goce, sino que sumados integran su precio los costos, los gastos de la sociedad y el margen de ganancia, para concluir no se está ante una figura contractual atípica, por corresponder a las de venta a plazo para el pago del precio con reserva de dominio, con lo cual no puede sustraerse al imperio del Código de Comercio”. *Ibid.*

ello significa, adaptando esa definición a las orientaciones actuales, que la ley ha establecido como condición para que nazcan ciertas y determinadas obligaciones, que dos o más personas se pongan de acuerdo sobre una declaración común, pero es la ley la que tiene que haber establecido esa condición.<sup>3</sup>

En consonancia con lo que se ha planteado, el presente artículo desarrolla la forma como se evidencia en el derecho civil colombiano la estructura del derecho romano y para ello se establece la definición que expone el estatuto civil colombiano en materia del arrendamiento y los correlativos derechos y obligaciones.

De manera sucinta, la voluntad de las partes es la herramienta jurídica fundamental para el nacimiento del contrato de arrendamiento. No obstante, sus diversas modalidades en el interior de la legislación romana permitieron la estructura jurídica de disímiles tipos contractuales de las legislaciones contemporáneas y en especial para el ordenamiento jurídico colombiano.

La manera como se concibió el perfeccionamiento del contrato de arrendamiento fue mediante la consensualidad, elemento esencial en dicha forma contractual; no obstante, se podía estipular alguna solemnidad especial, como la elaboración del contrato de arrendamiento a través de un documento escrito. Además, se presentaron dos elementos de la esencia para que este contrato se reputara arrendamiento, como fueron la onerosidad (precio) y la cosa, igual como acontece en el ámbito del derecho civil y comercial en materia del contrato de arrendamiento.

Finalmente, su enorme parecido con el contrato de compraventa hizo que se confundiera con la venta, en especial por los arrendamientos a perpetuidad del Estado romano a los particulares, concediéndoles a estos últimos un derecho *in rem*, sobre la cosa<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Moisset de Espanés. Curso de obligaciones. Pág. 37. Ed., Advocatus. (1993).

<sup>4</sup> La razón estriba en el arrendamiento a perpetuidad, por parte del Estado romano, de fundos inexplorados por parte del mismo, y posteriormente cuando esta práctica se generalizó entre los particulares. Lo anterior permitía un derecho *in rem* sobre la cosa,

En resumen, de las tres modalidades contractuales del derecho romano enunciadas, la única que se mantiene incólume en el interior de la legislación colombiana es la *locatio rei* (arrendamiento de bienes muebles e inmuebles). A pesar de lo dicho, continúa este ordenamiento jurídico, en materia del arrendamiento, siendo la fuente más desarrollada legalmente para la legislación occidental en aspectos obligacionales y contractuales e igualmente para la ley colombiana en el orden civil y comercial, no obstante el enorme desarrollo legal y jurisprudencial de modernas figuras contractuales, siendo más evidente lo expresado para el derecho mercantil actual. De esto se colige su necesario estudio y análisis respectivo.

Es, por tanto, el contrato de arrendamiento un verdadero híbrido contractual y es la razón por la cual de él se desligaron un sinnúmero de contratos de una misma significancia en su naturaleza e incluso en algunos en relación con los elementos propios de su esencia. En ese

---

incluso pudiendo transmitir por el fenómeno *mortis causa* su derecho real a sus herederos o causahabientes, mientras el arrendatario cumpliera con la obligación de pagar la *merces* al Estado romano o al particular. Su carácter no solo vitalicio, sino además perpetuo, hizo que se considerara más como una figura contractual de venta que de arrendamiento. Además, se debe indicar el enorme parecido entre el arrendamiento y la venta; de hecho, existen algunas tesis jurídicas en relación con que nada desvirtuaría legalmente que, al arrendar una cosa o un servicio personal determinado, lo que está haciendo quien entrega la cosa o presta el servicio personal es vender el goce de la cosa o su fuerza de trabajo, sea este calificado o no. En ese contexto, la forma como han de pagarse los instalamentos o el canon obedece a un elemento accidental del contrato que las partes pactan libremente; lo único que constituiría un elemento diferenciador es la subordinación o dependencia en materia laboral, lo cual es discutible doctrinalmente en cuanto a su rigurosidad legal.

Lo que aconteció fue que el Estado romano, ante la imperiosa necesidad de explotar fundos improductivos y consecuentemente percibir un *vectigal* o arrendamiento de parte de los particulares, decidió arrendar a estos últimos el goce y disfrute de la cosa a perpetuidad con la única obligación de pagar la *merces* al fisco romano. Incluso, se le permitió al particular arrendar su derecho, enajenarlo, gravarlo, cederlo y además transmitirlo por el fenómeno *mortis causa* a sus herederos o causahabientes, siempre y cuando sus herederos o legatarios continuaran con la obligación de cancelar el *vectigal* al Estado romano. Posteriormente, esta figura contractual se extendió entre los particulares. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 2.

sentido, existen contratos independientes y autónomos, como el contrato laboral, el contrato de prestación de servicios profesionales, el contrato de transporte, el contrato de obra o de empresa, el contrato de aparcería, el contrato de *leasing* inmobiliario y el contrato de *leasing* operativo, que, al ser analizados minuciosamente, se descubre su nacimiento legal a partir del contrato de arrendamiento romano. Se conciben como un solo vínculo jurídico, motivo por el cual, no obstante el haberse desarrollado cada uno de estos modelos obligacionales de manera autónoma, continúan representando en su concepción prístina y su inherente naturaleza un contrato de arrendamiento evolucionado, conforme a las necesidades que demanda el mundo de los negocios contractuales en la actualidad.

### **3. El contrato de arrendamiento al amparo de la legislación colombiana y su paralelo con el derecho romano**

La definición del estatuto civil colombiano establece la reciprocidad que debe existir entre las partes contractuales al momento de la celebración del contrato de arrendamiento, y es precisamente allí donde está la consensualidad del mismo, como quiera que nace de ese acuerdo de voluntades para producir una consecuencia o un efecto jurídicos. Ahora bien, este contrato se perfecciona con el simple acuerdo de las partes, y, si las mismas han establecido una solemnidad determinada, debe entenderse que obedece a un requisito para la validez y eficacia contractual del arrendamiento; así que hay que diferenciar uno de los elementos para la existencia del contrato, como es la *consensualidad*, de la forma propia de su perfeccionamiento.

Los derechos y obligaciones recíprocas que surgen del arrendamiento son los elementos propios de la naturaleza del contrato; es decir, que, cuando el Código Civil habla de “conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra, o prestar un servicio”, dependiendo del tipo de prestación que se pacte en el contrato, si los mismos no han sido estipulados por las partes, la ley obra de forma supletoria en el mismo<sup>5</sup>, mientras que sí es absolutamente imprescindible la estipulación de la

---

<sup>5</sup> Código Civil colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. 15 de abril de 1887 (Colombia). Art. 1973.

obligación de una de las partes de pagar un precio determinado —en este caso para el arrendatario—, por cuanto es un elemento propio de la esencia del contrato de arrendamiento y por tanto lo diferencia de otras figuras contractuales.

Es un contrato consensuado, por cuanto el simple convenio de las partes lo perfecciona y es precisamente en ese instante que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes contractuales. Es la razón jurídica por la cual se considera un contrato sinalagmático perfecto o contrato bilateral, como algunos autores lo establecen<sup>6</sup>.

En conclusión, el arrendamiento se enmarca en que una de las partes se obliga a proporcionar el uso y goce del bien, por el cual debe pagarse el precio a quien concede dicho disfrute durante el término de vigencia que las partes contratantes hayan establecido. También opera en la prestación de servicios personales o en la ejecución de un trabajo determinado realizado en la confección de una obra, por cuanto quien ejecuta estas dos últimas modalidades contractuales se hace acreedor al pago.

En palabras de Lucrecio Jaramillo Vélez, se establece que:

---

<sup>6</sup> Son los denominados contratos sinalagmáticos perfectos e imperfectos, lo que los autores modernos en el campo de las obligaciones y los contratos denominan *contratos unilaterales y bilaterales*. Los primeros crean un vínculo obligacional desde la creación del contrato, que es soportado por una sola parte contractual (*sujeto pasivo*), es decir, sobre esta recae la mayor carga de la obligación, y por ende existe un *sujeto activo* que tiene el poder legal de constreñir el cumplimiento de la obligación.

Acerca de los segundos, se habla de que desde el nacimiento del contrato surgen para las partes contratantes obligaciones recíprocas en las que ambas se obligan correlativamente a cumplir con la satisfacción del ligamento jurídico. Es el caso específico del contrato de arrendamiento, en el cual el arrendador se obliga a hacer la entrega real y material de la cosa al arrendatario, además de garantizarle el disfrute pacífico de la misma, y de otro lado el arrendatario se obliga a recibir la cosa y a pagar el canon conforme a la manera en que las partes lo han pactado; es decir, es un modalidad contractual *sinalagmática perfecta*. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011).

Los Romanistas, modernos (no así los juristas romanos), distinguen tres clases de arrendamiento: 1ª. *Locatio conductio rei*: Es un contrato consensual por medio del cual una parte, llamada *locator*, convenía conceder a otra parte, llamada conductor, el uso de una cosa (finca, casa, esclavo, animal u otra cosa mueble cualquiera), prometiendo el conductor pagar una compensación. 2ª. *Locatio conductio operaris*: Es un contrato consensual en el cual una parte, llamada conductor, prometía producir cierto efecto o resultado con su trabajo, por ejemplo, construir una casa, a cambio de una compensación que debía ser pagada por la otra parte (*Locator*). 3ª. *Locatio conductio operarum*: Es también un contrato consensual en el cual una parte (*Locator*), promete servicios de cierta especie (por ejemplo, trabajo doméstico), a cambio de una remuneración pagada por la otra parte (*conductor*).<sup>7</sup>

Los doctrinantes del derecho moderno en la actualidad han contemplado una *tricotomía contractual*, por cuanto mediante el contrato de arrendamiento se reglamenta la entrega de una cosa o de un servicio, o de una obra, en cuanto a distinguir entre *locatio conductio rei* (arrendamiento de cosas), *locatio conductio operis* (arrendamiento de servicios) y *locatio conductio operarum* (confección de una obra o trabajo). De esta tridivisión han brotado los principales contratos que hoy sirven de fuente legal y fundamento jurídico a diversas modalidades contractuales en materia civil, comercial, administrativa y laboral en el derecho colombiano.

De otra parte, se ha manifestado que esta tricotomía contractual del arrendamiento romano, compuesta por la *locatio operis* u *operarum*, obedece a una subclasificación o “una especie que deriva de la *locatio conductio rei*”<sup>8</sup> y finalmente la *locatio operis faciendi*. Esta última la denomina el profesor Guzmán Brito “*locatio conductio operis*” y otros autores, por la falta de unificación de conceptos y criterios jurídicos de los romanistas, la denominan *locatio operis faciendi*, mediante la cual el locatario se compromete a realizar una obra determinada a favor del

---

<sup>7</sup> Lucrecio Jaramillo Vélez. Derecho romano. Sistema de derecho privado romano. Pág. 227. Ed., Señal Editorial. (1986).

<sup>8</sup> Alejandro Guzmán Brito. Derecho privado romano. Tomo 2. Pág. 155. Ed., Jurídica de Chile. (1996).

*locator* sobre materia prima ajena y recibe de este último como contraprestación un precio por el trabajo realizado.

Es interesante la apreciación de Guzmán Brito, con toda la validez y argumentación legal para el caso contractual en mención, al expresar:

Esta tricotomía escolástica no debe hacer perder de vista la esencial unidad del contrato clásico, para la cual es suficiente que haya la obligación de prestar el aprovechamiento no consuntivo de una cosa o una operación (con o sin resultado material) y la de contraprestar un precio. Por lo demás, los tres tipos romanos anteriormente recordados ni siquiera agotan la variedad de especies que admite el contrato.<sup>9</sup>

El autor en mención atribuye la creación de los modelos de contratos de arrendamiento a los escolásticos, y además interpreta que lo relevante jurídicamente es que exista la *obligatio* de conceder el beneficio del goce de una *res* (cosa) o, en su defecto, de una operación, sin que sea necesario que se produzcan un resultado material y la respectiva contraprestación de la *merces* a favor de quien presta el servicio respectivo. Sin lugar a dudas, es apropiado establecer lo anteriormente expresado, por cuanto los elementos que tipifican la esencialidad de esta figura contractual son la prestación del servicio, independientemente de la forma en que se presente y el precio, lo cual demuestra desde la concepción legal del arrendamiento que se trata de este contrato y no de otro, como acontecería al no estipular los dos elementos en mención, lo cual se traduciría en un contrato de comodato o mandato por su carácter gratuito.

En la *locatio conductio operis*, se entrega en arrendamiento el trabajo o la prestación del servicio considerado por sí mismo como el desarrollo de una actividad específica; a pesar de ello, si la realización o ejecución de la obra material implica el accionar por parte de un sujeto determinado, o si el objeto materia del contrato de arrendamiento es una obra determinada, desarrollando una actividad que recaer sobre una cosa, se debe decir que se está frente a la *opus faciendum locare*, por cuanto ya no se está específicamente frente a la *operas locare*. No obstante, la

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

mayoría de autores coinciden en hablar de una *locatio conductio operis* u *operarum*. Como lo expresa Guzmán Brito al citar el *Digesto* de Justiniano:

El *opus locatum conductum* (D. 50.16.5.1) puede consistir en un objeto fabricado (no, por tanto, en la fabricación); en un edificio construido (y no en la construcción); en el efecto de la reparación de un objeto (no en la acción de repararlo), en el transporte de cosas (y no en la transportación); en el efecto de la educación de un esclavo (no en la acción de educarlo).<sup>10</sup>

En concepto del profesor Guzmán Brito, la diferenciación contractual entre el arrendamiento del *opus* y las *operae* (es decir, la ejecución de una obra determinada) es de origen medieval; no obstante, considera él mismo que las fuentes son romanas. Y, finalmente, hace una distinción en la *opus* (obra) que representa una cosa con *operae*, los servicios inmateriales.

En lo relativo a la clasificación o más bien subclasificación de la *locatio conductio operarum*, los estudiosos la denominan *locatio conductio operis irregularis*, y el profesor Guzmán Brito la trae a colación, siendo uno de los pocos romanistas que la abordan<sup>11</sup>.

Consiste en que el *locator* pone a disposición del locatario materia prima fungible o consumible, que son materiales que por su propia naturaleza son susceptibles de ser reemplazados por otros de su mismo género o se extinguen con el primer uso que de ellos se hace, para que este último realice o confeccione determinada cosa, como sería cierta cantidad de uvas para la elaboración de veinte toneles de vino. En dicha modalidad, se produce la transferencia de la titularidad sobre la materia por parte del *locator* al locatario, con la obligatoriedad por parte de este último de cumplir con la entrega de la cosa u objeto acordado previamente a favor del *locator*, así la elaboración de la cosa se haya surtido con otra materia prima, siendo en cualquiera de las dos

---

<sup>10</sup> Alejandro Guzmán Brito. Derecho privado romano. Tomo 2. Pág. 167. Ed., Jurídica de Chile. (1996).

<sup>11</sup> Alejandro Guzmán Brito. Derecho privado romano. Tomo 2. Pág. 170. Ed., Jurídica de Chile. (1996).

posibilidades jurídicas de propiedad del locatario, como *dominus* que es de la materia. El riesgo de la pérdida de la cosa (materia prima) corre por cuenta del *conductor*, que, como ya se ha establecido, es el dueño de la misma.

Es propio de otras figuras contractuales la irregularidad en la forma de perfeccionarse y cumplirse el contrato. No es exclusiva ni novedosa esta figura en el interior del arrendamiento romano, pues en el depósito irregular y en la servidumbre personal denominada *quasi-usufructus*, modalidad esta última que se confundía con el contrato real de mutuo o préstamo de consumo por cuanto un senadoconsulto del emperador Augusto estipuló que este usufructo, celebrado sobre cosas que por su propia naturaleza se consumen, otorgaba la plena propiedad sobre las mismas al usufructuario, presentándose en ambas figuras en mención las mismas obligaciones ya citadas por parte de quien consume la cosa y una clara ambigüedad e hibridez contractual del arrendamiento irregular propiamente dicho<sup>12</sup>.

Se debe expresar la falta de unificación conceptual por parte de los tratadistas del derecho romano, toda vez que no existe unanimidad en cuanto a si la tricotomía contractual del arrendamiento romano es producto de este ordenamiento jurídico o de los autores modernos, ubicados posiblemente entre los siglos XVII y XVIII; lo que sí es indiscutible es que su origen y fundamentación legal fueron proporcionadas por el derecho romano. Sobre el particular expresa Alfredo di Pietro: “La división que se suele hacer entre *locatio conductio rei* (locación de cosas), *locatio conductio operarum* (locación de servicios) y *locatio conductio operis* (locación de obra) no es estrictamente romana, sino que corresponde a los autores modernos, posiblemente a los del siglo XVIII”<sup>13</sup>.

Este contrato consensuado tiene un término de duración acorde con lo que las partes hayan pactado. No obstante, si las partes no establecen un

---

<sup>12</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Págs. 17, 18.

<sup>13</sup> Alfredo di Pietro *et al.* Manual de derecho romano. Pág. 296. Ed., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. (2005).

plazo, pudo terminarse por la manifestación unilateral y expresa de una de las partes contractuales intervinientes. Además, se presentó la *tácita reconducción*, siempre que el *locator* estuviera de acuerdo en permitir el uso y goce de la cosa por parte del locatario, entendiéndose prorrogado por el término inicialmente pactado o el último plazo de vigencia del mismo.

Este contrato dura aquello que hayan convenido las partes. De no haberse convenido un plazo, puede darse por concluido por decisión unilateral de cualquiera de las partes en cualquier momento. Se permite así mismo que una vez concluido el plazo, si el *locator* permite que el locatario continúe con el uso de la cosa *locada*, se entienda que el contrato ha sido tácitamente prorrogado (*relocatio tacita*).<sup>14</sup>

Interesante apreciación del profesor Alfredo di Pietro en su *Manual de derecho romano*, al establecer que, en la *locatio operis faciendi*, la confección de la obra debía producirse “con materiales del locatario, quien a la postre se quedará con la misma; de lo contrario el contrato sería juzgado como compraventa”<sup>15</sup>. Como sería la diferencia entre expresarle a un escultor: “Hazme con este lingote de oro de mi propiedad una estatua”; o que le indique: “Confecciona con tu oro una armadura militar”. La razón en la primera hipótesis consiste en la obligación de ejecutar una obra o un trabajo por parte de un locatario con materia prima que no es de su propiedad, y por la cual específicamente se recibe la *merces* por su trabajo realizado en beneficio del *locator*. En la segunda hipótesis, no existe arrendamiento alguno, sino simplemente un contrato de venta.<sup>16</sup>

Otro caso propio de la *locatio operis faciendi* romana fue regulado en la *Lex Rhodia de iactu*, que se ocupó de reglamentar lo atinente al ejercicio de la actividad marítima del capitán de una nave que, ante los riesgos propios del ejercicio de este clase de actividades, se encontraba

---

<sup>14</sup> *Ibid.* Pág. 297.

<sup>15</sup> *Ibid.* Pág. 298.

<sup>16</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 19.

ante la imperiosa necesidad de aligerar la embarcación, debiendo perder parte de la carga para que la nave no naufragara.

La ley en referencia estableció que las pérdidas serían asumidas proporcionalmente entre los dueños de las mismas. De tal manera que las dos acciones propias de la *locatio conductio*, como son la *actio locati*, a favor del arrendador, y la *actio conducti*, a favor del arrendatario, operaban de la siguiente forma: el *dominus* (dueño) de un navío podía impetrar la *actio locati* contra los propietarios de las mercancías transportadas en su embarcación para constreñirlos a asumir proporcionalmente las pérdidas.

Esto opera en el entendido de que el dueño de la embarcación es quien arrienda su nave para el transporte de mercaderías, que implicaba una actividad riesgosa propia de la época. Es decir, que, ante dicha eventualidad, le era propio incoar dicha acción contra quienes tomaban en arrendamiento la nave, o sea, los arrendatarios o locatarios, quienes debían asumir a prorrata las pérdidas sufridas.

En lo relativo al *periculum commune* (peligro común), es decir, el que produjese una afectación en la nave y en las mercancías por igual, con lo cual se lograba la *salva nave* (salvamento de la nave), tanto las pérdidas como las erogaciones (gastos) habrían de repartirse proporcionalmente entre los beneficiados; se refiere a quienes les asistió el interés de que se produjera el *dannum* (daño). La *Lex Rodhia* (D.14.2.2.2) estipula al respecto: “Dispone la Lex Rodhia que si para aligerar la nave se hubiesen echado al mar unas mercancías, se resarcirá con la contribución de todos [los propietarios de las mercancías] el daño, que en beneficio de todos se causó. Paul.2 sent.”<sup>17</sup>.

Se presentó una dicotomía jurídica entre el contrato de venta y el contrato de arrendamiento en la legislación romana. Consistió en la denominada *enfiteusis*, institución clásica que terminó por fusionarse en la era justiniana con el *ius in agro vectigali*. Como lo indica Di Pietro: “De acuerdo con necesidades y prácticas del mundo helénico-oriental, el derecho real de enfiteusis fue la *possessio del ager vectigalis*, concedida

---

<sup>17</sup> Álvaro d’Ors *et al.* El Digesto. Pág. 271. Ed., Aranzadi. (1968).

por el Estado o los municipios en forma permanente siempre que se pagara el canon establecido”<sup>18</sup>.

Lo anteriormente expresado, por cuanto para algunos jurisprudentes fue considerado como el producto de una compraventa y para otros se trató de *locación*. No obstante, consistió en un arrendamiento *sui generis* con elementos esenciales y características propias de la venta, pero, al no conceder la titularidad sobre un fundo para su explotación, no debe ser catalogado como venta y el que además, por su característica de perpetuidad, se consideró que se trataba de una venta, cuando el pago de la renta confirmaba jurídicamente la *nuda traditio* de parte del enfiteuta sobre el predio, como quiera que continuaba con la obligación, así aquella fuera transmitida a sus herederos de seguir pagando la renta. La *actio vectigalis* es una *actio in rem* similar a la *actio reivindicatio*, con la diferencia de que esta última acción solo procedía para el propietario de la cosa<sup>19</sup>. Reiterando las palabras de Di Pietro: “verdadero derecho real que constituye la propiedad provincial”<sup>20</sup>.

Ahora bien, en lo atinente a la división contractual de la *locatio conductio*, Vincenzo Arangio-Ruiz retoma al jurisconsulto Gayo, cuyos pronunciamientos al respecto son exigüos, lo que ha llevado a concluir a algunos autores, junto con el análisis del *Digesto*, que no obedece este fraccionamiento obligacional al derecho romano, sino que representa un producto del derecho moderno; no obstante, dichos planteamientos no han sido plenamente demostrados y mucho menos se ha llegado a desvirtuar de manera rigurosa que la legislación romana no concibió

---

<sup>18</sup> Alfredo di Pietro *et al.* Manual de derecho romano. Pág. 245. Ed., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. (2005).

<sup>19</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Págs. 20, 21.

<sup>20</sup> Los fundos provinciales fueron susceptibles de arrendamiento y venta, pero su importancia jurídica fue menor que la de los fundos rurales, por cuanto los primeros podían ser transferidos por cualquiera de los mecanismos establecidos por el *derecho de gentes* o por la *simple traditio* (entrega de la cosa), por tratarse de *cosas nec mancipi*. A *contrario sensu*, los segundos requerían de la *mancipatio* para transferir la propiedad o la posesión de la cosa. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 21.

jurídicamente esta tricotomía contractual; bastaría establecer que, así como existen autores que niegan dicha creación al ordenamiento jurídico romano, otros lo describen como producto del mismo.

Además, algunos autores aceptan tácitamente su desarrollo legal y jurisprudencial en el interior de la legislación romana. No constituye suficiente argumento jurídico que Gayo en sus *Institutas* o el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano no hayan hecho referencia expresa a la mencionada tridivisión del contrato de arrendamiento en el derecho romano<sup>21</sup>.

Interesante apreciación de Arangio-Ruiz al enunciar: “[...] Sobre todo no establece ninguna diferencia entre la *locatio conductio rei* y *operis*: quien *locat* es siempre el propietario o poseedor de una cosa y objeto de locación es siempre la cosa misma”<sup>22</sup>.

Algunos de estos autores que niegan la autoría al derecho romano no distinguen entre el arrendamiento propiamente de cosas (*locatio conductio rei*) y el arrendamiento de servicios personales, simplemente en ciertos eventos la cosa es *locada* (puesta en tenencia a favor del arrendatario) para que la goce. En otros eventos, es entregada con el objeto de que el *conductor* realice un servicio determinado o, en tratándose de la *locatio operis faciendi*, confeccione una obra específica a favor del *locator*. Pero lo que representa un hecho innegable es que, así esto sea absolutamente cierto, en los tres tipos de contratos que evolucionaron en el interior del arrendamiento romano, siempre percibía una remuneración quien permitía el goce de la cosa o prestaba un servicio determinado a favor de quien arrendaba su fuerza de trabajo (física o intelectual) o confeccionaba una obra con materia prima ajena a favor del *locator*. El que hubiese recaído en el objeto materia del contrato, en la cosa *locada*, no necesariamente se traduce en que no se hubiese establecido plenamente que la *merces* se debía por el goce

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Vincenzo Arangio-Ruiz. Instituciones de derecho romano. Pág. 385. Ed., Depalma. (1986).

percibido en la cosa o en su defecto, por quien prestaba un servicio por sí mismo<sup>23</sup>.

Otra de las variables contractuales del arrendamiento consistió en el derecho real de superficie y ahí se debe hacer claridad de que este es un contrato de exclusiva creación romana, es producto de esta legislación y representa un contrato muy particular y poco semejante a otras modalidades obligacionales, tanto en el antiguo derecho romano como en las legislaciones actuales.

Este derecho *in rem* se fundamentó en el postulado de la *accessio cedit principali* (la cosa accesoria pasa a ser de propiedad del dueño de la cosa principal) y, específicamente, en el concepto *superficies solo cedit*, en el entendido de que cualquier edificación en suelo ajeno accede a la titularidad del terreno. Vincenzo Arangio-Ruiz, en relación con esta modalidad de arrendamiento público por parte del Estado romano, expresa:

También aquí la necesidad se hizo sentir primeramente por las construcciones sobre el suelo público. Solían, en efecto, los magistrados conceder a los particulares permiso para construir sobre el foro o sobre las calles *tabernae* (tiendas), con la inteligencia de que el suelo permaneciese público pero se le garantizase al constructor la disponibilidad de la tienda, comprendidas las facultades de destruirla y transferirla a otros.<sup>24</sup>

Este tipo de arrendamiento terminó por generalizarse entre los particulares a manera de contrato y por ende se diferenciaba de las superficies públicas y los demás arrendamientos que otorgaban derechos reales a plenitud, a excepción del de dominio, a los locatarios. En virtud de lo anterior, el poder edificar o construir por parte del superficiario —o, en su defecto, de disfrutar de la construcción— arrojó una verdadera *locatio conductio* del suelo, posiblemente con la facultad de

---

<sup>23</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Págs. 21, 22.

<sup>24</sup> Vincenzo Arangio-Ruiz. Instituciones de derecho romano. Pág. 287. Ed., Depalma. (1986).

usar y gozar de la edificación a manera de venta. El vínculo jurídico ligaba a las dos partes contratantes (dueño del suelo y el superficiario), pero sin el derecho de transmitirlo a los herederos de forma particular; según las palabras del autor en mención: “Pero sin la posibilidad de que la relación jurídica continuase entre los sucesores a título personal”<sup>25</sup>.

El profesor Muñoz López establece al respecto la facultad de transmitir este derecho real pretoriano por parte del arrendatario<sup>26</sup>.

Por otro lado, los juristas del periodo clásico, o propio de la virilidad del derecho romano, establecieron un solo tipo contractual (*locatio conductio*) que encerraba las tres formas de contratos. A veces resulta un tanto complejo diferenciar entre la *locatio operis faciendi* y la *locatio operarum*, siendo la primera una especie de subdivisión de la segunda. Podía darse la posibilidad de contratar el trabajo de un joyero y un herrero por dos años, a cambio de una suma de dinero, con el fin de confeccionar el primero joyas precisas y el segundo con la actividad propia de un herrero; o se arrendaban unos carpinteros para la realización de un establo. ¿Cuál de estos contratos es propiamente *locatio operarum* o *locatio operis faciendi*? Al igual que algunos de los autores mencionados, el profesor Schulz considera al respecto que “Tal tricotomía no se halla en las fuentes romanas, ni fue implícitamente aceptada por los juristas clásicos. Estos solamente conocieron una *locatio conductio* y en principio, aplicaron las mismas reglas, a las variedades todas de este contrato”<sup>27</sup>.

Expresa el autor en referencia que solo “conocieron una *locatio conductio*”; no obstante, dieron aplicabilidad a las diversas modalidades que se podían jurídicamente desligar del contrato en mención. ¿No es acaso una forma tácita de creación y posibilidad contractual de la mismas? Indica textualmente el autor: “A las variedades todas de este contrato”. ¿Esas *variedades* o modos contractuales no son una manifestación clara e inequívoca de que los romanos interpretaron y

---

<sup>25</sup> *Ibid.* Pág. 288.

<sup>26</sup> Léase *derechos reales pretorianos*, en Luis Alfonso Muñoz López. Derecho romano comparado con el derecho colombiano. Págs. 170-171. Ed., Temis. (2007). De ahí la falta de unificación de criterios entre los diversos autores de derecho romano.

<sup>27</sup> Fritz Schulz. Derecho romano clásico. Pág. 518. Ed., Urgel (1960).

aplicaron sus diversas manifestaciones? No obstante lo anterior, lo cierto es que quien prestaba un servicio determinado a favor de otro podía ser denominado en el contrato *locator* o locatario de acuerdo con una necesidad específica y de forma variable. Se considera que, más que ser “una cuestión absolutamente desprovista de importancia jurídica”, fue un aspecto de carácter práctico jurídico; así como tampoco los juristas romanos clásicos se encargaron de elaborar una teoría del acto y negocio jurídico como la actual, propia de los siglos XVIII y XIX; como lo establece el profesor Arangio-Ruiz<sup>28</sup>, por lo que hace relación a su criterio pragmático en la confección de preceptos jurídicos que dirimieran los diferentes litigios<sup>29</sup>.

Si alguien, en el interior de este contrato de arrendamiento (la *locatio conductio operis faciendi*), se encargaba de elaborar un objeto con materia prima propia, se consideraba compraventa según la doctrina clásica; no obstante, Casio establece, según Gayo, que, si se producía la fabricación de una pieza de oro mediante la creación propia del orfebre (orífice), se presenta venta de la materia prima y por otra parte el arrendamiento propio del trabajo de este; una mezcla jurídica de los contratos a la vez<sup>30</sup>. Como lo establece Gayo al respecto:

“También se discute si hay compraventa o arrendamiento cuando convengo con un orífice que me haga con oro suyo unos anillos de cierto peso y cierta forma, y recibo por ello, por ejemplo, doscientos denarios. Casio dice que hay compraventa de la materia y arrendamiento del trabajo (según la opinión más general, hay una compraventa); pero si le doy una cantidad de oro, además del precio del trabajo, admite Casio que hay arrendamiento.<sup>31</sup>”

---

<sup>28</sup> Vincenzo Arangio-Ruiz. Instituciones de derecho romano. Pág. 180. Ed., Depalma. (1986).

<sup>29</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Págs. 25, 26.

<sup>30</sup> Típica ambivalencia contractual, por lo cual es pertinente establecer que las modalidades contractuales no se producen de forma independiente unas de las otras, por lo que es apropiado indicar que la naturaleza de los contratos e incluso su esencia, participan de un contenido ecléctico en la formación de los mismos.

<sup>31</sup> Gayo, Institutas. Pág. 528 (§ 147). Ed., Abeledo-Perrot. (1997).

De otra parte, se presenta la interesante apreciación del profesor Shulz, quien expresa que se trata de una concepción producto del “escolasticismo jurídico continental que crea dificultades y errores innecesarios, pues alude a diferencias jurídicas en una materia en que realmente éstas no existen. La cuestión de responsabilidad y riesgo no están condicionadas al hecho de si el contrato es *locatio conductio operarum* o *locatio operis*”<sup>32</sup>.

Completamente acertada la interpretación del autor en referencia, por cuanto indistintamente de que se produjera el respectivo servicio, es decir, por parte del *locator* o locatario, lo relevante para la legislación romana fue que quien presta el servicio determinado es, a su vez, quien se hace merecedor del pago por el mismo, tratase como ya se dijo del uno o del otro; simplemente, quien se beneficia paga la *merces*, a quien le reporta un incremento patrimonial, y los términos varían conforme a las circunstancias propias de cada caso, o sea, de cuál es la persona que se encuentra frente a una contingencia determinada, y por ende requiere y está en capacidad de contratar los servicios de otra, y esta última a su vez se encuentra en capacidad de suministrarlos y recibe como retribución un valor determinado. Además, como concluye el autor citado, es irrelevante, al fijar la responsabilidad y el riesgo por la pérdida de la cosa, el que el negocio jurídico se deba supeditar jurídicamente a si el contrato se ha denominado *locatio conductio operis* u *operarum* o *locatio conductio operis faciendi*<sup>33</sup>.

Establece el profesor Shulz que no se produce la aplicación de la obligación de saneamiento propia del contrato de compraventa al arrendamiento, es decir, lo concerniente a la evicción y a los vicios redhibitorios, la denominada *acción de saneamiento*, en el entendido de que tanto la entrega de la cosa por parte del *locator* al *conductor* y la obligatoriedad de su reparación se consideraron como suficientes, sin necesidad de recurrir a la complejidad legal de las normas propias al saneamiento de la cosa, de total aplicabilidad en la venta; “se consideró

---

<sup>32</sup> Fritz Schulz. Derecho romano clásico. Págs. 519, 520. Ed., Urgel (1960).

<sup>33</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 27.

suficiente esta regla y las normas tan complicadas, referentes a la evicción y a los vicios cualitativos de la compraventa, no se aplicaron al arrendamiento<sup>34</sup>; y además expresa que “no pudo darse la evicción en el arrendamiento, porque el conductor no era poseedor<sup>35</sup> y por consiguiente no procedía contra él la *reivindicatio*”<sup>36</sup>.

Una vez más, la falta de unificación de criterios jurídicos por parte de los estudiosos de la legislación romana —por ejemplo, en lo relativo a la no aplicación del fenómeno jurídico de la evicción por parte de Fritz Schulz— se opone a la de otros tratadistas; así lo expresa Muñoz López en su libro *Derecho romano comparado con el derecho colombiano*, al enunciar lo siguiente: “responder al locatario o conductor por la evicción y los vicios ocultos de la cosa arrendada”<sup>37</sup>; y Arangio-Ruiz expresa al respecto; “sin embargo, subsiste la obligación del locador de asegurar el goce de la cosa<sup>38</sup>, que se transforma en obligación de resarcir el daño sobrevenido al locatario por la oposición del nuevo propietario”<sup>39</sup>.

No se protege al locatario en el dominio y posesión de la cosa, pero sí en cuanto se refiere al goce pacífico de la misma; se enfatiza, no a título de posesión, por lo cual el derecho romano no le permitió interponer los llamados *interdictos posesorios*; se trata, pues, de la simple tenencia de la cosa, cuya única excepción fueron los denominados *derechos reales* de creación pretoriana, que otorgaron un derecho *in rem* frente al bien y

---

<sup>34</sup> Fritz Schulz. *Derecho romano clásico*. Pág. 523. Ed., Urgel (1960).

<sup>35</sup> Debe aclararse que, conforme a la legislación romana, la acción reivindicatoria solo la podía impetrar el verdadero titular del derecho de dominio cuando hubiera sido desposeído de forma ilegítima de un bien mueble o inmueble, pudiendo incoarla contra toda persona que ostentara la detención de la cosa, con el único objeto de su restitución.

<sup>36</sup> Fritz Schulz. *Derecho romano clásico*. Pág. 523. Ed., Urgel (1960).

<sup>37</sup> Luis Alfonso Muñoz López. *Derecho romano comparado con el derecho colombiano*. Pág. 254. Ed., Temis. (2007).

<sup>38</sup> Implícitamente, el maestro Vincenzo Arangio-Ruiz está dando cabida y aplicabilidad a la acción de saneamiento de la cosa, toda vez que subsiste la obligación del arrendador de garantizar e indemnizar todas las futuras situaciones que puedan perturbar el goce del bien por parte del locatario (arrendatario), en el evento de que un tercero alegue un mejor derecho sobre la cosa materia de la *locación* (arrendamiento).

<sup>39</sup> Vincenzo Arangio-Ruiz. *Instituciones de derecho romano*. Pág. 388. Ed., Depalma. (1986).

en los cuales el arrendatario detentaba un derecho perpetuo sobre la cosa, muy semejante a la propiedad, incluso permitiéndole disponer de su derecho por acto *inter vivos* y por el fenómeno *mortis causa*. Entiéndase por evicción no solo proteger la titularidad del bien transferido y su posesión, sino, además, garantizar el goce tranquilo y completo de la cosa, cuando se presenta un tercero que alega tener un mejor derecho sobre la misma, y en ese sentido perturba o lo primero o lo segundo al comprador o arrendatario; por esto, se debe considerar extensiva la figura en mención al arrendamiento romano y colombiano.<sup>40</sup>

En el derecho colombiano y el derecho continental europeo, ambos regímenes de tradición romano-germánica, se identifican en un mismo elemento de la esencia del contrato de arrendamiento (*ad-substantiam actus est*), como lo es el precio o canon, además de la cosa, materia del contrato celebrado.

De lo cual se hace una inferencia, como bien lo anota César Gómez Estrada:

de la definición del contrato de arrendamiento, que puede extraerse del art. 1973 del C.C., resulta evidenciado que, a más de los elementos esenciales a todo contrato exigidos por la ley, como por ejemplo, el consentimiento, en el arrendamiento de cosas, son esenciales también otros dos, en torno a los cuales giran respectivamente las obligaciones del arrendador y del arrendatario, y que constituyen correlativamente el objeto y la causa de las prestaciones a cargo de cada uno. Esos dos elementos esenciales son: a) la cosa arrendada, y b) el precio o renta.<sup>41</sup>

Es importante la ubicación temporal y espacial en lo atinente a las condiciones socioeconómicas de la antigua Roma con la contemporaneidad. Por ejemplo, los negocios jurídicos celebrados con los trabajadores libres no se suscitaron con gran ocurrencia; todo lo

---

<sup>40</sup> Léase los artículos 1990, 1991 y 1992 del CCC.

<sup>41</sup> César Gómez Estrada. De los principales contratos civiles. Pág. 187. Ed., Temis. (1999).

contrario, fueron de aplicación exigua, por cuanto la mano de obra esclava suplió esta deficiencia<sup>42</sup>. En ese ámbito social, los trabajadores de los entes productivos (fábricas) usualmente eran esclavos, los cuales estaban sujetos a la potestad dominical de su *dominus*; y como la clase pudiente poseía números considerables de esclavos a su servicio, tanto para la producción de bienes y servicios como para cubrir las necesidades domésticas de cada una de las *domus romanas*, el aspecto inherente al derecho laboral no se concibió como en la actualidad.<sup>43</sup> Como lo expone Zimmermann en relación con la falta de reconocimiento por parte de la legislación romana al respecto:

So much for Roman labour law, or perhaps rather: so little. Again we pose the question why this area of the law received so little attention from the Roman lawyers and why we do not find any attempt to mitigate the lack of equilibrium inherent in the relationship of employment. Particularly striking is the lack of any protection against socially unjustified dismissal of the employee. As we have seen, the institution of giving notice to terminate the relationship was unknown in Roman law, and that meant that the contract of *locatio conductio operarum* came to an end either on the expiration of the time for which it had been entered into—this was what normally happened—or, if no time had been fixed, the contract could be terminated at any time by either of the parties.<sup>44</sup>

Es indiscutible, desde la perspectiva histórica y jurídica, que el contrato de arrendamiento, en sus fuentes, fundamentos jurídicos y modalidades contractuales, sigue aún incólume en las legislaciones modernas. El contrato laboral fue desconocido por la legislación romana, debido al modo de producción esclavista, propio de las antiguas civilizaciones y

---

<sup>42</sup> La *locatio conductio operis* contempló una fracción de los servicios que se ofertaban. Dentro de ese contexto, un *dominus* (dueño) podía celebrar esta clase de contrato con un locatario, colocando al servicio de este último la labor de su esclavo y percibiendo a favor del mismo la *merces* por el servicio prestado. Esa oferta de servicios por lo general era proporcionada por las clases menos privilegiadas.

<sup>43</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 32.

<sup>44</sup> Reinhard Zimmermann. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Pág. 387. Ed., Oxford University Press. (1996).

que imponía la esclavitud como derecho de propiedad o dominio sobre el esclavo. En ese ámbito, la relación entre esclavo y esclavista no establece las connotaciones jurídicas de un contrato de arrendamiento, por cuanto al esclavo no se le reconocía como fuerza de trabajo arrendada. No obstante, por la evolución propia de los pueblos, la esclavitud está proscrita. Sin embargo, las raíces jurídicas de lo que hoy se denomina contrato laboral nacieron y evolucionaron en el interior del derecho romano.

De acuerdo con Iglesias:

Ni Gayo, en las escasas letras dedicadas a la *Locati Conductio*, ni Ulpiano y Paulo, en sus comentarios sistemáticos a la materia, tratan separadamente los casos que los intérpretes modernos agrupan en tres categorías. Las ideas romanas, el *Locator*, de un lado, el arrendador de la cosa —*Locatio conductio rei*— y el que presta los servicios —*Locatio conductio operarum*—, y de otro lado, el que encarga la obra —*Locatio conductio operis*—, ya que este es quien suministraba los materiales con que se ejecuta el *opus*.<sup>45</sup>

En ese sentido, no existe unanimidad en los autores del derecho romano al concluir si se presentó o no la separación conceptual del arrendamiento en esta legislación; lo indiscutible es que sí nacieron y evolucionaron jurídicamente las tres modalidades contractuales del contrato de arrendamiento, es decir, la *locatio conductio rei*, la *locatio operarum* y la *locatio operis faciendi*, sin establecer con absoluta certeza si la legislación romana abordó las tres figuras contractuales como una sola.

Según las ideas romanas es *Locator* de un lado, el arrendador de la cosa, *Locatio conductio rei* y el que presta los servicios —*Locatio conductio operarum*—, y de otro, el que encargaba la obra —*Locatio conductio operis*—, ya que éste es quien suministraba los materiales con que se ejecuta el *opus*.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Juan Iglesias. Derecho romano. Historia e instituciones. Págs. 441-442. Ed., Ariel Derecho. (2010).

<sup>46</sup> *Ibid.*

Cabalmente, tratándose de *Locatio conductio operis*, el contrato versa sobre los materiales que el *Locat*, una persona da para que otra realice con ellos una obra determinada—*opus faciendum locare*.<sup>47</sup>

En sentido contrario, actualmente se cataloga al *locator* como el ejecutor del *opus*, por cuanto acomete una prestación y por ella percibe un pago o merced. Se infiere de lo anterior que, en el intercambio de obligaciones contractuales, en que el *locator* —quien tradicionalmente soporta la obligación jurídica arrendando su propia mano de obra o dando una prestación personal de su servicio— no es quien soporta el cumplimiento de la obligación; *a contrario sensu*, es el *conductor* quien debe realizarla en beneficio del *locator*, por cuanto en esta modalidad del contrato romano (*locatio operis faciendi*) es el *locator* quien le entrega la cosa al *conductor* para la ejecución del trabajo y paga a este último la *merces* por la confección de la obra, que debe ser ejecutada con materia prima ajena.

#### **4. Análisis comparativo del contrato de arrendamiento en el derecho romano, el Código Civil colombiano y el Código de Comercio colombiano**

La legislación romana determinó como tal una fuente de las obligaciones nacida de un modelo contractual que presentó una fusión y ambigüedad entre la venta y el arrendamiento, en el cual, en términos generales, una de las partes contratantes se obliga a permitir el goce de una cosa, a confeccionar una obra o a la prestación personal de un servicio determinado a favor de la otra parte contratante, en todas sus modalidades a cambio de una suma de dinero (*merces*) determinada.

El artículo 1973 del Código Civil colombiano conceptúa que “el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

---

<sup>47</sup> *Ibid.* Pág. 442.

Es claro el enorme influjo conceptual y jurídico del derecho romano en la definición que trae el artículo 1973 del Código Civil; se refiere al goce de una cosa por parte de uno de los contratantes, e implícitamente se colige que se trata del arrendatario, pero bien puede tratarse no del disfrute de una cosa, sino del arrendamiento para la ejecución de una obra o un servicio determinado por parte del arrendador, el denominado contrato laboral y algunas formas contractuales que se derivan de la prestación del servicio a favor de la otra parte, como serían los contratos de prestación de servicios personales, el contrato de obra o empresa, el contrato de transporte, etc. Es la legislación romana, con su *locatio conductio* y sus variables obligacionales, el fundamento jurídico de diversos contratos en el interior de la legislación colombiana, sin haberse mencionado el arrendamiento de servicios inmateriales que reglamenta el artículo 2063 del Código Civil colombiano (propiedad intelectual) o los contratos para la confección de una obra material, estipulados en el artículo 2053 del Código Civil colombiano. El artículo 2053 al respecto reza: “Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es venta”; sigue, por tanto, los mismos lineamientos del derecho romano en relación con la *locatio conductio operis faciendi* (confección o ejecución de una obra), cuando quien proporciona los materiales (materia prima) es el locatario, caso en el cual se reputaba como venta<sup>48</sup>.

El maestro Joan Miquel, en relación con la diversidad de los contratos que se “engloban” en el arrendamiento romano, establece:

bajo el nombre de *locatio conductio*, englobaban los romanos una porción de situaciones, que responden a las finalidades económico-sociales más diversas. Este enfoque vicioso ha pasado a los ordenamientos jurídicos modernos que agrupan bajo el denominador común de arrendamiento, situaciones tan diversas como puede ser el arrendamiento de una casa o el contrato de trabajo.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 41.

<sup>49</sup> Joan Miquel. Derecho privado romano. Pág. 326. Ed., Ediciones Jurídicas. (1992).

No explica el autor en mención a qué se refiere al expresar que “este enfoque vicioso ha pasado a los ordenamientos jurídicos modernos”; al parecer, el profesor Joan Miquel analiza e interpreta la inconveniencia legal de que los romanos no hubiesen establecido una separación o escisión de sus formas posibles, por cuanto la expresión *locatio conductio* encierra las mismas y esa ausencia de claridad y precisión jurídica pasó intacta a las normas actuales. Es otra inequívoca herencia del derecho romano a los regímenes jurídicos, especialmente de tradición europea continental.

Desde luego que quien percibe el beneficio, en cualesquiera de las formas expuestas, en el interior tanto de la legislación romana como de la colombiana, paga un precio (la *merces* romana o el *vectigal*) por dicho disfrute, trabajo o servicio.

El estatuto mercantil colombiano solo menciona el *arrendamiento de las naves* y no da por tanto una definición globalizada del contrato de arrendamiento en sus diversas formas contractuales; utiliza los mismos términos obligacionales extraídos de los romanos al estipular que “una de las partes se obliga a entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de una nave”; cambia el término *cosa* por *nave* debido a su carácter eminentemente comercial.

En lo concerniente a las características del contrato de arrendamiento, son las mismas del derecho romano, tanto para el derecho civil como para el derecho comercial, al estipular la consensualidad, propia de su perfeccionamiento, y la bilateralidad: se trata de un sinalagma perfecto (negocio jurídico bilateral), conmutativo y de buena fe, siendo esta última característica una presunción legalmente implícita en toda forma contractual. Al respecto, es interesante la apreciación de Joan Miquel: “la *locatio conductio* es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, es un contrato bilateral perfecto, ya que necesariamente surgen de él obligaciones a cargo de ambas partes”; y finalmente expresa: “es un contrato de buena fe, ya que está protegido por acciones que contienen la cláusula *ex fide bona*”<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> *Ibid.* Pág. 327.

El Código de Comercio, en el título preliminar, artículos 1 y 2, autoriza la remisión expresa a las normas que por analogía regulan aspectos similares, así como la aplicación de preceptos jurídicos del derecho civil colombiano. El fundamento jurídico radica en que esta legislación en referencia se desprendió de la rama madre del derecho (*ius civile*) e igualmente sucedió en el interior de la legislación romana, pues no diferenció entre el derecho mercantil propiamente establecido y las demás ramas del derecho que se desprendieron del mismo.

En el interior del derecho romano, la *lex mercatorum* (ley mercantil) no existió independientemente del derecho civil romano, por cuanto la primera fue implementada y desarrollada por el segundo, el cual constituía el derecho aplicable solo a quienes poseían el *status civitatis* (ciudadanía romana), sin reglamentar las relaciones propias del derecho pretoriano o *peregrinus*, en las relaciones entre los extranjeros y los ciudadanos romanos, por medio del *ius gentium*, en sus relaciones mercantiles. Es la razón por la cual Gerardo Ravassa Moreno expresa:

se ha sostenido la opinión de que en Roma no hubo Derecho Mercantil sino sólo Derecho Civil y que el comercio, con sus relaciones jurídicas, fueron objeto de regulación únicamente a través del *praetor peregrinus* y dentro del campo del *ius gentium*. Dicha afirmación no es exacta en un doble sentido. Es que muchas veces se olvida que “derecho civil” en Roma significa sencillamente: derecho de los ciudadanos romanos (frente al *ius gentium* como derecho de los extranjeros o de las relaciones entre los ciudadanos y extranjeros) y, en este sentido, se aplicaba a toda la vida de los ciudadanos y a todas sus relaciones jurídicas privadas, ya fueran estas de Derecho Civil (en su acepción actual) o de Derecho Mercantil. Muchas instituciones jurídicas mercantiles fueron, como veremos, reguladas así, junto con otras propiamente civiles. En suma, lo que hay en Roma es, por tanto, un derecho privado unificado, muy semejante al que hoy encontramos en los países angloamericanos; una coexistencia de materia civil y materia mercantil.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Gerardo Ravassa Moreno. Historia del comercio y del derecho mercantil. Págs. 80, 81. Ed., Universidad Santo Tomás. (1998).

El *principio de la buena fe* en los contratos fue el fundamento del derecho pretoriano, y ello facilitó el contenido y la generación de ligamentos obligacionales que se fijaban por medio de fórmulas ritualistas propias de su celebración (*forma dat esse rei*). De modo que su interpretación no podía ser otra que su literalidad, por lo que exigía tan solo la voluntad real del agente, a pesar de que el cumplimiento de aquellos resultara inequitativo o diferente de lo que ciertamente fuera la intención de las partes<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> La permanente dicotomía jurídica entre la legislación quiritaria y el derecho pretoriano fue acentuándose paulatinamente con el desarrollo del derecho de gentes (*ius gentium*), que tomó como fundamento legal de los aspectos obligacionales los denominados en la actualidad “principios generales del derecho”, a saber, la equidad, la igualdad y la justicia. Labor esta última que fue encomendada a los jurisprudentes romanos para la solución de las controversias basadas en la equidad en la celebración de los contratos, en los cuales se presentó una presunción legal, *la buena fe* de los contratantes al momento de la celebración del acto jurídico respectivo.

Finalmente, debe establecerse la extinción del derecho civil o quiritario propio de los ciudadanos romanos para dar paso al derecho pretoriano estructurado en la *equitas romana* (equidad).

Sobre el particular, manifiesta el historiador Gerardo Ravassa: “Tal vez conozca el lector la división inglesa del material jurídico en *common law* (derecho común) y *equity* (equidad, justicia). En la primitiva Roma existía una división bastante parecida. Había un derecho arcaico y formalista (*ius civile, ius quiritorium*), el cual, de todos modos, a diferencia del *common law* inglés, no se aplicaba más que a los litigios de los ciudadanos (*quirites*) los cuales no constituían, hasta el 212 D.C. sino una parte de la población libre del Imperio. El Derecho Civil se desarrolló por ‘interpretación’ mediante la actividad de un colegio de sacerdotes (pontífices) así como la de un dignatario especial encargado de la administración de justicia (*praetor urbanus*). Este material jurídico adicional tiene cierto parecido al *law of equity* (derecho de equidad) inglés. Pero el grueso de lo que en cierta medida se puede identificar con la *equity* inglesa procede de otra fuente, a saber, de las relaciones comerciales o no, entre no-ciudadanos (*peregrini*), o entre ciudadanos y no ciudadanos. El cuerpo de normas jurídicas aplicadas a esas relaciones se llamó *ius gentium*. Obsérvese que, tal como se usaba en tiempos romanos, este término nada tiene que ver con la significación que empezó a tomar a partir del siglo XVIII, a saber, la del derecho internacional o de las naciones (*droit de gens, Volkerrecht*: derecho de gentes)”. Gerardo Ravassa Moreno. Historia del comercio y del derecho mercantil. Pág. 81. Ed., Universidad Santo Tomás. (1998).

Plausible diferenciación del profesor Gerardo Ravassa, sobre las dos clases de ordenamientos jurídicos en el interior de la legislación romana. Pero lo más acertado es la forma como concibe jurídicamente el aporte del derecho romano al denominado *common law*, toda vez que existe un usual desconocimiento de la influencia de la

En el interior del derecho romano se presentó una dicotomía jurídica entre el derecho civil quiritario y el *ius gentium* o derecho de gentes, en razón a que el primero correspondía a preceptos jurídicos inflexibles y el segundo a los que hoy se denominan principios generales del derecho, como son la justicia, la igualdad y la equidad.

No solamente se ocupó de elaborar un derecho civil en Roma. Además, reglamentó ramas del derecho absolutamente autónomas, como el derecho penal, el derecho tributario, el derecho de familia y ramificaciones del derecho que en las legislaciones modernas pertenecen al derecho público, etc. Vertientes que se dan en todo ordenamiento jurídico y que pertenecen en la actualidad a legislaciones enmarcadas dentro del ámbito del derecho público y el derecho privado.

Los elementos de la esencia del arrendamiento romano son los mismos que se presentan en el interior del derecho civil y el derecho mercantil colombianos; al respecto, establece el artículo 1975 del Código Civil colombiano sobre el precio y la renta: “el precio puede consistir ya en dinero; ya en frutos naturales de la cosa arrendada, y en ese segundo caso puede fijarse una cantidad determinada o una cuota de los frutos de cada cosecha”<sup>53</sup>.

---

jurisprudencia romana al derecho inglés, que está fundamentado en la equidad y cuya fuente principal es la costumbre. Si la legislación romana evolucionó por la labor de los jurisconsultos romanos, en especial en la etapa clásica o de virilidad del derecho romano, por la encomiable labor de la magistratura denominada *la pretura* y el trabajo de los primeros; es innegable que los regímenes del derecho anglosajón tomaron uno de los aspectos legales más desarrollados del derecho romano, es decir, la *jurisprudencia*. No debe olvidarse que el Imperio británico representó una de las provincias conquistadas por el Imperio romano (*Britania*), y en ese sentido el influjo de la antigua civilización romana es considerable. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 134.

<sup>53</sup> Compárese con la *colonia parciaria o partiaria* del derecho romano, que revestía la misma modalidad contractual del actual contrato de aparcería que contemplan la Ley 6 de 1975, artículo 1.º, y el Decreto 2815 de 1975, artículo 1.º; teniéndose como distinción esencial entre el contrato en mención y los demás de uso común para el arrendamiento de bienes inmuebles la no presencia de una cuantía fija de arriendo, puesto que esta modalidad guarda cierta similitud con el contrato de venta de cosecha

Los artículos 2045 a 2052 tratan lo referente al “arrendamiento de criados domésticos”. Estos no tienen aplicabilidad, por cuanto quedaron subrogados por los artículos 22 a 28 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales reglamentan todo lo relacionado con dicha actividad laboral.

En lo atinente a los artículos anteriores, tanto en el arrendamiento civil como en el comercial, se circunscriben dentro de la *locatio operis y operarum* romanas, con idénticas características, salvo las conquistas laborales que preceptúa el estatuto laboral y el Código Procesal del Trabajo, propias de nuestra época.

El contrato de arrendamiento de transporte, como lo clasifica el Código Civil colombiano, hoy se considera un tipo contractual eminentemente mercantil, como lo contemplan el artículo 20, numeral 11, y el artículo 981 del Código de Comercio sobre “las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados” y el artículo 21 del mismo estatuto dispone que se reputarán como comerciales todas las operaciones emanadas de los comerciantes que tengan relación “con actividades o empresas de comercio” y que sean “ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”. Por lo tanto, el artículo 2070 del Código Civil ha perdido relevancia legal, a pesar de la onerosidad y el abordar sus básicas modalidades contractuales al rezar: “es un contrato en que una parte se compromete, mediante cierto flete o precio, a transportar o a una persona o cosa de un paraje a otro”; es decir, ha perdido su carácter civilista, enraizado en el arrendamiento romano (*conductio operarum*) como una clase de actividad propia (*operae*) de una persona a favor de otra.

El contrato de prestación de servicios es el arrendamiento de bienes destinados al comercio y contemplados en el código mercantil colombiano, artículos 518 a 524; consiste en un arrendamiento de cosas, cuya única distinción es la dedicación exclusiva a la actividad mercantil;

---

futura, pero es arrendamiento, que no por ello deja de revestir un grado de aleatoriedad. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 43.

no obstante, corresponde a la misma *locatio conductio rei* romana, que se utilizó tanto para bienes muebles como para inmuebles y que puede catalogarse como un arrendamiento rural o urbano, mediante el cual los romanos permitieron que el goce de la cosa fuese únicamente para satisfacer la necesidad de vivienda o bien podría tratarse del arrendamiento de un almacén, una nave o un fundo para su explotación económica.

De igual forma, el Código de Comercio estipula el arrendamiento de naves y aeronaves, artículos 1678 a 1687, al que los romanos enmarcaron de la siguiente forma:

- a. Si se trata de un vínculo jurídico (relación obligacional) entre el *dominus* de la mercancía y el capitán de la nave (*magister navis*), se reputó como una *locatio conductio operis* por cuanto se tomó en locación el servicio de transporte; si la mercadería perecía o se perdía, podían estos ejercitar la *actio conducti* contra quien comanda la nave, es decir, la acción propia del arrendatario para el resarcimiento de los daños por el incumplimiento del contrato en cuestión, en el caso particular, por no haber llegado sana y salva la mercancía por la que pagaron un valor para su transporte, y así obtendría el *quantum* proporcional a la pérdida.
- b. Si, *a contrario sensu*, lo que se arrendó fue la nave, es una *locatio conductio rei* (arrendamiento de cosa) y en este caso debía impetrarse la *actio conducti* contra el mismo armador de la nave y este a su vez repetiría con la *actio locati* (acción propia del arrendador) contra los demás responsables de armar la carga de la embarcación y con el mismo propósito. Gozaba del derecho de retención el *magister navis* sobre las mercancías salvadas hasta obtener el reembolso proporcional de los demás cargadores. En ese sentido, se trata de un arrendamiento que, al igual que los anteriores, ostenta una clara modalidad mercantil, no civilista, pero que de igual forma tomó sus raíces jurídicas del *nauticum commercium* romano<sup>54</sup>.
- c. En lo atinente al contrato de aparcería, del cual se hace mención en la Ley 6 de 1975, y la locación de inmuebles destinados a la

---

<sup>54</sup> *Ibid.* Pág. 45.

- vivienda que se regulan por medio de la Ley 820 de 2003, con una reglamentación especial para el no abuso del incremento de los cánones por tratarse de la cobertura de unas necesidades básicas de la población.
- d. El Decreto 2678 de 1946 contempla la regulación del valor de los arrendamientos de bienes urbanos en todas las ciudades capitales de departamento cuya población sea superior a los 50,000 habitantes.
  - e. El Decreto 2770 de 1976, promulgado con fundamento en la Ley 4 de 1943, congeló los cánones de bienes inmuebles urbanos; la Ley 820 de 2003, en vigencia, determina que el valor del arrendamiento se acordará de forma consensual entre las partes contratantes, sin que por ello pueda superar el uno por ciento (1 %) del valor comercial del predio —o en su defecto de la parte del mismo que se otorgue en arrendamiento— del cual se concede el disfrute y bajo ninguna circunstancia el avalúo comercial del bien, como base del incremento del arrendamiento, será superior al doble del avalúo catastral respectivo y vigente.

El déficit de vivienda actual en la población colombiana no es exclusivo de la misma. En la Roma antigua, se presentó e incluso de manera más dramática, a finales del consulado (República) y en los primeros siglos del transcurso del Imperio, cuyo inicio se consolida con el advenimiento del sobrino e hijo adoptivo del gran Cayo Julio César, que adoptó el nombre *Augustus (Octaviano)*; como lo comenta Fritz Schulz:

la insuficiencia de viviendas en Roma al final de la república y durante los primeros siglos del principado, fue sencillamente pavorosa; el espacio edificable destinado a viviendas se hallaba cada día más mermado, debido a la abundancia de edificios públicos y de palacios y jardines de los grandes capitalistas.<sup>55</sup>

A propósito de la enorme actividad edificadora en la antigua Roma, es célebre la frase que al respecto expresó el emperador Augusto: “recibí a Roma de piedra y la entrego de mármol”. Su principado duró cuarenta

---

<sup>55</sup> Fritz Schulz. Derecho romano clásico. Pág. 520. Ed., Urgel (1960).

años y fue una época de gran prosperidad y de depuración de la moral pública (*mores maiorum*).

Los derechos y recíprocas obligaciones que nacen del contrato de arrendamiento romano son, en términos generales, los mismos, salvo algunas modificaciones propias de la evolución del Estado colombiano, tanto en el interior de la legislación civil colombiana como, por aplicación analógica, en el derecho comercial, siendo este último ordenamiento legal el que presenta los mayores adelantos normativos por el carácter de su propia actividad mercantil, el inconmensurable desarrollo de la tecnología en los sistemas de transporte, los medios telemáticos y la constante transformación de la industria en todos sus rubros.

El artículo 1982 del Código Civil establece las obligaciones del arrendador en sus numerales 1, 2 y 3, que consisten en la entrega de la cosa materia del contrato de arrendamiento por parte del arrendador al arrendatario, su conservación propia del estado en que fue entregada por el mismo para cumplir con el adecuado uso para el cual fue arrendada y proteger al arrendatario de toda perturbación en el disfrute pacífico de la cosa. El artículo 1982 estipula: “el arrendador es obligado: 1. A entregar al arrendatario la cosa arrendada; 2. A mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada; 3. A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”.

La Ley 820 de 2003, en su artículo 7, contempla la figura *in solidum* (la solidaridad), en lo concerniente a los correlativos derechos y obligaciones nacidos en el contrato de arrendamiento, tanto para los arrendadores como para los arrendatarios; el artículo 8 de la precitada ley hace una extensión interpretativa y analógica de las obligaciones esenciales del *locator* en sus cinco numerales, que en nada se apartan de las obligaciones que preceptúa el artículo 1982 del Código Civil para el arrendador, sino que hacen más extensivas estas obligaciones.

Los artículos subsiguientes al artículo 1982 del estatuto mercantil, artículos 1983 al 1991 y el 1995, prescriben de forma extensiva, específica y pormenorizada las obligaciones del arrendador frente a su arrendatario, que de igual manera en nada se distancian de las

contempladas por el artículo 1982, sino que, por el contrario, se derivan del artículo en mención. Es relevante citar el artículo 1992, que establece la facultad de la renuncia expresa por parte del locatario a la acción de saneamiento, además de su aceptación tácita en el evento de conocer previamente el vicio y no obstante haber contratado o por suma falta de diligencia (grave negligencia) al no haberse precavido de tal situación; lo que constata una vez más la aplicación de la acción de saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios en el contrato de arrendamiento, como ha sido expresado en el respectivo artículo en referencia.

Al respecto, el contrato de arrendamiento romano en relación con las obligaciones del *locator* estipuló lo siguiente:

- a. garantizar el uso y goce al locatario
- b. hacer la entrega de la cosa al *conductor*
- c. responder frente al locatario por la evicción de la cosa y los vicios ocultos o redhibitorios que la misma presente
- d. resarcir los daños y perjuicios que se produzcan, si el *locator* vende la cosa materia del arrendamiento o realiza cualquier otro acto jurídico que obstaculice el disfrute de la cosa al arrendatario
- e. responder por toda conducta dolosa y responder hasta por culpa *levis in abstracto*

Los artículos 1678 a 1687 del estatuto mercantil reglamentan en el título XI lo pertinente al arrendamiento de las naves, y a su vez estipula el artículo 1678 la obligación de hacer la entrega de la cosa (nave) a una de las partes contratantes, por la otra parte contractual, sin mencionar — como lo contempló el derecho romano y lo describe el Código Civil colombiano— los términos jurídicos *locator* (arrendador) y locatario (arrendatario).

Determina que se probará por escrito el contrato, a excepción de las “embarcaciones menores”. Justiniano estipuló que, si las partes decidían que el contrato fuese por escrito, se trataba entonces de una solemnidad

que, de no cumplirse, no produciría el perfeccionamiento del contrato; se aplicó de igual forma para la *emptio venditio*.<sup>56</sup>

El artículo 1679 del Código de Comercio colombiano prohíbe subarrendar o ceder el contrato, salvo autorización expresa del arrendador; de igual forma lo establece el artículo 2004 del Código Civil colombiano, al afirmar: “el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido”. En lo relacionado con el arrendamiento romano, la enfiteusis y el *ius in agro vectigali* (arrendamientos a perpetuidad) se podían ceder; como en ciertas ocasiones un predio se arrendaba a un sujeto que se ubicaba como un *procurator*, para así estar facultado de subarrendar parcelas del fundo y controlar a los subarrendatarios.

El artículo 1680 del Código de Comercio colombiano reitera la obligación del arrendador de hacer entrega de la cosa, y el artículo 1681 del mismo estatuto consagra la responsabilidad del mismo por los daños derivados de defectos de navegabilidad (vicios redhibitorios).

El artículo 1683 del Código de Comercio colombiano expresa el adecuado uso de la cosa de conformidad con sus características especiales y técnicas. De la misma forma lo estipula el Código Civil colombiano, en cuanto a la destinación debida de la cosa, y el derecho

---

<sup>56</sup> El que Justiniano determinará que, si las partes estipulaban que el contrato se celebrara por escrito, entonces obedece a un requisito *ad solemnitatem* (para la solemnidad del acto jurídico), que es diferente al perfeccionamiento propio de toda figura contractual. Para el caso que se expone, se produce con el simple consentimiento de las partes contratantes, por tratarse el arrendamiento de un contrato consensual tanto en el interior del derecho romano como del derecho civil colombiano. Por lo tanto, se debe considerar que es un error interpretativo, desde la adecuada óptica jurídica, el continuar considerándose que un requisito de solemnidad de un determinado negocio jurídico (contrato) es un requisito para su perfeccionamiento. Se trata, pues, de un requisito para la validez y eficacia de un negocio jurídico determinado.

Dentro de ese contexto, la equivocación interpretativa no solo se presentó en el interior de la legislación romana, sino, además, se sigue presentando en la legislación colombiana, lo que se debe considerar extensivo al contrato de compraventa (*la emptio venditio romana*), en el derecho colombiano.

romano expresa al respecto la obligación de usar la cosa de acuerdo con lo pactado en el contrato.

El artículo 1685 del Código de Comercio colombiano sí se diferencia en que los romanos permitieron la renovación del contrato de arrendamiento por el consentimiento tácito del *locator* y que en la actualidad se conoce como “tácita reconducción”; lo mismo establece el artículo 2014 del Código Civil colombiano, pero únicamente para bienes inmuebles, tanto urbanos como rurales. Lo anterior, por cuanto el precepto legal del estatuto mercantil únicamente lo faculta con la aquiescencia expresa del armador del contrato, la cual, al darse, producirá la prórroga del mismo; es decir, no operaba la prórroga cuando tácitamente el arrendador ha ejecutado actos de los cuales se infiere su aceptación tácita, como ocurre cuando el arrendatario cancela rentas una vez vencido el contrato y el *locator* no le exige la restitución inmediata del bien. No obstante, el artículo 1686 del Código de Comercio contempla una excepción a la exigencia de “expreso consentimiento del armador”: si el arrendamiento de la nave (*res mobiles*) expira encontrándose la nave en viaje, se prorrogará bajo idénticas condiciones acordadas hasta que el viaje en cuestión concluya, salvo cuando el hecho obedezca “a la culpa del arrendatario”, situación en la que se da aplicación a lo preceptuado en el artículo precedente.

La legislación romana para la *reconductio tacita* concedió un año si se trataba de un fundo; para las edificaciones, la renovación del contrato se presentó por término indefinido.

En lo referente a las obligaciones del locatario (arrendatario), los romanos estipularon:

- a. pagar la *merces* en el lugar y en las condiciones que se pactaron
- b. el debido uso de la cosa que se desprende de lo pactado en el contrato
- c. la restitución del bien al vencimiento del plazo acordado
- d. su responsabilidad hasta por *culpa levis in abstracto*, con exoneración por caso fortuito y fuerza mayor, si estas sobrevenían sin estar incurso en culpa o mora

El artículo 1996 del Código Civil colombiano y el artículo 1683 del Código de Comercio contemplan la misma obligación en relación con el debido uso de la cosa romana para las figuras contractuales de carácter civil y mercantil. Los dos artículos en mención confieren la facultad legal al arrendador de dar por terminado el contrato, así como exigir la indemnización de perjuicios al arrendatario, si hay lugar a ello.

El artículo 2000 del Código Civil establece la obligatoriedad de pagar la renta o precio acordado; como se ha expresado, se trata de un elemento esencial del arrendamiento romano y lo es también para el ordenamiento jurídico civil y comercial colombiano; no obstante, la manera como se ha cumplir con esta obligación por parte del arrendatario obedece a un elemento que libremente las partes pactan (elemento accidental del contrato), y si no lo hacen es supletoria la ley colombiana en ese sentido. El artículo 1678 del Código de Comercio simplemente hace alusión a la obligación del *conductor* (arrendatario) de pagar un determinado *quantum* (precio).

El *Digesto* de Justiniano, en el título 2, 19.2, expresa: “así como la compraventa se contrae si hay acuerdo sobre el precio, también la locación y conducción se considera contraída si se conviene en la merced. (1) De tal modo, pues, parecen tener alguna familiaridad la compra venta y la locación y la conducción que, en ciertos casos, suele preguntarse si se trata de compra venta o arrendamiento”<sup>57</sup>.

El artículo 2005 del Código Civil colombiano contempla la obligación del *conductor* de restituir la cosa materia de la *locatio conductio rei* y el artículo 1685 del Código de Comercio establece que está “además obligado a conservar debidamente la cosa sin que por ello cese su obligación de restituir” y el artículo 1678 del Código de Comercio indica: “por tiempo determinado”. Se refiere a la restitución por parte del locatario de la nave.

---

<sup>57</sup> El término *contraída* se debe interpretar en el interior del *Digesto* como el perfeccionamiento del contrato de arrendamiento y el pago del precio romano por su carácter oneroso. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 51.

El derecho romano estipuló que el locatario no solo se obliga a pagar la *merces* acordada y al debido uso de la cosa, sino, además, a su restitución al *locator* una vez vencido el contrato.

El artículo 2028 del Código Civil colombiano determina la obligación de acometer por parte del locatario las reparaciones locativas; además, establece que no se hace responsable “de los deterioros que provengan del tiempo y uso legítimos, o de fuerza mayor o caso fortuito”. No es obligado a las reparaciones necesarias que son de cargo del *locator*.

El artículo 1680 del Código de Comercio obliga al arrendador “a proveer oportunamente a todas las reparaciones debidas a la fuerza mayor o deterioro por el uso normal de la nave, según el empleo convenido”, en el entendido de que esta modalidad contractual reviste peculiaridades específicas (riesgos propios de la actividad marítima mercantil), contemplando la fuerza mayor; pero ha de observarse que estas deben producirse dentro de las condiciones normales y ordinarias del funcionamiento de las operaciones marítimas.

La legislación romana abordó la exoneración de responsabilidad por el caso fortuito y la fuerza mayor, siempre que no hubiese culpa del locatario o estuviese en mora de restituir la cosa.

En relación con la responsabilidad por el cuidado de la cosa, dice Di Pietro, refiriéndose a Gayo: “Además, debe aplicar al cuidado de las cosas (*custodia*), el cuidado que el más diligente ‘paterfamilias’ (*diligentissimus paterfamilias*) hubiera puesto en las suyas; si pese a ello, la cosa se pierde por algún accidente, no está obligado a su restitución (cf. Inst. 3.2, 4.5)”<sup>58</sup>. Ahí radica la responsabilidad por culpa leve en abstracto de la legislación romana, extensiva de igual forma para el derecho colombiano en materia de obligaciones y contratos (el buen cuidado que un diligente padre de familia emplea en sus propios negocios)<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Alfredo di Pietro *et al.* Manual de derecho romano. Pág. 524. Ed., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. (2005).

<sup>59</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 52.

El artículo 2017 del Código Civil colombiano contempla la posibilidad legal de que las partes contratantes pacten el arrendamiento, sujeto al cumplimiento de una condición resolutoria (elemento accidental del contrato) y que una vez la misma se verifique no habrá derecho a indemnización por parte del *locator* a favor del *conductor* por la terminación del contrato. Por ejemplo, la del derecho temporal que le asiste al usufructuario o propietario fiduciario que se extingue una vez se verifica el cumplimiento de la condición.

El *Digesto* de Justiniano establece que tanto la venta como la locación se pueden celebrar “bajo condición”; se observa que ambas formas que condicionan el contrato (condición suspensiva o resolutoria) fueron de total aplicación en el interior del derecho romano y son de total aplicabilidad en el derecho colombiano.<sup>60</sup>

El artículo 2008 del Código Civil colombiano estipula las causales de terminación del contrato de arrendamiento, junto con la Ley 820 de 2003 en sus artículos 21 a 25; en las precitadas normas se establecen las mismas formas de extinción del arrendamiento romano:

- a. Por vencimiento del término pactado, como lo establecen de igual forma el numeral 8 de la Ley 820 de 2003 y el mismo artículo 2008 del Código Civil colombiano.
- b. Por mutuo acuerdo de las partes; de igual forma lo contempla el artículo 21 de la Ley 820 de 2003.
- c. Por el no uso acordado entre las partes contratantes; de igual forma lo establece el numeral 3 de la Ley 820 de 2003.
- d. Por el no pago de la renta o *merces*, durante dos años para el derecho romano; igualmente acontece en el numeral 1 de la Ley 820 de 2003, pero la única diferencia con la legislación romana fue el término de duración del incumplimiento.
- e. Cuando el *locator* requería la cosa para destinarla a un mismo uso; de igual forma lo contempla el numeral 8 de la Ley 820 de 2003<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Álvaro d’Ors *et al.* El Digesto. Pág. 718. Ed., Aranzadi. (1968).

<sup>61</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 53.

## 5. La importancia de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de arrendamiento y en la formación del negocio jurídico

El principio de la autonomía de la voluntad privada es el instrumento que posibilita crear vínculos jurídicos y en ese sentido obliga a las partes a cumplir lo pactado, con el único propósito de satisfacer intereses de los particulares<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> El postulado de la autonomía de la voluntad privada es la posibilidad que los diferentes regímenes jurídicos otorgan a los particulares para que decidan darse su propia ley en materia contractual. Es dentro de esa concepción un reconocimiento a la libertad y dignidad del ser humano, que se distancia radicalmente del Estado totalitarista y dictatorial. El desarrollo de este connotado principio ha sido muy largo a través de los siglos, su reconocimiento obedece a un espíritu liberal enraizado fundamentalmente en la Revolución francesa y sus consecuentes repercusiones para el mundo occidental. No obstante, los filósofos de la Revolución francesa le reconocieron demasiada importancia a la autonomía de la voluntad privada del hombre, hasta llegar a considerarla como el eje esencial, mediante la cual el sujeto propiciaba el nacimiento del derecho.

La autonomía de la voluntad está íntimamente ligada a los atributos de la personalidad, inherentes a todo sujeto de derecho, en especial en la esfera patrimonial que está representada por una universalidad de bienes que constituyen el peculio propio de cada sujeto (bienes materiales e inmateriales), y que, obviamente, en la mayoría de los casos se adquiere mediante el ejercicio de las actividades propias del comercio, en las cuales la libertad contractual del sujeto es imprescindible.

En algunos ordenamientos jurídicos en los cuales al hombre no se le otorga plenamente libertad de contratación, sino, por el contrario, se le limita su accionar con relación al principio de la autonomía de la voluntad privada, concediéndosele esa potestad al Estado omnipotente, soberano y superior, o cuando acontece que dicha superioridad se le otorga a un ser de naturaleza divina, ejemplo de ello lo que sucedió en el interior de la legislación romana por el aspecto sacramental y ritualista que les imprimieron a las fórmulas, que debían ser bendecidas por los dioses, hasta el punto de llegar a hablarse de un derecho de concepción divina (*ius divini iuris*), y como ocurre en regímenes absolutistas (*el nacional socialismo alemán*), que restringen la libertad de mercado de los particulares; el menoscabo de la autonomía de la voluntad privada puede llegar a ser absoluto o delimitado considerablemente. No obstante, los romanos siempre profesaron un relativo respeto a la libre autodeterminación de los particulares, en especial cuando su derecho prístino empezó a evolucionar con los modelos contractuales que requerían de la consensualidad para su perfeccionamiento, como en el caso del arrendamiento, la venta, el mandato y la sociedad. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Págs. 127, 128.

En materia de obligaciones y contratos, es vital manejar el principio de la autonomía de la voluntad privada, como quiera que representa el libre accionar de los sujetos de derecho, encontrándose los mismos en la capacidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones dentro de la esfera del derecho. De otro lado, cuando los sujetos de derecho celebran vínculos obligacionales, se habla del *vínculo jurídico* (*vinculum juris*) o *ligamento jurídico*, por cuanto estos dos términos en derecho implican el compromiso que adquieren las partes contractuales cuando de forma libre y voluntaria deciden crear una obligación, y el Estado protege y garantiza ese propósito de los particulares, siempre y cuando esté ajustado el acto o negocio jurídico a la ley, obligando o constrictando a las partes del contrato celebrado a cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*), cuando por el incumplimiento de las mismas en lo estipulado no cumplen lo acordado<sup>63</sup>. Sobre el particular, expresa Alberto Tamayo Lombana: “el sometimiento se traduce en la

---

<sup>63</sup> El carácter jurídico de los vínculos obligacionales encierra inexorablemente la obligación de cumplir lo pactado, cuando libremente las partes deciden darles creación. El ligamento jurídico obedece a una atadura legal, por cuanto se regula por normas de derecho, y en razón de lo cual el *debitor* se encuentra jurídicamente constreñido en el evento de no cumplir; es decir, si no paga (*solutio*) al *creditor*, puede este coaccionarle para el pago de lo debido, y en dado caso hacerse este último a la indemnización respectiva por los daños morales, si los hubiere, y materiales por el no cumplimiento de la *obligatio*. Los autores suelen diferenciar la obligación civil, es decir, la que de manera concreta crean las partes —por ejemplo, en un determinado contrato—, de la relación jurídica en general, o sea, los denominados “deberes jurídicos”, es decir, los que están relacionados con la familia, los que se derivan de los atributos de la personalidad, los de orden social de abstenerse de conductas que perjudiquen a los demás sujetos de derecho y en general los que estipulan la ley y el ordenamiento jurídico. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 128.

Al respecto, manifiesta el profesor de obligaciones Raimundo Emiliani Román: “no es una simple relación jurídica la que puede constituir una obligación jurídico-civil, pues es algo más: es una relación que constituye un vínculo, es decir, una relación concreta que liga o ata el deudor al acreedor para que pague. Se establece así una diferencia muy clara entre obligación civil y la relación jurídica en general”. Raimundo Emiliani Román. Conferencias de obligaciones, fuentes voluntarias de las obligaciones. Pág. 17. Ed., Temis. (1980).

posibilidad, aptitud o facultad concedida por el derecho para que una persona pueda exigir a otra una determinada conducta”<sup>64</sup>.

Son diversos los actos jurídicos que establecen las figuras del sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación contractual. El segundo es quien, en términos generales, soporta la mayor carga obligacional; y se entiende por el sujeto activo el que tiene la facultad de ejercer coacción sobre el segundo, para obligarle a satisfacer a cabalidad la obligación.

De esa liberalidad brota el principio de la autonomía de la voluntad privada, produciéndose cuando los sujetos de derecho deciden crear vínculos obligacionales. Es precisamente lo que faculta o posibilita jurídicamente a quien ha sido objeto del incumplimiento de una de las partes contratantes a poder constreñirla para que cumpla lo acordado, y el derecho en ese sentido le da las herramientas legales para que impetre las acciones en defensa de los derechos que el contrato le otorga. Es la razón por la cual el derecho establece, de forma clara y expresa, que el contrato es ley para las partes, siempre que haya sido celebrado sin trasgresión del ordenamiento jurídico y no se presenten vicios en su formación o ejecución. Es el denominado sometimiento, que, en otras palabras, no es más que el ligamento jurídico o vínculo jurídico que las partes crean voluntariamente y que obliga o somete a las mismas a cumplir lo acordado<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Alberto Tamayo Lombana, citado por Rodrigo Becerra Toro. Teoría general del acto jurídico. Pág. 18. Ed., Sello Editorial Javeriano. (2006).

<sup>65</sup> Todo lo descrito con anterioridad se deriva de la autonomía de la voluntad privada de los particulares, cuya verdadera intencionalidad (exteriorización de la voluntad) se plasma en las diferentes figuras contractuales que, como el arrendamiento, surgen de la consensualidad de las partes en el momento de su creación.

Lo que en la actualidad los doctrinantes en materia de obligaciones y contratos denominan ligamento jurídico o vínculo jurídico ha sufrido todo un proceso de evolución para llegarse a concebir de la manera actual. En el derecho romano la génesis conceptual de la *obligatio* utilizó primigeniamente una figura llamada el *nexum*, que implicaba la atadura personal de deudor, mediante la *manus iniectio* que otorgaba el pretor al acreedor para apoderarse materialmente de la persona del deudor, por lo cual sufría este una *capitis deminutio maxima*, que implicaba la pérdida de todos los derechos inherentes a la ciudadanía. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Págs. 129, 130.

De esa voluntad de las partes surge el contrato de arrendamiento en la legislación romana, por la necesidad de incrementar las arcas públicas del Estado romano, arrendando tierras improductivas a perpetuidad a los particulares para su explotación, a cambio de una renta vitalicia<sup>66</sup>. Al respecto, Iglesias afirma: “Del arrendamiento no nace un derecho real, sino un derecho de crédito, ejercitable frente a la persona concreta del arrendador-locator. El arrendatario es simple detentador y, consiguientemente, no goza de la protección interdictal acordada en beneficio del *possessor*”<sup>67</sup>.

Al remitirse a la evolución del contrato de arrendamiento en el derecho romano, hay que recordar que esta figura contractual —que posteriormente adquirió independencia y autonomía, especialmente para el periodo justiniano— en sus comienzos se confundía con la compraventa, por los arrendamientos a perpetuidad, como la *enfiteusis*, el *ius in agro vectigali* y la superficie, que le otorgaban derechos al arrendatario sobre la cosa, *in rem* (derechos reales), o sea que recaían sobre la misma, y, en ese sentido, el arrendatario ostentaba acciones legales para perseguir la restitución del bien (*actio in re vectigali*), de creación pretoriana, además de los interdictos posesorios para recuperar y retener la posesión e impedir la perturbación del derecho por parte de un tercero e incluso contra el mismo dueño de la cosa (*interdicta recuperandae possessionis, interdicta retinendae possessionis*)<sup>68</sup>.

---

Al respecto, expresa el profesor Juan Iglesias: “la situación de *nexi* en que se encontraban numerosos individuos llevó a un estado de agitación social, y tal se cuenta como uno de los capítulos de la lucha entre patricios y plebeyos. Una *lex Poetelia Papiria* —236 a. de C.— abolió el *nexum*, sustituyendo la atadura o vinculación de la persona del deudor por la de sus propios bienes: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus ob noxium esset*”. Juan Iglesias. Derecho romano. Historia e instituciones. Pág. 332. Ed., Ariel Derecho. (2010).

<sup>66</sup> Son los denominados derechos reales pretorianos, como fueron la *enfiteusis*, el *ius in agro vectigali* y la superficie, los cuales concedían un derecho *in rem* al arrendatario, siempre y cuando cumpliera con la obligación de pagar la renta al dueño de la cosa.

<sup>67</sup> Juan Iglesias. Derecho romano. Historia e instituciones. Ed., Ariel Derecho. (2010). Pág. 442.

<sup>68</sup> Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 130.

## 6. Jurisprudencia sobre el contrato de arrendamiento

### 6.1. Sentencia T-537 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)

La sentencia contempla un amparo de raigambre constitucional en relación con la acción de tutela que interpone el accionante contra sentencias judiciales proferidas, por el rompimiento del equilibrio contractual derivado de obligaciones provenientes de un contrato de arrendamiento de un inmueble destinado al comercio.

En primera instancia, se profiere una providencia a favor del demandado y estipula el operador judicial que obró de mala fe la sociedad que demanda al señor Augusto Rodríguez Yepes, por cuanto este nada tenía que ver con el contrato de arrendamiento celebrado desde mayo de 2004.

La segunda instancia revoca la sentencia proferida en primera instancia y ordena continuar con el proceso ejecutivo contra el demandado y lo condena a pagar los arrendamientos causados desde el año 2004, la cláusula penal y las costas del proceso.

El ejecutado impetra acción de tutela por error de vía de hecho y desconocimiento del acervo probatorio.

La Corte Constitucional, en su respectiva sala de revisión, determina que existe un desconocimiento de las pruebas y de situaciones de hecho por apreciaciones subjetivas que no corresponden a la realidad procesal y al orden legal vigente.

El postulado, en concepto de la sala de revisión de la Corte Constitucional, consiste en que se quebranta la buena fe, que debe imperar de manera implícita en toda relación contractual sinalagmática, y reitera que se trata de un “elemento connatural al sistema jurídico”, contemplado por la carta magna en el artículo 83. Al respecto, expresa: “aporta un contenido de naturaleza ética y de rango constitucional a las relaciones entre los particulares entre sí”. Dentro de ese contexto, la Corte Constitucional, en su sala de revisión, menciona la *bona fides* de

creación romana y de aplicación en la *locatio conductio* por el desarrollo jurisprudencial que le imprimieron los pretores (urbanos y peregrinos) con fundamento en la justicia y equidad que debía reinar en los contratos.

En consecuencia, reitera la sala de la Corte que las obligaciones que emanan de las figuras contractuales no solo obligan a lo que las partes contratantes hayan estipulado, sino además a todo lo que obedezca a los elementos de la naturaleza de las mismas, de conformidad con “la ley, la costumbre y la equidad natural”.

Finalmente, determina la sala de revisión que se trasgrede el principio de la buena fe de la relación contractual sinalagmática y conmutativa, en cuanto hace relación a los derechos y correlativas obligaciones de las partes contractuales. Además, que el postulado *non adimpleti contractus* es la herramienta jurisprudencial más idónea para el restablecimiento del equilibrio contractual en los aspectos obligacionales recíprocos de las partes intervinientes, en el ámbito del derecho civil y mercantil. Por lo cual resuelve que se vulneró el derecho al debido proceso del peticionario, dado que la segunda instancia se abstuvo de valorar adecuadamente el acervo probatorio y en consecuencia declara probada la excepción de contrato no cumplido a favor del accionante.

## **6.2. Sentencia T-038 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio)**

Se trata de una acción de tutela que se instaura por el cobro de facturación emitida por una empresa de servicios públicos domiciliarios, en la cual expone la accionante que acordó con el arrendatario que el pago de los servicios públicos domiciliarios estarían a su cargo, como quiera que esto se desprende de las obligaciones correspondientes al locatario por el goce de la cosa materia del contrato de arrendamiento. El numeral 3 del artículo 9 de la Ley 820 de 2003 estipula: “pagar a tiempo los servicios, cosas o usos conexos y adicionales, así como las expensas comunes en los casos en que hay lugar, de conformidad con lo establecido en el contrato”. De otra parte, que se rompe la figura obligacional de la solidaridad (*in solidum*) que contempla la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios de esta índole.

Considera la Corte Constitucional lo que establece el artículo 86 sobre la acción de tutela como herramienta judicial de protección de los derechos fundamentales de forma inmediata si el afectado no cuenta con otros instrumentos legales, o como “mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Expresa la corporación que la sentencia T-296 de 2007 indica que, si las empresas de servicios públicos demandadas, por el hecho de reclamar la cancelación de las facturas propias de su servicio que no han sido canceladas por los arrendatarios, que excedan al pago mínimo autorizado por el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, cuando hay rompimiento de solidaridad, acarrea con su actuación la transgresión de derechos fundamentales, como son el debido proceso y la igualdad, en cuyos casos las solicitudes de amparo de forma reiterada han sido denegadas por improcedentes.

Por lo tanto, usualmente no procede el agotamiento de la vía gubernativa ni se demuestra un “perjuicio irremediable”.

La sala de revisión de la Corte Constitucional resuelve que, no obstante haberse agotado la vía gubernativa, la peticionaria no allega prueba alguna de su alegato ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante el correspondiente recurso, como por qué el respectivo agotamiento es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales que manifiesta su vulneración respectivo al debido proceso y además no sustenta “en qué consiste el perjuicio irremediable” que alega haber sido causado.

Por tanto, la tutela, en criterio de la sala de revisión, es improcedente y la corporación confirma el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que decretó improcedente la tutela para el amparo invocado por la peticionaria.

Es preciso establecer que el goce del bien acarrea la obligatoriedad, por quien disfruta del mismo, del pago de los servicios públicos domiciliarios, además por cuanto es quien está usufructuando el beneficio personal o comercial que le reporta el mismo. No obstante, las partes contratantes son libres de pactar que la cancelación de los servicios públicos estarán a cargo del arrendador y que se incluirán dentro del valor de los cánones del arrendamiento respectivo, y es

precisamente por estas posibilidades contractuales del arrendamiento (elementos accidentales del contrato) por las que la Ley 142 de 1994 establece la solidaridad entre el *locator* y el *conductor* en relación con el deber de cancelación de los servicios públicos domiciliarios.

El derecho romano justiniano estipuló el deber del *conductor* de cuidar de la cosa, y allí se abordó que encierra este cuidado el deber de preservación del bien, en relación con conductas u omisiones que ocasionen un deterioro físico o patrimonial al *dominus* o *possessor* del predio que ha entregado en tenencia al arrendatario<sup>69</sup>.

### **6.3. Sentencia T-898 de 2008 (Humberto Antonio Sierra Porto)**

Consiste en una acción de tutela interpuesta contra providencias judiciales proferidas por la Sala Civil y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con las cuales se declaró la improcedencia del amparo solicitado.

Expresa el accionante ser dueño del inmueble mediante escritura pública de septiembre de 2001, mediante un contrato de compraventa de derechos de posesión celebrado con su hermana, quien ha poseído la cosa por un lapso superior a 25 años, una vez fue abandonada por su cónyuge de manera absoluta y por el mismo período de tiempo desconociendo su calidad de propietario. Adelantó el accionante proceso de declaratoria de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio y en la actualidad el proceso cursa en el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá contra Carmen Caicedo de Piedrahita y personas indeterminadas. La vendedora falleció el 3 de noviembre de 2003, motivo por el cual el señor Gabriel Piedrahita, luego de un abandono de más de 25 años, dio apertura procesal a la sucesión de su cónyuge en el Juzgado 13 de Familia de Bogotá, y que finalmente el mismo despacho judicial ordenó medida cautelar de embargo y secuestro del inmueble en cuestión, diligencia que fue atendida por su arrendatario, “siendo su arrendador el mismo actor de la demanda en referencia”.

---

<sup>69</sup> Léase el numeral 2 del artículo 22 y el numeral 3 del artículo 9 de la Ley 820 de 2003, los artículos 2003 y 2005 del CCC.

Instauró incidente de desembargo y levantamiento del secuestro, adjuntando al proceso prueba documental y “frustrándose el interrogatorio de parte al demandante José Gabriel Piedrahita Upegui, por causa de su fallecimiento”. De otra parte, solicitó un amparo de pobreza al Juzgado 13 de Familia, el cual prosperó. Posteriormente, el mismo juzgado de familia “declaró infundada y no probada la posesión, y en consecuencia negó el levantamiento de la medida cautelar” y condenó en las costas del proceso al accionante, por cuanto “no probó adecuadamente el hecho de la posesión por haber aportado sólo pruebas documentales, argumentando la juez apoyada en citas de jurisprudencia, que la posesión se prueba de manera exclusiva y excluyente por medio de testigos”.

Finalmente, la Sala de la Corte Constitucional concluye que el elemento probatorio testimonial no representa la única prueba “admisible para probar el hecho de la posesión”; no obstante, considera la corporación que sí es la más usual, y por tanto es procedente que el actor hubiese aportado otras pruebas documentales. En el estudio que efectúa la Corte, se analiza el acervo de pruebas aportadas a la *litis*, del cual no se infiere de forma absoluta y contundente que el demandante hubiera preferido ostentar la calidad de poseedor por la de causahabiente, para que el incidente que interpuso hubiera sido declarado procedente, por cuanto es indiscutible que, al haber pedido que se le reconociera la calidad de heredero de su hermana (causante), está admitiendo con su proceder la calidad de dueña y poseedora de la misma. Además, considera la sala de revisión que la sentencia proferida por el tribunal se fundamenta “sobre una valoración racional e integral del acervo probatorio”, razón por lo cual no se contempla “la existencia de una causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales”.

Es claro que, al haberse presentado el accionante ante el juzgado de familia respectivo, por el llamamiento que hace la ley a los herederos (delación de la herencia) para expresar la adición o repudiación de la herencia, conduce inequívocamente a lo planteado por la Corte, y, de otra parte, la expresión que dio en el interrogatorio de parte, en que manifestó que sí reconocía los derechos de esta sobre el bien y además solicitó su reconocimiento en el proceso sucesoral como heredero de los bienes relictos de la sucesión, constituye un hecho indiscutible de que

con tal accionar está reconociendo los derechos de familia sobre el inmueble en disputa y desconociendo sus propios intereses como poseedor del bien.

Por tanto, resuelve la sala de la Corte Constitucional confirmar los fallos de tutela proferidos por la Sala Civil y la Sala Laboral, respectivamente, de la Corte Suprema de Justicia, a través de los cuales niega el amparo solicitado por el accionante.

Al respecto, debe indicarse la calidad de simple tenedor del locatario<sup>70</sup> y, por tanto, nada impidió legalmente en el interior de la legislación

---

<sup>70</sup> Sin lugar a dudas, quien garantiza el uso y disfrute de la cosa es el arrendador. En ese sentido, es aceptable la tesis de los autores franceses al predicar que el derecho es de crédito, y por tanto no se configura jurídicamente un derecho real, o sea que el cumplimiento de la obligación, partiendo de esa teoría, solo recae en el titular del derecho de dominio, pero de todas maneras, a pesar de lo anterior, el derecho de usufructuar la cosa existe, lo cual indica indefectiblemente un derecho real de usufructo. Este derecho real de usufructo no solamente se da cuando se ejerce un derecho *in rem* directamente en la cosa por parte de la titular del mismo, sino que además puede ser creado a través de otra figura jurídica que para el caso concreto es el contrato de arrendamiento, que da origen al mismo derecho sobre la cosa por el mutuo acuerdo de dos o más voluntades con unas características obligacionales distintas. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 161.

Se han realizado profundas discusiones en lo atinente a esta ambigüedad jurídica de la titularidad legal que ostenta el arrendatario. Al respecto Valencia Zea manifiesta: “Así mismo, en la doctrina alemana se ha discutido intensamente este problema de la realidad o personalidad del arrendatario. Al redactarse el Código Alemán de 1900, sus autores estuvieron influidos por dos concepciones: la del derecho común o viejo derecho romano, según la cual el arrendatario era titular de un derecho personal, y la consagrada en el *landrecht* prusiano, que daba al arrendatario, desde el momento de serle entregada la cosa, un derecho real que, como tal, podría oponer también al sucesor del arrendador. Como consecuencia de la naturaleza real del arrendamiento, regía el principio la compraventa no rompe el arrendamiento *kaufbrichtnichtMiete*.”

En el primer proyecto se acogió la concepción del derecho común pero en razón de las críticas hechas a esa concepción, se acordó en el proyecto definitivo una solución distinta, consiste en que en materia de arrendamiento de inmuebles si el arrendador enajenaba su propiedad, el adquirente tenía que respetar el derecho del arrendatario. Al respecto, algunos autores sostienen que, no obstante este efecto, el arrendatario es titular apenas de un derecho personal y el adquirente de la propiedad se subroga en el derecho del arrendador. Otros autores, en cambio, defienden la tesis de que el

---

arrendatario de inmuebles es titular de un verdadero derecho real. No faltan autores que pretendan explicar la situación de que se habla, partiendo de la existencia de una obligación *propter rem*, esto es, una obligación ligada a la propiedad de la finca. Pero una obligación de carácter real u obligación *propter rem* es casi equivalente a la tesis de la realidad del derecho”. Arturo Valencia Zea. Derecho civil, tomo II: Obligaciones. Págs. 303-304. Ed., Temis. (1996).

Incluso, ciertos doctrinantes han llegado a establecer que se presentan los dos tipos de derechos, es decir, el derecho personal *ius in personam*, y el derecho real *ius in rem*. En ese sentido, expresa Valencia Zea: “Finalmente, no falta quienes afirmen que en ciertos casos la mencionada relación es un derecho personal, y en otros un derecho real”.

En este mismo sentido, Valencia Zea cita a Karl Larenz, quien advierte que “la posición jurídica del arrendatario poseedor adquiere efectivamente un cierto derecho real; y agrega que el tercer adquirente debe respetar la situación del arrendatario en la misma forma que si se tratase de un derecho real sobre la cosa”. *Ibid.* Págs. 218, 219.

En palabras sencillas, el derecho del arrendatario deriva de un derecho personal; y ello no quiere decir que la relación que este tiene frente a la cosa sea exclusivamente un derecho de la misma naturaleza; a pesar de haber nacido el derecho por el acuerdo de voluntades que encierra la consensualidad de las partes al dar surgimiento al negocio jurídico, salvo que los contratantes hayan pactado solemnidades especiales en su creación.

El derecho no es propiamente real ni personal; se trata de un usufructo, que no reúne las características propias de este derecho real como tal, pero que indudablemente permite el uso y goce de la cosa, por parte del arrendatario que paga un precio por ese disfrute; tampoco se trata de un derecho personal *stricto sensu*, pues el arrendatario ostenta ese derecho de usufructo sobre la cosa, no sobre la persona del arrendador. Aspecto diferente es el que pueda en su calidad de arrendatario constreñir al arrendador para que garantice y proteja el uso y goce del bien; ahí radica el equívoco en catalogarlo únicamente como un derecho personal, y no lo es de forma absoluta, por cuanto el derecho de usufructo lo realiza sobre el bien, no sobre la persona. Incluso si el arrendador fallece, transmite por el fenómeno de la *delación de la herencia* esa obligatoriedad a sus causahabientes, participando por lo tanto de una de las características propias de los derechos de crédito que son por definición transmisibles por el fenómeno adquisitivo del dominio denominado *causa mortis*.

Además, el arrendatario está facultado por ley para ejercer acciones que garanticen y protejan ese disfrute de la cosa frente a terceros, ejemplo de ello cuando existe perturbación del goce tranquilo y pacífico de la cosa en el mismo, incluso contra el mismo arrendador en el caso específico que este acometa actos perturbadores contra el disfrute del bien. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 163.

Motivo por el cual, y con suficiente argumentación jurídica del caso, el tratadista Valencia Zea expresa: “la doctrina actual sostiene que la relación de mera tenencia o posesión en nombre ajeno de los arrendatarios es un señorío efectivo, y como tal, un bien jurídicamente protegido, aunque no del mismo grado que la propiedad. En

romana que el arrendatario fuese una especie de representante del poseedor o titular del derecho de dominio; es así que, para el siglo III, se permitió que siempre y cuando prevaleciera el *animus* en el *possessor*, este podía ejercerla a través de un tercero, y no era necesario que estuviesen sometidos a la *potestas* del mismo (*alieni iuris*, mujeres *in manu*, potestad dominical, etc.), sino de igual forma por aquellos sujetos no sometidos a la patria potestad, es decir, que se posibilitaba legalmente la aplicación del fenómeno jurídico de la representación, siempre y cuando se produjera el consentimiento de la persona que mediante la usucapión quería llegar a ganar la cosa por el fenómeno de la *praescriptio longi temporis* o la *praescriptio triginta annorum*<sup>71</sup>. Debe destacarse que el arrendador del bien materia de la acción de tutela, y “supuesto dueño del mismo”, no logró establecer plenamente la posesión que alegaba y por tanto perdió la posibilidad de ganar el bien a través del fenómeno jurídico de la prescripción adquisitiva de dominio que le hubiese permitido continuar percibiendo los frutos civiles del arrendamiento del predio, para, según sus palabras, poder continuar sufragando sus necesidades básicas. De ahí que solicita el amparo de pobreza, el que inicialmente fue decretado por el Juzgado 13 de Familia, el mismo despacho judicial que posteriormente declaró no probada la posesión y por ello procedió a decretar medida cautelar de embargo y secuestro.

---

resumen, la situación o relación material con la cosa arrendada, en ningún caso es un derecho personal”. Arturo Valencia Zea. Derecho civil, tomo IV: De los contratos. Pág. 299. Ed., Temis. (1980).

<sup>71</sup> En la era justiniana, la usucapión y la *praescriptio longi temporis* se unificaron, y el término prescriptivo para ganar el dominio de la cosa por el paso del tiempo se ubicó en tres años para las *res mobiles* y en diez o veinte años para las *res immobiles*; en este último término, según si las partes estaban presentes o ausentes. Corresponde a la modalidad prescriptiva enunciada a la *usucapio* ordinaria, por cuanto la extraordinaria fue la de treinta años, sin importar el justo título y la *bona fides*. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Págs. 186, 187.

#### 6.4. Sentencia C-670 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández)

Se trata de una demanda por inconstitucionalidad que incoa un ciudadano en relación con la inexecutable de los artículos 10, 12, 35, 43 (parciales) y 38 y 39 de la Ley 820 de 2003.

El caso específico a analizar es el relativo al derecho que la ley les concede a los locatarios de realizar los pagos por consignación, cuando exista clara renuencia de parte del *locator* de recibir el cumplimiento de la cancelación de los mismos, como quiera que se trata de una de las obligaciones del arrendatario por el disfrute de la cosa materia del contrato de arrendamiento.

Expone el accionante que se vulneran el preámbulo y los artículos 13 y 51 de la Constitución Política por cuanto, si la norma hace alusión a los contratos de vivienda, el precepto acusado establece un trato discriminatorio en lo atinente al pago por consignación extrajudicial entre estos arrendatarios y los de “establecimientos comerciales y de oficinas de profesionales”, reglamentados por el Decreto 63 de 1997, en cuanto indica que estos últimos, si el arrendador se rehúsa a recibir el canon respectivo por primera vez, pueden seguir depositando consecutivamente, sin solución de continuidad, en la entidad bancaria, dentro de los cinco días siguientes al plazo estipulado en el contrato. A pesar de lo descrito, los locatarios (arrendatarios) de vivienda urbana no gozan de esa facultad y por tanto deben efectuar los pagos de los respectivos cánones según el término estipulado en el contrato.

Dentro de las consideraciones de la Corte Constitucional, se indica que el artículo 10 de la Ley 820 de 2003 contempla el pago por consignación extrajudicial en el evento de que el *locator* “se rehúse a recibirlo en las condiciones y lugar acordados”. En lo concerniente al término en el cual se debe acometer la respectiva consignación con el objeto de dar cumplimiento el arrendatario a su obligación, el numeral 1 del artículo en mención ha dispuesto que debe hacerlo “dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del plazo o período pactado en el contrato de arrendamiento” y el numeral 7 de la misma ley dispone para los pagos posteriores que “las consignaciones subsiguientes deberán ser efectuadas dentro del plazo estipulado, mediante la

consignación de que trata este artículo o directamente al arrendador, a elección del arrendatario”.

Contempla la Corte que, en cuanto al pago del canon por medio del procedimiento de consignación bancaria, el Decreto 2813 de 1978 subrogó el artículo 19 del Decreto 63 de 1977, por cuanto se elaboró una reglamentación sobre el particular “más completa y detallada”; lo cual, “por tratarse de una norma posterior e integral prevalece en su aplicación sobre la normatividad anterior”, y el Decreto 2813 de 1978 estipuló expresamente en su artículo 10 la derogación de todas las normas que le fuesen incompatibles o contrarias, lo que sin lugar a dudas deja claro el propósito del legislador colombiano de no dar aplicación alguna a la normatividad anterior, y el Decreto 2813 de 1978 fue derogado expresamente por la Ley 820 de 2003, en su artículo 43, inciso 2.

A juicio de la Corte Constitucional, la presunta trasgresión del derecho a la igualdad no reviste sustento alguno, por cuanto no se da un “extremo de comparación”; además, por no haber realizado el legislador en la norma acusada trato discriminatorio alguno para los locatarios que suscriben un contrato destinado a vivienda urbana. Por tanto, decreta la exequibilidad del artículo 7 de la Ley 820 de 2003, por considerar que no es violatoria del artículo 13 constitucional.

El pago por consignación es de creación romana y se estructuró como una de las causales de extinción de las obligaciones derivadas de la *solutio* o pago (cumplimiento de la obligación) si el acreedor rehusaba recibir la oferta de pago hecha por el *debitor*, que, para el caso de la anterior sentencia, es de total aplicabilidad al caso del arrendamiento urbano y en el cual la legislación romana posibilitó a cualquier parte contractual que hubiese celebrado un contrato consensual extinguir por tanto su obligación o no ser constituido en *mora debitoris* por su incumplimiento<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Las ofertas de pago por consignación en la legislación romana se realizaban en presencia de testigos, y si el acreedor —o en su defecto la persona a favor de quien estuviere pendiente el cumplimiento de la *obligatio*— rehusaba recibir el pago correspondiente, se procedía a depositar la cosa o el *quantum* determinado, como lo establecía la costumbre en un templo. El pago por consignación tenía las siguientes

### 6.5. Sentencia C-102 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo)

Se incoa demanda de inconstitucionalidad por la vulneración del principio de igualdad contra los artículos 33 y 34 (parcial) de la Ley 820 de 2003.

La Corte procede a enunciar las funciones de las entidades territoriales que están contempladas en el artículo 33 y las sanciones en el artículo 34 de la Ley 820 de 2003, siendo el caso específico motivo de la demanda los numerales 3 del artículo 33 y los numerales 2 y 6 del artículo 34 de la ley precitada.

Manifiesta el accionante “que el otorgamiento a las alcaldías municipales de municipios del país (incluyendo la alcaldía de Bogotá)” atribuciones de “inspección, control y vigilancia en materia de arrendamientos” y la atribución de “controlar el ejercicio de la actividad inmobiliaria de vivienda urbana, especialmente en lo referente al contrato de administración”, trasgrede el postulado de unidad de materia, al encargarse de un aspecto que no corresponde a la ley.

El contenido en general de la ley en mención, en criterio de la Corte, “es el de expedir el régimen de arrendamiento de vivienda urbana, en desarrollo de los derechos de los colombianos a una vivienda digna y a la propiedad con función social”. Dentro de ese contexto, el accionante manifiesta que concederles a determinadas entidades territoriales la función de inspeccionar y controlar al sector inmobiliario de vivienda urbana en lo atinente al contrato de administración, suscrito por una persona natural o jurídica y el propietario del predio, con el objeto de servir la entidad privada para la administración del inmueble, y la

---

consecuencias legales: a) cesaba el pago de los intereses temporalmente o de forma definitiva; b) no se responsabilizaba al *debitor* en caso de pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, siempre y cuando la misma no hubiese sobrevenido por culpa grave del *debitor*; c) se producía la extinción de las garantías reales accesorias (hipotecas, prendas); y d) purgaba la mora del *debitor*. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 184.

intermediación entre los *locatores* y locatarios, representa una función que es a todas luces distinta y ajena al contrato de arrendamiento. De igual forma, el numeral 2 del artículo 34 de la Ley 820 de 2003 trasgrede “el principio de unidad de materia”, puesto que al proveer de herramientas sancionatorias a determinadas autoridades territoriales, en el evento de que los sujetos cuya actividad profesional es la administración de finca raíz urbana incumplan cualquiera de las obligaciones estipuladas en el contrato de administración inherente a la actividad inmobiliaria y cuyo ejercicio no corresponda “al objeto principal de la ley”, como “es el contrato de arrendamiento de vivienda urbana”, representa por tanto una falta de conexidad entre el asunto que aborda el precepto acusado y el sentido general de la ley y constituye un claro desconocimiento de la Constitución nacional.

De otro lado, el citado artículo 3, numeral 3 del literal b, y el artículo 34, numeral 6, de la misma Ley 820 de 2003, violan la “cláusula general de competencia” del Congreso de la República y, además de las atribuciones que se ejecutan mediante la ley, de conformidad con la Constitución Política nacional en su artículo 150.

La Ley 820 de 2003 no reglamenta el llamado “contrato de administración”, de manera que, al dar cumplimiento las “autoridades administrativas de las funciones de control sobre el ejercicio de la actividad inmobiliaria de vivienda urbana, especialmente en lo referente al contrato de administración”, está regulando una modalidad contractual de la cual no existe reglamentación normativa en la que se fundamente y de la cual parta para sus atribuciones. Por consiguiente, cualquier pronunciamiento que se decida con relación al enunciado contrato estará viciado de ilegalidad, por cuanto no se producen “los supuestos de hecho ni de derecho que deben guiar la actuación administrativa”. Por lo tanto, debe declararse la inexecutable del precepto acusado, porque no “cumple ninguna función dentro de ordenamiento, al no tener como objeto de legislación alguna de las materias consagradas en el artículo 150 de la Constitución Nacional”.

Es pertinente establecer la postura que sobre el particular expresa la Federación Colombiana de Lonjas de Propiedad Raíz (Fedelonjas). En su concepto, la vulneración de orden constitucional consiste en proveer

de atribuciones reglamentarias a las entidades territoriales y de manera específica en relación con el contrato de mandato mercantil, por cuanto esa competencia entregada a las autoridades administrativas conlleva la modificación de los códigos civil y mercantil, aspecto que en su criterio está prohibido por la Constitución Política nacional.

Acerca de las consideraciones de la Corte, se debe anotar la explicación que presenta sobre “el llamado contrato de administración” en la Ley 820 de 2003, que constituye el punto álgido de la demanda en cuestión; establece la misma que la Ley 820 de 2003 tiene como función principal la de reglamentar el “contrato de arrendamiento de vivienda urbana”. Además, el contemplar la normatividad reguladora de quienes se dedican profesionalmente a la actividad inmobiliaria, “de su propiedad o de terceros, o labores de intermediación comercial entre los arrendadores y arrendatarios”, de tal manera que en la norma subyace, sin que se conceptualice, el denominado “contrato de administración”. Manifiesta la Corte, aparte de las normas demandadas, que la ley no menciona el contrato de administración, salvo el artículo 29, en el cual se estipula como uno de los requisitos para obtener la llamada “matrícula de arrendadores, que el interesado presente el modelo o modelos de los contratos de administración que utilizará en desarrollo de su actividad”. Por lo tanto, existe una clara atribución de funciones a las entidades territoriales en lo concerniente al control y ejercicio de sus operaciones inmobiliarias de finca raíz urbana; además, en lo que respecta al contrato en mención, se faculta a las mismas a sancionar a los que profesionalmente tienen esta actividad, ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en dicho contrato.

Dentro de este ámbito, resuelve la Corte Constitucional declarar exequible el numeral 3 del literal b) del artículo 33 de la Ley 820 de 2003, e igualmente el numeral 2 del artículo 34 de la Ley 820 de 2003<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> El contrato de mandato es una figura contractual ajena al arrendamiento; no obstante, la Ley 820 de 2003, dentro de sus 43 artículos, conceptualiza todo lo concerniente al arrendamiento de vivienda urbana. La ley mencionada limita el valor de los cánones de arrendamiento en lo atinente a su precio inicial y el valor de las prórrogas sucesivas, con el objeto de no permitir el abuso por parte de los arrendadores con la parte contractualmente débil, como lo es el arrendatario. Aborda las obligaciones de los contratantes y prohíbe la exigencia de garantías reales o

### Bibliografía

- Alejando Guzmán Brito. Derecho privado romano. Ed., Jurídica de Chile. (1996).
- Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011).
- Alfredo di Pietro *et al.* Manual de derecho romano. Ed., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. (2005).
- Álvaro d'Ors *et al.* El Digesto. Ed., Aranzadi. (1968).
- Arturo Valencia Zea. Derecho civil, tomo II: Obligaciones. Ed., Temis. (1996).
- Arturo Valencia Zea. Derecho civil, tomo IV: De los contratos. Ed., Temis. (1980).
- César Gómez Estrada. De los principales contratos civiles. Ed., Temis. (1999).
- Fritz Schulz. Derecho romano clásico. Ed., Urgel (1960).
- Gayo, Institutas. Ed., Abeledo-Perrot. (1997).
- Gerardo Ravassa Moreno. Historia del comercio y del derecho mercantil. Ed., Universidad Santo Tomás. (1998).
- Joan Miquel. Derecho privado romano. Ed., Ediciones Jurídicas. (1992).
- Juan Iglesias. Derecho romano. Historia e instituciones. Ed., Ariel Derecho. (2010).
- Lucrecio Jaramillo Vélez. Derecho romano. Sistema de derecho privado romano. Ed., Señal Editorial. (1986).
- Luis Alfonso Muñoz López. Derecho romano comparado con el derecho colombiano. Ed., Temis. (2007).
- Luis Eduardo Montoya Medina. El arrendamiento. Ed., Ediciones Jurídicas Radar. (1991).
- Moisset de Espanés. Curso de obligaciones. Ed., Advocatus. (1993).
- Raimundo Emiliani Román. Conferencias de obligaciones, fuentes voluntarias de las obligaciones. Ed., Temis. (1980).

---

representadas en títulos valores (cheques, pagarés, letras de cambio), depósitos, sesiones, etc.; además, incluye la misma disposición los requisitos que han de observar quienes se dediquen a la actividad inmobiliaria y finalmente contempla la reglamentación sobre las funciones de inspección, control y vigilancia en relación con el arrendamiento y las sanciones a las que haya lugar. Alexandra Machado Rodríguez. La incidencia del contrato de arrendamiento del derecho romano en la legislación colombiana. Tesis de grado. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. (2011). Pág. 190.

Reinhard Zimmermann. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ed., Oxford University Press. (1996).  
Rodrigo Becerra Toro. *Teoría general del acto jurídico*. Ed., Sello Editorial Javeriano. (2006).  
Vincenzo Arangio-Ruiz. *Instituciones de derecho romano*. Ed., Depalma. (1986).

*Normas y jurisprudencia colombianas*

Código Civil colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 22 numeral 2, 1975, 2000, 2003, 2004, 2005, 2008, 2014, 2017, 2028, 2053, 2063, 2045 a 2052 y 2070. 15 de abril de 1887 (Colombia).  
Código de Comercio colombiano [CCoC]. Decreto 410 de 1971. Arts. 1, 2, 20 numeral 11, 518 a 524, 1678 y ss. 27 de marzo de 1971 (Colombia).  
Código Sustantivo del Trabajo colombiano [CST]. Decreto 2663 de 1950. Arts. 22 y ss. 5 de agosto de 1950 (Colombia).  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-102 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo: 23 de febrero de 2011).  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-670 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández: 13 de julio de 2004).  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-038 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio: 1 de febrero de 2010).  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-537 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto: 6 de agosto de 2009).  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-898 de 2008 (Humberto Antonio Sierra Porto: 16 de septiembre de 2008).  
Ley 4 de 1943. Sobre seguridad rural y por la cual se dictan otras disposiciones. 6 de marzo de 1943. DO N° 25197.  
Ley 6 de 1975. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. 19 de febrero de 1975. DO N.° 25790.  
Ley 820 de 2003. Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones. 10 de julio de 2003. DO N.° 45244.