

La regla *periculum est emptoris*, la prestación de custodia y sus relaciones con el *synallagma* en el derecho romano clásico

Por Francisco Valenzuela Aránguiz⁸⁰¹

I. Introducción

En este artículo trataremos la existencia de la responsabilidad sin culpa en el contrato de compraventa. Este, desde la perspectiva del derecho de obligaciones y de la responsabilidad es particular en varios sentidos, y en lo que a nosotros nos interesa sus particularidades consisten en que la custodia en este contrato opera de un modo diverso en comparación a cómo lo hace en otros negocios.

⁸⁰¹ Doctor en Derecho por Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Romano en la Universidad Católica del Maule. Dirección postal: Piso 3º, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Universidad Católica del Maule. Orcid: 0000-0003-1664-7426.

En todas las demás instituciones la prestación de custodia presenta un carácter común, a saber, el hecho de existir un tenedor de cosa ajena sujeto a la obligación de conservarla y, en consecuencia, evitar su pérdida, destrucción o deterioro, todo con miras al cumplimiento de una obligación de devolución (*reddere*). De aquellos supuestos surge el siguiente interrogante jurídico: ¿quién habrá de soportar la pérdida de la cosa o el daño que ésta sufra en el tiempo que media entre su recepción por el tenedor y la devolución?

En el contrato de compraventa la pregunta es similar, pero con la particularidad de que el tenedor (el vendedor) lo es, normalmente, de cosa propia, y la conservación de la cosa es necesaria no con miras al cumplimiento de una obligación de *reddere*—que no existe—, sino como objeto del cumplimiento de una obligación diversa, la de efectuar la *traditio* al comprador, nacida del contrato de *emptio venditio*.⁸⁰² Hecha esta precisión, en lo demás el problema es idéntico y busca resolver el interrogante sobre quién debe soportar la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa vendida cuando ésta ocurre en el tiempo que media entre la celebración del contrato y la entrega. Pero en atención a la

⁸⁰² Esta peculiaridad ha sido destacada por numerosos autores: Arangio-Ruiz señala que “*dalla fonti si ricava l'esistenza di un caso, nel quale il contraente è responsabile di custodia rispetto ad una cosa sua propria, destinata però —per effetto dello stesso contratto onde la responsabilità deriva— ad essere trasmessa alla controparte. Così è del venditore, nel tempo che precede l'atto di trasmissione della cosa al compratore*”. ARANGIO-RUIZ, V. (1935). *Responsabilità contrattuale in diritto romano* Nápoles: Jovene, p. 147; en el mismo sentido Cannata, “*Solo il venditore è tenuto, nei confronti del compratore ed in funzione di consegnarla, alla custodia della cosa propria*”. CANNATA, C. (1994). “La responsabilità contrattuale”. En PARICIO, J. (coord.). *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 164; también SERRANO-VICENTE, M. (2006). *Custodiam praestare: la prestación de custodia en el derecho romano*. Madrid: Tebar, p. 263.

propia naturaleza del contrato de compraventa, habremos de pronunciarlos igualmente sobre qué ocurre con la obligación correlativa del comprador de pagar el precio.

II. *Custodiam praestare* y su incardinación con el *periculum est emptoris*

Como dijimos, el problema que nos ocupa tiene relación con la pérdida de la cosa debida durante el tiempo que pende la obligación de *possessionem tradere* por parte del vendedor. Según las circunstancias materiales y jurídicas de dicha pérdida, esta será calificable de *periculum (casus)* o se tratará de un caso en que tenga lugar la responsabilidad por custodia. Por lo demás, si la pérdida es calificable de *periculum*, resta conocer quién habrá de soportarlo.

Analicemos entonces en primer término el concepto de pérdida o deterioro de la cosa debida por fuerza mayor o caso fortuito. Sobre el particular, la historia del derecho romano nos ha legado un vocabulario específico, el de *periculum*.⁸⁰³ La discusión versará entonces sobre la soportación de dicho *periculum*. Son dos las posibilidades lógicas: que sea soportado por el vendedor o que lo soporte el comprador. En líneas generales, la asignación del *periculum* será sintetizada en expresiones diferentes según sea uno u otro el caso. Así, se hablará de *res perit venditoris* para aquellos casos en que el *periculum* lo soporta el vendedor, deudor de la obligación de *tradere*, y de *res perit emptoris*, en aquellos casos en que el *periculum* sea puesto de cargo del comprador, que resulta ser acreedor de la obligación correlativa de *tradere*, a que se halla sujeto el vendedor.

⁸⁰³ En este momento empleamos *periculum* en un sentido amplio o vago, comprensivo de los deterioros (*incommoda*) y de la destrucción total de la cosa (*periculum* en sentido estricto).

Con todo, antes de iniciar el análisis de la concreta repartición del *periculum* en la compraventa cabe hacer alguna precisión. El problema o discusión sobre la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa vendida solo puede presentarse si se concibe al contrato de compraventa como generador de efectos puramente obligacionales. La compraventa real no admite discusiones o dudas en este sentido; en ésta no existe tiempo que medie entre la celebración del contrato y la tradición, y no solo por eso, sino porque propiamente ambos actos se hallan fundidos en uno solo –la compraventa real– que opera la transferencia de dominio de manera inmediata.⁸⁰⁴ De esta manera, un auténtico problema de asignación de *periculum* se presenta solo mientras exista una entrega pendiente. Allí es donde habrá de determinar si, acaecida la pérdida, ésta la soportará el vendedor o el comprador. A este estado de pendencia la doctrina alude normalmente con el giro *res vendita non tradita*.

Pero se requiere una última precisión. Consecuencia del sistema de adquisición de la propiedad basado en un título y modo, toca preguntarse por la validez de la conocida regla *res perit dominus*. Como es patente, hasta el momento de la tradición el vendedor conserva la propiedad sobre la cosa vendida, motivo por el cual se percibe una aparente correspondencia entre la regla *res perit venditoris* y la regla *res perit dominus*.

⁸⁰⁴ Para el caso de la compraventa real, la única regla que determina la soportación del *periculum* es *res perit dominus*, pues el riesgo se traslada desde el propietario–vendedor al comprador–propietario en el mismo acto de la perfección del contrato. El momento en que se produjo el tránsito del sistema de compraventa real a uno obligacional ha sido ampliamente debatido en doctrina. En este punto nosotros seguiremos a Talamanca, quien sitúa dicho tránsito en torno a fines del siglo II a. C., a partir de cuyo momento y durante toda la época clásica la compraventa genera únicamente derechos personales para las partes. Finalmente, en época postclásica y a partir de Constantino se produciría un retorno a la noción de compraventa real, con efecto translaticio de dominio. TALAMANCA, M. (2013). *Elementi di Diritto Privato Romano*. Milán: Giuffrè, p. 286–287.

Presentado el problema, vayamos a las fuentes. En ellas la pérdida de la cosa vendida y no entregada es tratada con profusión, y podemos decir, sin temor a equivocarnos, que se trata de un problema nuclear en el derecho de obligaciones de todos los tiempos.⁸⁰⁵ En el Digesto, en su Libro XVIII, encontramos un título especial sobre el asunto, el sexto, que lleva por título “*De periculo et commodo rei venditae*”.⁸⁰⁶

Con ocasión de esta discusión, veamos en primer término algunos textos donde queda perfilada la existencia de la regla *res perit emptoris*.

La regla en comento es establecida en D. 18, 6, 8 pr. (*Paulus 33 ad ed.*).⁸⁰⁷ Sobre este pasaje se discute ampliamente, sobre todo en razón de la perfección diferida del contrato. A nosotros, en cambio, nos parece que el problema debiese despejarse y, en lo que nos interesa, la regla

⁸⁰⁵ La bibliografía sobre el *periculum rei venditae* es amplísima e inabarcable en una sede como ésta. Sobre el problema en general véase TALAMANCA, M. (1995). “Considerazioni sul *periculum rei venditae*”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano. Revista Complutense de Derecho Romano y tradición romanística*, Nº 7, p. 217–296. Para un repertorio relativamente actualizado de la bibliografía, SCOGNAMIGLIO, M. (2007). “Note su sinallagma condizionale e *periculum rei venditae*”, en GARÓFALO, L. (comp.). *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*. Tomo II. Padova: CEDAM, p. 174, nt. 2.

⁸⁰⁶ Nótese, desde ya, que el propio título evidencia un tratamiento conjunto de pérdidas (*periculo*) y ganancias (*commodo*). Esta comunicación no es solo locativa, sino dogmática, como se tendrá oportunidad de analizar más adelante.

⁸⁰⁷ D. 18, 6, 8 pr. (*Paulus 33 ad ed.*): “*Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exsisterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exsisterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis*”

que contiene es que el riesgo pertenece al comprador desde el momento de la celebración del contrato.⁸⁰⁸ Idéntica solución es adoptada en la parte final de D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*).⁸⁰⁹

venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res extincta fuerit: sane si existet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris: (“Es necesario saber, cuándo se haya perfeccionado la compra; pues entonces sabremos de quién sea el riesgo, porque, perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador. Y si respecto a lo que se hubiere vendido apareciera qué sea, de qué calidad, cuánto, y su precio, y se vendió puramente, la compra está perfeccionada. Pero si la cosa hubiere sido vendida bajo condición, si verdaderamente faltare la condición, no hay compra alguna, así como tampoco estipulación; pero si se hubiere cumplido, dicen Próculo y Octaviano, que el riesgo es del comprador; y lo mismo aprueba Pomponio al libro noveno. Mas si pendiente la condición hubiere fallecido el comprador o el vendedor, consta que si se cumpliere la condición, también están obligados los herederos, cual si la compra se hubiere ya celebrado anteriormente. Pero si la cosa hubiera sido entregada pendiente la condición, no podrá el comprador usucapirla como comprador, y se repetirá el precio que se pagó, y los frutos del tiempo intermedio son del vendedor, así como se extinguen las estipulaciones y los legados condicionales, si pendiente la condición hubiere perecido la cosa. Pero si existiera la cosa, aunque se haya deteriorado, puede decirse que el daño es del comprador”).

⁸⁰⁸ Cuestión aparte es que en el pasaje se analicen supuestos en que resulte más o menos difícil determinar el momento en que el contrato se entiende perfecto. La dificultad estriba en el supuesto de hecho de la regla —el perfeccionamiento del contrato— y no en ésta en sí misma considerada. Igualmente puede afirmarse la regla *res perit emptoris* en el paso final de D. 46, 3, 39 (*Africanus 8 quaest.*).

⁸⁰⁹ D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*): “*Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*” (“Escribió Celso, que el que compró no tiene, si no se le entregó la cosa, la acción de hurto, sino que esta acción es todavía del vendedor. Pero convendrá ciertamente que éste le

Otro texto que sirve de fundamento a la regla *periculum est emptoris* es D. 19, 1, 54 pr. (*Labeo 2 pith.*).⁸¹⁰ En él se discute sobre el deterioro de una cosa vendida, en este caso un esclavo, por la fractura en una de sus piernas. Para resolver la asignación de esta pérdida (parcial) se

ceda al comprador la acción de hurto, la condicción y la reivindicación; y si en virtud de estas acciones hubiere conseguido alguna cosa, convendrá que él se la entregue al comprador; cuya opinión es verdadera, y así lo dice también Juliano. Y ciertamente que el riesgo de la cosa le corresponde al comprador, con tal que el comprador responda de la custodia antes de la entrega”).

⁸¹⁰ D. 19, 1, 54 pr. (*Labeo 2 pith.*): “*Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. paulus: minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere aut in cloacam demitti solitus esset. idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens pater familias imperaturus ei servo non fuerit. quid si hoc exceptum fuerit? tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset: veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset: nam certe ea res tuo periculo esse non debet. itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.*” (“Si el esclavo que habías vendido, hizo por tu mandato alguna cosa, y por ello se rompió una pierna, solamente no eres responsable de esto, si le mandaste lo que solía hacer antes de la venta, y si le mandaste lo que le habías de mandar aunque no hubiera sido vendido el esclavo; y dice Paulo: de ningún modo, porque si antes de la venta acostumbró hacer una cosa peligrosa, parecerá que lo hizo por tu culpa; porque supón que éste hubiere sido un esclavo, que hubiese acostumbrado a bajar por una cuerda, o a meterse en la cloaca. El mismo derecho habrá, si hubieres solido mandarle cosa, que un prudente y diligente padre de familia no le hubiere de haber mandado a este esclavo. ¿Qué, si se hubiere exceptuado esto? Puede, sin embargo, mandarle a este esclavo una cosa nueva, que no le hubiera de haber mandado, si no hubiese sido vendido, como si le mandaste que fuese adonde se hallase el comprador, que estuviese de viaje, porque ciertamente que esto no debe ir a tu riesgo; y así, todo esto se ha de dirigir solamente al dolo malo y a la culpa del vendedor”).

discurre sobre la actividad que el esclavo desempeñaba al momento del accidente. En caso de tratarse de una actividad no riesgosa, o de una actividad riesgosa pero habitual para él, se señala que el riesgo no será soportado por el vendedor, de modo que *–contrario sensu–* se establece su pertenencia al comprador.⁸¹¹

Finalmente, en D. 18, 5, 5, 2 (*Julianus 15 Dig.*)⁸¹² se trata el problema de la muerte natural de un esclavo vendido. Por medio de una ficción se equipara la muerte acontecida pendiente la obligación a la tradición. De este modo, se pone al acreedor-*emptor* en la posición en que se hallaría luego de la *traditio*, es decir, se tiene por cumplida la obligación de entrega y en virtud de dicha equiparación se lo hace soportar el riesgo. Por lo demás, y aunque no haya sido el motivo principal de la regla, se debe destacar que esta asimilación pone al acreedor en la posición de *dominus* y, entonces, para este caso, *res perit emptoris* equivale a un anticipado *res perit dominus*.⁸¹³

⁸¹¹ El texto, por lo demás, ha sido destacado como de especial importancia porque constituye expresión del pensamiento de Labeón que implica –por vez primera– un tratamiento de los regímenes de deterioros (*incommoda*) y pérdida total (*periculum* en sentido estricto) unificados desde la perspectiva del vocabulario, refiriendo ambos supuestos dentro de la categoría general de *periculum*. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma...*, *op. cit.*, p. 201. Con igual razonamiento se extrae la regla *periculum est emptoris* de D. 12, 4, 16.

⁸¹² D. 18, 5, 5, 2 (*Julianus 15 Dig.*): “*Mortuo autem homine perinde habenda est vendito ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt*” (“Pero muerto el esclavo se ha de considerar la venta lo mismo que si hubiera sido entregado, como quiera que el vendedor quedaría libre, y el esclavo perecería para el comprador, por lo cual, si no hubiere mediado justa convención, subsistirán las acciones de compra y venta”).

⁸¹³ En igual sentido SERRANO VICENTE, *op. cit.*, p. 281–282. Cfr. Betti para quien el caso que analizamos constituye una excepción motivada por la propia naturaleza –agregamos nosotros, mortal– de la cosa cuya entrega se debe. Tal conclusión es coherente en el autor pues se corresponde con su postura sobre el problema más general de soportación de riesgo y

Con los textos que preceden queda claro que existe una repartición de los riesgos en el contrato de compraventa. Por una parte, el comprador soportará el riesgo por la destrucción fortuita de la cosa vendida (*res perit emptoris*), desde el momento de celebración del contrato.⁸¹⁴ Por otra, recaerá sobre el vendedor el riesgo de la pérdida de la cosa por hurto. La primera situación solemos identificarla con el concepto de *periculum*; la segunda, con el de *custodiam*. De allí la importancia para nosotros de D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*), pues el texto evidencia la correspondencia entre *periculum* y custodia como elementos incardinados.⁸¹⁵

regla *periculum est emptoris* que aquel niega para el derecho romano clásico. Vease, además, C. 4, 48, 6 que mantiene la regla analizada pero agrega ciertas consideraciones sobre el hecho de conocer el vendedor el vicio; en tal caso, responderá. El texto lo destacamos porque vuelve sobre la idea de mantener el vendedor el derecho al cobro al señalar que el comprador *solutionem emptor pretii non recte recusat*.

⁸¹⁴ Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina estima que la regla vigente para la época clásica fue la contraria, es decir, *res perit venditoris*. Fundamentalmente basados en una interpretación de los pasajes de Alfenio y Paolo ubicados en D. 18, 6, 13 (*Paulus 3 epit. alf.*) y D. 18, 6, 15 pr. (*Paulus 3 epit. alf.*) respectivamente. Cfr. Betti quien es partidario de que la extensión del *periculum emptoris* como regla general es de carácter bizantino. BETTI, E. (1956). "Periculum. Problema del rischio contrattuale". En *Studi in onore di Pietro de Francisci, 1, Milano*, p. 162. Por otra parte y como las fuentes son contradictorias, hay quienes afirman que se trataría de un tema de *ius controversum* y posible oposición de escuelas. La superposición de regímenes se daría solo en el intervalo de dos siglos, pues la regla *periculum est venditoris* habría operado entre el siglo I a. C. y II d. C., mientras que la regla *periculum est emptoris* habría tenido aplicación a partir del siglo I d. C. y hasta el derecho justinianeo. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma...*, op. cit., p. 179. Con todo, este intervalo de dos siglos en que las reglas habrían convivido, no importa tanto por su extensión, sino porque sitúa la discusión en el seno de la época clásica del derecho romano.

⁸¹⁵ Ello explica que en el caso de compraventa sujeta a condición suspensiva, pendiente que se halle ésta, el riesgo pertenece al vendedor, y esto porque la pendencia impide el perfeccionamiento del contrato, con el consiguiente traspaso del riesgo, sin perjuicio que las partes contratantes puedan pactar trasladar el *periculum* al comprador anticipadamente. Igualmente D. 18, 6, 8 pr. (*Paulus 33 ad ed.*) y D. 18, 6, 10 (*Ulpianus 8 disp.*)...

Lo dicho hasta el momento no es de poca relevancia, y no debe pasar inadvertido el hecho de que la adopción de la regla del *periculum est emptoris* supone una vulneración al principio *res perit dominus*. Esta contradicción al mencionado principio resulta especialmente grave si se tiene en consideración que, además, extinguida que sea la obligación de *tradere* del vendedor –por imposibilidad sobrevenida– persistirá la obligación correlativa del comprador, pudiendo aquel exigir el pago del precio, y debiendo éste soportar el cumplimiento íntegro de su obligación. En tal escenario, el comprador habrá pagado el precio, sin recibir cosa alguna a cambio.⁸¹⁶ Nos preguntamos entonces, ¿cómo pudo resultar adecuada a las mentalidades de los juristas clásicos una regla en apariencia inicua?

Para la comprensión de la regla comentada en su íntima conexión con el concepto de custodia se ha de tener presente que la regla de asignación de *periculum*, así como la de responsabilidad por *custodiam*, viene condicionada a la existencia o no de tradición. Antes de ella los riesgos por *casus* pertenecerán al comprador y en igual período el vendedor responderá por *custodiam*. Por otra parte, la pérdida de la cosa después de efectuada la entrega no representa un problema de mérito. Es precisamente en el momento de la *traditio* que todo el riesgo se traspasa al acreedor, pues éste muda su calidad al adquirir el dominio de la cosa. Queda entonces aplicable –y debemos decir intacta– la regla *res perit dominus*.⁸¹⁷ Especialmente clarificadores en

perfeccionamiento del contrato, con el consiguiente traspaso del riesgo, sin perjuicio que las partes contratantes puedan pactar trasladar el *periculum* al comprador anticipadamente. Igualmente D. 18, 6, 8 pr. (*Paulus 33 ad ed.*) y D. 18, 6, 10 (*Ulpianus 8 disp.*).

⁸¹⁶ Sobre la relación entre responsabilidad *sine culpa* y *synallagma* contractual volveremos más adelante.

⁸¹⁷ Por lo demás, el comprador muda su calidad jurídica con relación a la cosa, pasando de un derecho *ad rem* (en calidad de acreedor) a la titularidad de un derecho *in rem* (en calidad de dueño).

⁸¹⁸ D. 18, 6, 12 (*Alfenus 2 Dig.*): “*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet [...]*” (“Hallándose puestos en la vía pública, el Edil rompió unos lechos comprados; si hubiesen sido entregados al comprador, o él hubiese consentido que no se entregaran, parece bien que el riesgo sea del comprador [...].”)

este sentido son D. 18, 6, 12 (*Alfenus 2 Dig.*)⁸¹⁸ y D. 18, 6, 15 pr. (*Paulus 3 epit. alf.*).⁸¹⁹

Adicionalmente, debemos señalar que la *traditio* que importa el punto final de la responsabilidad del vendedor por *custodiam* no se limita necesariamente a una entrega material, pues se atribuyó igual efecto liberador a ciertas formas no materiales de entrega, que ahora llamamos simbólicas o espiritualizadas, como lo son la *signatio*⁸²⁰ o la *mensuratio*⁸²¹ y a otros eventos que sin constituir entrega—ni real ni simbólica— igualmente modulan la repartición de riesgos y responsabilidades, como

⁸¹⁸ D. 18, 6, 12 (*Alfenus 2 Dig.*): “*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet [...]*” (“Hallándose puestos en la vía pública, el Edil rompió unos lechos comprados; si hubiesen sido entregados al comprador, o él hubiese consentido que no se entregaran, parece bien que el riesgo sea del comprador [...].”)

⁸¹⁹ D. 18, 6, 15 pr. (*Paulus 3 epit. alf.*): “*Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit [...]*” (“Pero si aquellas cosas no hubieren sido entregadas, ni el comprador hubiere incurrido en mora respecto a su entrega, el riesgo será del vendedor [...].”)

⁸²⁰ Según aparece en D. 18, 6, 15, 1 (*Paulus 3 epit. alf.*), se trata de la venta de vigas de madera que tras concluido el negocio son marcadas para identificarlas y luego retirarlas. Se consideran entregadas y retenidas por el vendedor en calidad de depositario, por ello responde de su indemnidad solo por dolo. De manera análoga, según somos informados por D. 18, 6, 1 pr. (*Ulpianus 28 ad sab.*) *in fine* y D. 18, 6, 1, 2 (*Ulpianus 28 ad sab.*), la responsabilidad por custodia terminaría con la *designatio*, al menos en opinión de Trebacio. La solución es contradicha por Ulpiano siguiendo a Labeón, quienes estiman que el señalamiento es a vía de individualización y no constituye entrega.

⁸²¹ D. 18, 6, 1, 1 (*Ulpianus 28 ad sab.*) trata sobre la venta de vino y fija como momento de traspaso del riesgo el de la medición de éste. Debemos entender que propiamente no es la simple medición la que produce el efecto sino el acto de separación de una cierta cantidad—la vendida— de otras de propiedad del vendedor. Con ello, separada que ha sido una cantidad cierta de vino, al ser individualizable, su pérdida es atribuida al comprador.

lo son la *degustatio* –y en general la *adprobatio*–⁸²² y la *aestimatio*.⁸²³ Por este motivo es que Betti al tratar del problema, señala que la regla *periculum est emptoris* constituye una anticipación del traspaso del riesgo. La anticipación a que se refiere el autor es con relación al momento de la *traditio*, pues en los casos en que el *periculum* es del acreedor la entrega aún no ha existido.⁸²⁴

⁸²² En D. 18, 6, 15 (*Paulus 3 epit. alf.*) y D. 18, 6, 4, 1 (*Ulpianus 28 ad sab.*) se analiza la venta de vino u otros bienes alimenticios, y se establece la siguiente repartición de riesgos. Antes de la *adprobatio* el riesgo pertenece al vendedor, después de esta, al comprador. Con base en lo anterior se puede sostener que se deben distinguir dos supuestos. El primero, el de la existencia de una garantía por cierta calidad que debe cumplir el bien vendido, otorgada por el vendedor, supuesto que propiamente no configura un problema de *periculum*, sino uno de responsabilidad contractual –¿*sine culpa*?– con fuente pacticia. El segundo, frente a la inexistencia de pacto de garantía que asegure una calidad determinada, el detrimento que sufra la cosa es propiamente un problema de *periculum*, es decir, de asignación de riesgos, donde tiene aplicación plena la regla *res perit emptoris*, iniciándose en este caso con la *adprobatio* y no con el mero perfeccionamiento del contrato. Bajo esta lectura de la *degustatio* es posible reconstruir D. 18, 6, 1 pr. (*Ulpianus 28 ad sab.*), entendiéndolo interpolado con el objeto de generalizar los supuestos de *periculum* para crear la regla de que –salvo pacto en contrario– todo detrimento es carga del comprador.

⁸²³ La *aestimatio* por sí sola no tiene el mérito de traspasar el riesgo de la cosa, pero sí cuando va acompañada de una promesa de venta (PS. 2, 4, 4); v. D. 19, 3, 1, 1 (*Ulpianus 32 ad ed.*).

⁸²⁴ En este sentido, el autor señala que el momento del traspaso del riesgo es propiamente la *traditio* y no la mera celebración del contrato. Puesto que con la *traditio* o puesta a disposición se traspasa el riesgo al comprador, hasta ese momento el riesgo es del vendedor, salvo que se haya pactado expresamente la responsabilidad por custodia, y salvo que el propio negocio tenga alguna característica que nos permita anticipar el traspaso del riesgo. Es de notar que el autor habla siempre de anticipación del traspaso del riesgo cuando la pérdida habrá de soportarla por algún motivo el comprador, con anterioridad a la entrega. El señalado autor identifica otros casos en que se produciría una anticipación en el traspaso del riesgo, a saber, la *emptio in aversione*, de que da cuenta D. 18, 1, 62, 2 (*Modestinus 5 reg.*) y la *in diem adictio*

III. La mora y sus efectos en la *custodiam praestare* y en el *periculum*

Mención aparte requiere un elemento que opera como modulador en la asignación de riesgo y responsabilidad: la *mora*, tanto aquella de cargo del deudor (*mora debitoris*) como aquella de cargo del acreedor (*mora creditoris*).

Como decíamos, la *mora* tiene un efecto modulador de la asignación de responsabilidad y repartición de riesgos, pues introduce alteraciones en la extinción o agravamiento de la responsabilidad de cada parte, según sea el caso. Si existe retardo en la entrega imputable al vendedor (*mora debitoris*), éste responde ya no solo de *culpa* y *custodiam*, sino además soporta la pérdida por *casus*, salvo que la cosa hubiera igualmente perecido en manos del comprador sin existir mora.⁸²⁵

Por el contrario, si es el comprador el que ha retardado la recepción de la cosa, impidiendo la entrega, tiene lugar la mora de recibir (*mora creditoris*); entonces, se produce para el vendedor un verdadero efecto

en D. 18, 2, 3 (*Paulus 5 ad sab.*). Sin embargo, la *traditio* como elemento determinante de traspaso del riesgo no es el único factor del cual puede depender la soportación de éste. El autor reconoce que podrán cumplir idéntico efecto otros factores como la cualidad intrínseca de la cosa, su natural desarrollo, el tipo de contrato y la concreta causa de imposibilidad. Si esta causalidad la entendemos en un sentido jurídico, aquí habría de incluirse la imposibilidad causada dolosa o culposamente por el deudor (*factum debitoris*) que lo lleva a ponerse en una situación de no poder cumplir. BETTI, *op. cit.*, p. 162, 172 y 184.

⁸²⁵ El efecto agravante de la *mora debitoris* no solo tiene lugar en el contrato que ahora analizamos, y puede considerarse un efecto general de la misma. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en materia de *fideicomisum*, D. 32, 26 (*Paulus 2 ad ner.*) y en materia de *stipulatio* D. 45, 1, 91, 1 (*Paulus 17 ad plaut.*): “*nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit*” (“a no ser que hubiere acontecido algo de esto, después que fue moroso para el cumplimiento”).

liberador o aminorador de su responsabilidad.⁸²⁶ Será cargo del comprador no solo el *periculum*, habiendo de soportar la destrucción de la cosa por *casus*; además, no podrá exigir la devolución del precio en caso de haberlo pagado.⁸²⁷ A estas dos consecuencias de la *mora creditoris* debe agregarse, en el contexto de nuestro estudio, que el comprador, además, no podrá perseguir la responsabilidad por custodia del vendedor en caso de haber sido hurtada la cosa con posterioridad al momento en que éste debió recibirla.⁸²⁸ Lo anterior encuentra asidero en D. 18, 6, 18 (*Pomponius 31 ad q. muc.*).⁸²⁹

⁸²⁶ Igual efecto se produce en otras instituciones; v. en materia de *stipulatio* D. 45, 1, 49, 3 (*Paulus 37 ad ed.*), *contrario sensu*.

⁸²⁷ En contra, Betti, quien sostiene que fue la jurisprudencia justiniana la que, alterando la norma clásica, habría permitido ya no solo el incumplimiento sin sanción por parte de aquel que tenía la cosa –vendedor– porque el *periculum* lo soportaba la contraparte –comprador–, sino que además, si había recibido el precio, tenía derecho a retenerlo, lo que no habría tenido sentido en la época clásica: “*i compilatori gistiniani non si limitano ad escludere una responsabilità contrattuale della parte inadempiente senza sua colpa –il che se comprende–, ma vanno più oltre: le permettono di conservare la prestazione che le fu anticipata, ignorando la segnalata distinzione giuliana (D. 19, 2, 33; D. 19, 1, 2, 18) fra l’obbligo di risarcire il danno e quello di restituire il corrispettivo*”. BETTI, *op. cit.*, p. 191.

⁸²⁸ A igual conclusión han llegado Fernández Barreiro y Paricio: “La responsabilidad por custodia cesa cuando el comprador incurre en mora para recibir la prestación que le ofrece el vendedor”, FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J. (2011). *Fundamentos de derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons, p. 294. En el mismo sentido, aunque implícitamente, Guzmán: “Si el comprador incurre en mora, la responsabilidad del vendedor se limita al dolo”. GUZMÁN, A. (2013). *Derecho privado romano*. Tomo II, Santiago: Legal Publishing Chile, p. 156. Creemos que el efecto liberador de la mora para el deudor (vendedor) importa incluso excluir su responsabilidad en caso de pérdida culposa de la cosa, operando una compensación de culpas a su favor y en perjuicio del comprador cuya *mora creditoris*, absorbe la negligencia del vendedor.

⁸²⁹ D. 18, 6, 18 (*Pomponius 31 ad q. muc.*): “*Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere*

La presencia de mora, como vimos, produce importantes alteraciones en el régimen de responsabilidad y asignación de *periculum*. En razón de lo anterior se ha cuestionado cuál es su naturaleza jurídica, pues ella no se identifica –sin más– con los criterios de imputación de responsabilidad. Siguiendo a Cannata, podemos sostener que la naturaleza jurídica de la mora es reconducible a la culpa, pues en la mora estamos en presencia de un comportamiento omisivo, el que consiste en la no entrega o en la no recepción oportuna de la cosa debida.⁸³⁰

Examinadas como han sido las reglas de asignación de *periculum*, responsabilidad por custodia y la modulación en ellas introducida por la mora, se pueden asentar las siguientes consideraciones: en derecho romano clásico la pérdida de la cosa por *casus* fue soportada por el comprador (*res perit emptoris*) hasta el momento de la *traditio* (o las formas asimiladas a ella). La presencia de *mora debitoris* altera la antedicha regla, trasladándose al vendedor la soportación del riesgo por pérdida de la cosa (*casus*) y, además, conservando su normal responsabilidad por custodia. En presencia de *mora creditoris*, el riesgo, que ya pertenecía al comprador, se extiende, sin que quepa derecho a reintegro en el caso de haber pagado el precio, y sin que el vendedor responda por *custodia* en el intertanto. Sin perjuicio de lo anterior, si la destrucción de la cosa se debe a un acto ilícito, el comprador podrá exigir le sean cedidas las acciones a que dicho acto dé lugar.⁸³¹

coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore... (“Se ha de saber, que cuando el comprador comenzó a incurrir en mora, se ha de responder por el vendedor, no ya de la culpa, sino solamente del dolo malo”...).

⁸³⁰ CANNATA, C. (1993). *Sull problema della responsabilità nel diritto privato romano*. En *IVRA*, N° 43, p. 14. Cfr. D. 45, 1, 91 pr. (*Paulus 17 ad plaut.*) que ha servido a la doctrina para distinguir la omisión propia de la mora (culpa omisiva) de aquella comúnmente denominada *negligentia*, que consiste en un actuar descuidado (culpa comisiva).

⁸³¹ Estamos pensando en D. 18, 6, 13 (*Paulus 3 epit. alf.*), que da cuenta de la destrucción de unas literas puestas en la vía pública y destruidas durante la *mora creditoris* injustamente por el Edil. En este caso, al comprador se le cede la *actio ex lege Aquilia* para perseguir la responsabilidad de aquel.

IV. Contenido de la *custodiam est venditoris*

Como se desprende de lo analizado hasta el momento, la responsabilidad por custodia consiste en la responsabilidad del vendedor por el incumplimiento de su principal obligación, la de *tradere*, aún cuando dicho incumplimiento se deba a una causa que no le es imputable culpabilísticamente, pues esta responsabilidad es de naturaleza *sine culpa*.

Hemos podido ver que la responsabilidad en comento se encuentra, además, profundamente imbricada con las reglas de asignación de riesgos (*periculum*), tanto que su contenido específico a veces solo es posible hallarlo en conexión a éstas, pero de las que, en todo caso, es conveniente diferenciarla.

Ahora, en el análisis de la existencia de este especial tipo de responsabilidad, ha resultado especialmente discutido un texto, que se constituye entonces como la piedra angular de sendas disputas doctrinales. En razón de lo anterior, la postura que tomemos frente a él condicionará a su vez la concepción de la *custodiam praestare*. Nos referimos a un texto de Gayo presente en D. 18, 1, 35, 4 (*Gai. 10 ed. prov.*):

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori. Unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut conditionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.

Si una cosa vendida hubiese perecido por hurto, ha de observarse, en primer lugar, qué se había convenido entre las partes acerca de la custodia de la cosa; si nada resulta haberse convenido, ha de esperarse del vendedor una custodia tal como la que un buen padre de familia pone en sus propias cosas. Si ésta se hubiese observado y no obstante perdió la cosa, el vendedor estará seguro, con

tal que ofrezca al comprador la acción reivindicatoria y la condición; de aquí se deduce lo que ocurre con el que vende una cosa ajena; como éste no puede disponer de la reivindicatoria ni de la condición, habrá de ser condenado por este mismo hecho: porque si hubiese vendido su propia cosa, podría transferir al comprador aquellas acciones.

El texto versa sobre las consecuencias de la pérdida de la cosa vendida por *furtum ante traditionem*. La discusión se centra sobre tres cuestiones fundamentales: 1) pactos modificativos de responsabilidad, con primacía de la autonomía negocial y presentando las reglas del texto como de aplicación subsidiaria; 2) la existencia de la responsabilidad por custodia; y 3) el criterio de imputación de responsabilidad por custodia, fijando uno de orden subjetivista: “*qualem bonus pater familias suis rebus adhibet*”.

La primera cuestión no es problemática, pues desde antiguo se reconoce en derecho romano la posibilidad de acrecentar o disminuir la responsabilidad de los contratantes mediante pactos al efecto, con la limitación de no condonar el dolo anticipadamente.⁸³²

El segundo de los problemas expuestos es medular. Con todo, creemos que es posible sostener que el texto analizado constituye un reconocimiento expreso de la existencia de la *custodiam venditoris*, pues a nuestro entender la mención a la posibilidad de pacto que acabamos de ver alude al hecho de poder excluir la responsabilidad por custodia, es decir, en caso de nada pactar las partes, la *custodiam venditoris* va ínsita en el contrato. Por lo demás, la existencia de la responsabilidad por custodia también es posible inferirla de otros textos, aún cuando no la señalen expresamente; ello, porque reconocen su existencia de manera

por el Edil. En este caso, al comprador se le cede la *actio ex lege Aquilia* para perseguir la responsabilidad de aquel.

⁸³² En general, DÍAZ, I. (2011). “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho romano”. En *Revista de Derecho Privado*, N° 20, Bogotá, p. 7-47.

oblicua al asignar la titularidad de determinadas acciones. Así, D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*)⁸³³ y D. 39, 2, 38 pr. (*Paulus 10 ad sab.*),⁸³⁴ en que se niega al comprador la calidad de legitimado activo a la *actio damno infecti* previo a la *traditio*. De ello se infiere que la titularidad de la acción le pertenece al vendedor, quien es el obligado y responsable de la conservación de la cosa, por custodia: *venditoris custodiam est*. Lo mismo en D. 47, 2, 14, 1 (*Ulpianus 29 ad sab.*),⁸³⁵ en que se niega la titularidad de la *actio furti* al comprador.

⁸³³ D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*): “*Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit et ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet omnemque diligentiam emptori praestare: et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.*” (“Pero ¿qué sucederá si sin culpa no hubiere podido estipular el vendedor, y por esto hubiere estipulado el comprador? ¿Por ventura sufre el daño? ¿O es que este daño recae sobre cosa ajena, pero se dirige al comprador, porque no tiene la acción de compra? Mas en este caso para nada aprovecha la estipulación, sino para lo que acontece después de la entrega, porque mientras la custodia le corresponde al vendedor, éste debe estipular y responderle de toda diligencia al comprador; y lo que se puede obtener con otra acción no se comprende de ningún modo en la estipulación del daño que amenaza”).

⁸³⁴ D. 39, 2, 38 pr. (*Paulus 10 ad sab.*): “*Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet. tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit, veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit.*” (“El comprador de una casa estipula inútilmente antes que se le haya entregado la posesión, porque el vendedor debe responderle de toda diligencia; y la verdad, estipula útilmente cuando el vendedor estuviere exento de toda culpa, por ejemplo, si le permitió al comprador en precario estuviere en aquella casa, y habiéndose de ausentar le encomendó su custodia”).

⁸³⁵ D. 47, 2, 14, 1 (*Ulpianus 29 ad sab.*): “*Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. et iulianus*

En contra de la posición anterior, otro grupo de autores, entre los que se destaca Betti, sostiene que la responsabilidad por custodia no es un *essenciale* ni un *naturale negotii* del contrato de compraventa y solo se hallaría presente bajo la forma de un *pactum adiectum*. En razón de ello, para el autor citado, en caso de no existir pacto, si acontece el hurto de la cosa vendida sin mediar culpa del vendedor, nos hallamos en presencia de una imposibilidad de cumplimiento de la prestación que, al no serle imputable, lo libera de su obligación de *tradere*.⁸³⁶

Ahora, más allá de la diferencia de opiniones planteada, aparece como adecuada la coexistencia de la *custodiam praestare* desde el momento de adopción de una regla como la del *periculum est emptoris*. Asumido ese punto, la pregunta más bien no es si la *custodiam* va ínsita en contrato de compraventa, sino desde cuándo. En esto seguimos a Serrano-Vicente, quien, con Talamanca, ha destacado el hecho fundamental de

libro vicensimo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subriperit, furti actione non tenetur. plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset. ("Mas de tal modo no tiene el comprador antes de la entrega la acción del hurto, que se preguntó, si, substrayendo el mismo comprador la cosa, estaría sujeto a la acción de hurto. Y escribe Juliano en el libro vigésimo tercero del Digesto: si el comprador hubiere sustraído, pagado el precio, la cosa, de cuya custodia debía responder el vendedor, no está sujeto a la acción de hurto; mas si antes de pagar el dinero, hubiere sustraído la cosa, está sujeto a la acción de hurto, lo mismo que si hubiese sustraído una prenda").

⁸³⁶ En palabras de Betti, la custodia "*non è nè un essenziale nè un naturale negotii de la compravendita clasica, ma un elemento puramente accidentale, frutto di un'assunzione pattizia, che può anche mancare e manca normalmente*". Esto lleva al autor a considerar interpolado el término *custodia* en D. 39, 2, 18 ,9 (*Paulus 48 ad ed.*). Betti sostiene que habrían sido los compiladores justinianeos los que generalizaron los casos de responsabilidad pacticia y los transformaron en una responsabilidad por custodia para contrarrestar el *periculum emptoris*. Con ello se pasa de una cuestión de responsabilidad contractual a uno de riesgo contractual, v., D. 18, 1, 35, 4 (*Gaius 10 ad ed. provinc.*). BETTI, *op. cit.*, p. 142–144.

no encontrar en el Digesto mención a este tipo de responsabilidad del vendedor sino hasta inicios del siglo II d. C.⁸³⁷

La tercera de las cuestiones que plantea el texto en análisis da lugar a discusiones igualmente arduas. Allí se fija una noción concreta del estándar de imputabilidad en base al cual se establece la responsabilidad, presentando uno de orden cupabilista, el comportamiento como *bonus pater familias*, que exime al vendedor de la *custodiam*. No es de extrañar entonces que entre quienes sostenemos el carácter *sine culpa* de la *praestare custodiam* esta mención directa del estándar subjetivo haya sido tachada de interpolada y encuentre su origen en una reelaboración de los compiladores justinianos.⁸³⁸

Finalmente, afirmada que ha sido la existencia y el carácter *sine culpa* de la *custodiam venditoris* como regla de asignación de responsabilidad del contrato de compraventa, conviene precisar su contenido, para lo cual resulta interesante D. 19, 1, 31 pr. (*Nerva 3 membr.*),⁸³⁹ porque permite excluir de este ámbito de responsabilidad la pérdida de la cosa sufrida por robo. En la voz del jurista, la justificación se halla en

⁸³⁷ SERRANO-VICENTE, *op. cit.*, p. 288. En igual sentido, Scognamiglio, quien ha sostenido que “*non sembra possibile far risalire già al I sec. a. C. l’obbligazione di custodiam praestare come elemento naturale del contratto di compavendita*”. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma...*, *op. cit.*, p. 183.

⁸³⁸ En este sentido, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 74, nt. 1.

⁸³⁹ D. 19, 31, 1 pr. (*Nerva 3 membr.*): “*Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.*” (“Si aquella cosa que se debía entregar por la compra, me hubiese sido arrebatada por la violencia, aunque yo hubiera debido custodiaria, no obstante, es más adecuado, que no deba yo al comprador más que las acciones para perseguir la cosa, pues la custodia frente a la fuerza de poco sirve; pero aquellas acciones deberé cedértelas a tu arbitrio y riesgo, de modo que te corresponda toda la ventaja o gasto”).

el hecho de que *custodia adversus vim parum profici*. La formulación tiene una doble consecuencia jurídica. La primera es reconocer que la *custodiam*, en cuanto actividad de vigilancia y conservación (custodia material), no resulta idónea –por su propia naturaleza– para prevenir el robo, por su naturaleza violenta y, segundo, que la resistencia ante un robo no se constituye como exigencia propia del *custodiam praestare*. Con ello, el robo o la violencia ejercida por terceros se yergue como una causal de exoneración de responsabilidad que libera al vendedor.⁸⁴⁰

V. *Periculum est emptoris, custodiam praestare y synallagma*

El carácter bilateral del contrato de compraventa establece la existencia de obligaciones recíprocas entre las partes. La principal obligación del vendedor es la de *possessionem tradere* al comprador, y la de éste pagar el precio convenido. Entonces, el contrato de compraventa se presenta como el ejemplo excelso de los actos jurídicos sinalagmáticos, pues cada una de las obligaciones principales de las partes tiene por causa la obligación de la parte contraria.⁸⁴¹

Esta vinculación e imbricación de las obligaciones de las partes se ha denominado técnicamente *synallagma* condicional, pues cada obligación cumple un rol de condición y causa respecto de la otra, de modo que faltando alguna, es decir, tornándose en imposible su

⁸⁴⁰ La inaplicabilidad de la responsabilidad por custodia en caso de robo tiene como corolario la necesaria cesión de acciones desde el vendedor al comprador interesado. Este es quien ha sufrido el daño patrimonial con el delito, y por ello en éste han de radicarse las acciones reipersecutorias.

⁸⁴¹ Para un tratamiento amplio del tema puede verse VIARO, S. (2011). *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*. Milán: CEDAM.

cumplimiento, la consecuencia necesaria es que la obligación correlativa se extinga, pues entonces, carecería de fundamento. Sin embargo, en el caso de la compraventa, la jurisprudencia romana se alejó del modelo reseñado. Como hemos visto en líneas anteriores, fue adoptada por la jurisprudencia la regla de que el *casus* ha de ser soportado por el comprador: *periculum est emptoris*, y esta regla no se adecua al *synallagma* condicional, como si lo haría la regla *periculum est venditoris*. Scognamiglio ha puntualizado el asunto del siguiente modo: “*Nella fattispecie riconducibile a questa ipotesi [imposibilidad sobrevenida de la obligación de *possessionem tradere* por causa no imputable al vendedor], l'applicazioni delle regole sull'interdipendenza condizionale delle prestazioni dovrebbe condurre all'attribuzione del periculum rei venditae all'alienante, il quale perderebbe il diritto alla controprestazione*”.⁸⁴²

De lo dicho se comprende que desde una perspectiva jurídica la pregunta relevante es qué ocurre en las relaciones sinalagmáticas cuando una de las obligaciones se vuelve imposible de cumplir *sine culpa* de una de las partes. En el caso de la compraventa la duda se presenta si la obligación del vendedor (de *possessionem tradere*) es aquella que se vuelve imposible, por no existir ya la *certa res* cuya posesión debía ser entregada⁸⁴³ y, entonces, se duda sobre cuál ha de ser la suerte de la obligación correlativa. ¿Debe el comprador pagar el precio, quedando sujeto a la *actio venditi*? O, por el contrario ¿tiene acción para solicitar su reembolso habiéndolo pagado o *exceptio* contra la acción que persiga su cobro, en caso de no haberlo hecho?

Como dijimos, una estricta aplicación del *synallagma* contractual nos

⁸⁴² SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁴³ Es notorio que el problema del *periculum rei venditae* solo se presenta en el caso de compraventa de cosas ciertas. Tratándose de compraventa de cosas genéricas, por una parte, se duda si dicho acto es propiamente una compraventa, y aún en caso afirmativo, el problema del *periculum* desaparece, precisamente atendida la naturaleza genérica de la cosa, que no da lugar a imposibilidad sobrevenida, en atención a la regla *genus non perit*.

llevaría a que extinguida la obligación de *possessionem tradere* se extinga consecucionalmente la obligación de pagar el precio o, habiéndose pagado, se conceda al comprador acción para exigir su reembolso. Tal posición es defendida por quienes sostienen la validez del principio *periculum est venditoris*, como Betti, para quien “*la mancata attuazione del divisato assetto d’interessi, consistente nello scambio fra le due prestazioni corrispettive, fa sì che la prestazione (del fitto o del prezzo), dovuta in funzione di quella divenuta impossibile, venga a mancare della sua ragion d’essere, e quindi non sia più esigibile, o sia, se già eseguita ripetibile*”⁸⁴⁴ y, en particular respecto de la obligación de pagar el precio, “*il furto incolpevole, dava luogo a una impossibilità che, non essendo imputabile al venditore, lo liberava bensì dalla sua obblizione, ma gli faceva perderé il vantaggio della obbligazione corrispettiva, ossia il crédito al prezzo*”.⁸⁴⁵ En particular, la *actio empti* funcionaría en este caso ya no para exigir la entrega de la cosa –lo que es imposible– sino la devolución del precio en caso de haberlo pagado. Complementariamente, frente al ejercicio de una *actio venditi* para su cobro, se concederá *exceptio* al comprador para rechazarla. Con todo, el mismo autor admite que la responsabilidad por custodia del vendedor tiene por objeto impedir que quede a su arbitrio la conservación de la cosa, pues sin ella se frustra la finalidad contrato, sin importar que el vendedor tuviese que restituir el precio al comprador, quien de todos modos vería defraudadas sus expectativas.⁸⁴⁶

Pero, insistimos, el anterior esquema no fue admitido por la jurisprudencia romana, privilegiando el sistema opuesto. De modo que se hace necesario coordinar la existencia de la regla *periculum est emptoris*, que pone de carga del comprador el *casus*, con aquella que deja subsistente su obligación de pagar el precio. La vulneración del *synallagma*,

⁸⁴⁴ BETTI, *Periculum...*, *op. cit.*, p. 173. La “*ragion d’essere*” a que se refiere Betti es, precisamente, la causa del contrato.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, *Periculum...*, *op. cit.*, p. 143-144.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, *Periculum...*, *op. cit.*, p. 158.

a nuestro juicio, solo puede ser entendida a la luz del establecimiento de la responsabilidad por custodia de que hemos tratado.

A partir de lo anterior es posible identificar en la existencia de la *custodiam praestare* un carácter corrector con relación al *periculum est emptoris*,⁸⁴⁷ produciendo un equilibrio en la repartición de los riesgos de pérdida –en sentido amplio– por *casus* y hurto de la *res vendita non tradita* y rectificando por esta vía el *synallagma* contractual. El *casus*, en virtud de la regla *periculum est emptoris*, es soportado por el comprador, dejando intacta su obligación de pagar el precio. Y en contrapartida, la pérdida por hurto, en virtud de la regla *furtum est venditoris*, es soportada por el vendedor, provocando la legitimación del comprador a la *actio empti* para exigir *id quod interest*, es decir, todo aquello que le hubiere interesado el cumplimiento oportuno de la obligación de *tradere possessionem*.

Como se observa, únicamente con la oposición entre *periculum* y *custodiam* se ve reestablecido el equilibrio contractual. Lo anterior no encuentra obstáculo en el hecho de que sean igualmente atribuidos al comprador los daños sufridos por la *res vendita non tradita* que no implican su destrucción, es decir, los deterioros, que las fuentes llaman *detrimentum* o *incommodum*. Vale la pena detenerse en este punto un momento.

No cupo duda a la jurisprudencia romana que los deterioros que experimentara la cosa en el tiempo de pendencia de la obligación de *tradere possessionem* se radican en el comprador, pero dicha conclusión es problemática para aquellos que sostenían la vigencia de la regla *res*

⁸⁴⁷ En este sentido, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 148; GUZMÁN, A. (1997). “La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla *Periculum est emptoris*”. En *Revista Chilena de Derecho*, 24, 1, p. 99; SERRANO-VICENTE, *op. cit.*, p. 288: “Esta circunstancia nos permite establecer en los primeros decenios del siglo II d. C. el momento en que se introdujo –tal vez por la práctica negocial– este elemento corrector del *periculum emptoris*”.

perit venditoris. La contradicción se produce porque cuesta hallar alguna razón que justifique el hecho de radicar en el vendedor la pérdida por destrucción (total) de la cosa, pero adoptar la regla contraria tratándose de los simples deterioros (*incommoda*), radicándolos en el comprador.⁸⁴⁸ Con todo, debemos cuidar de practicar una diferenciación entre los regímenes de *periculum* como pérdida o destrucción total de la cosa por *casus*, de aquel conjunto de alteraciones sufridas por la *merx* agrupadas bajo el concepto de *commoda* e *incommoda*. Esto porque las alteraciones que sufra la cosa no se reducen a eventuales detrimentos (*incommoda*), sino que también pueden consistir en aumentos (*commoda*). De esta manera, la aplicación del principio *cuius commoda eius et incommoda*, aunque vinculado al régimen de repartición de riesgos, no lo altera de modo alguno, pues los deterioros y aumentos se radican siempre en el comprador, e incluso, dada la alea de la realidad, pueden significar un enriquecimiento para éste en caso de que dichos aumentos generen una desproporción a su favor entre el valor de la *merx* –aumentada– y el precio convenido por ella, que no se modifica, haya sido pagado o no.

La atribución de los *commoda* e *incommoda* al comprador aparece expresamente reconocida en un texto de Paulo, D. 18, 6, 7 pr. (*Ulpianus 1 opin.*): “*Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet: nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet*”. (“Lo que después de la compra acreció al fundo por aluvión, o pereció, cede en beneficio o pérdida del comprador; porque también si todo un campo hubiese sido después de su compra ocupado por el río, el riesgo sería del comprador, y así por

⁸⁴⁸ Cfr. Betti, para quien es una tendencia típicamente justinianea la de tratar con el mismo criterio el *incommodum* y el *periculum*. Cuestión que es errónea pues aúna dos problemas diferentes, uno de imposibilidad sobrevenida de la prestación, al que atiene el *periculum*, y otro, el de los eventos que pueden afectar sin destruir la *res* objeto de dicha prestación, como lo son sus detrimentos (o mejoras). BETTI, *Problema...*, *op. cit.*, p. 179.

consiguiente debe ser de él el beneficio”). El pasaje interesa, además, porque con la expresión *sic igitur* evidencia un tratamiento conjunto del *periculum* en sentido estricto y en cierta medida una equiparación de regímenes entre éste y el *commodum*, como si tal solución dogmática fuera la única posible.⁸⁴⁹

⁸⁴⁹ Por otra parte, en época postclásica *periculum* e *incommodum* se hallan completamente homologados: I. 3, 23, 3: “*Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet cuius periculum est. Quodsi fugerit homo qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat animadvertendum erit an custodiam eius usque ad traditionem venditor suscepit. sane enim, si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non suscepit, securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione*”. (“Mas luego que se hubiere contratado la compraventa [lo que hemos dicho que se verifica al punto que se hubiere convenido en el precio, cuando el negocio se hace sin escrito], el riesgo de la cosa vendida pertenece desde luego al comprador, aunque todavía no se le haya entregado la cosa. Así, pues, si un hombre hubiera muerto o hubiere sido lesionado en alguna parte de su cuerpo, si la casa, en todo o en parte, hubiera sido consumida por un incendio, si el fundo en totalidad o en alguna parte hubiere sido arrasado por la fuerza del río, o si aún por la inundación de las aguas, o porque los árboles hayan sido arrancados por un torbellino, hubiese comenzado a ser considerablemente menor o a estar deteriorado; el daño es del comprador, para quien es necesario, aunque no hubiere obtenido la cosa, pagar el precio: pues el vendedor está al seguro respecto de lo que ha sucedido sin dolo ni

Para finalizar nuestro análisis de la responsabilidad sin culpa con relación al contrato de compraventa, queremos detenernos en un fenómeno que podemos llamar procesal, aunque sus consecuencias sean sustantivas. Este consiste en la radicación o traslación de la legitimación activa de ciertas acciones, desde el sujeto que inicialmente las ostenta a aquel que ha debido responder o soportar la pérdida de la *res vendita*. Como veremos, el fenómeno que describimos, de radicación, cesión y subrogación de acciones, es consecuencia de las soluciones dogmáticas adoptadas ante el incumplimiento sin culpa de la obligación de *tradere*.

Para una mejor comprensión del problema planteado debemos volver sobre algunos conceptos elementales del derecho de bienes y de obligaciones vinculados a la legitimación activa de acciones.

El dominio de los bienes y su posesión como presupuesto general de aprovechamiento de los mismos se hallan protegidos mediante la *actio reivindicatio* y la *actio publiciana*. Pero cuando la cosa ha sido destruida, de nada sirven dichas acciones, pues recuperar su posesión devino imposible. En tal hipótesis la protección del dueño o poseedor civil requirió de la existencia de otras acciones cuya finalidad no fue recuperar la posesión perdida, sino reintegrar en el patrimonio del *dominus* o poseedor civil, un valor económico que le permita arribar

culpa de su parte. Mas si también después de la compra se ha agregado algo por aluvión al fundo, pertenece al provecho del comprador: porque el beneficio debe ser también de aquel de quien es el riesgo. Mas si hubiere huído el esclavo que se vendió, o si hubiere sido robado, pero sin que medien ni dolo ni culpa del vendedor, deberá tenerse en cuenta si el vendedor se encargó de su custodia hasta el momento de la entrega: pues, en realidad, si se hubiere encargado, aquel accidente va a su riesgo; y si no se hubiere encargado, está a seguro. Y lo mismo entendemos respecto a todos los animales y a las demás cosas. Sin embargo, deberá ciertamente ceder al comprador la vindicación de la cosa y la condición, porque, en realidad, el que todavía no ha entregado la cosa al comprador, es todavía su dueño. Y lo mismo sucede también respecto de la acción de hurto y de la de daño injusto”).

a una situación patrimonial que, retrospectivamente, es mirada como equivalente a aquella en que se encontraba con anterioridad a la pérdida de la cosa. Una de estas acciones es la *condictio (ex causa furtiva)*. Estas acciones, tanto aquellas que buscan recuperar la posesión de la cosa (*actio reivindicatio* y *actio publiciana*) como aquellas que buscan reintegrar su valor patrimonial (*condictio*), son susceptibles de agruparse bajo la categoría general de acciones reipersecutorias (*rei persecutionem habet*).⁸⁵⁰

La principal utilidad de la categoría de acciones reipersecutorias es su diferenciación con las llamadas *actiones poenales*. Establecida la diferencia de naturaleza, el reconocimiento de la titularidad de las acciones reipersecutorias al *dominus* no obsta que, en caso de haberse debido la pérdida de la cosa a un delito, a las anteriores acciones, se acumulen las *poenales* que correspondan al concreto delito cometido.⁸⁵¹

⁸⁵⁰ Por tanto, como señala Guzmán, en esta categoría la palabra *res* “no tiene el sentido de cosa corporal sino el más comprensivo de elemento patrimonial, y pudiendo tratarse, por cierto, de una cosa corporal, desde el punto de vista de su posesión civil o de su mera tenencia, incluye también el resarcimiento de un menoscabo físico sufrido por una cosa debido al acto de terceros, o el cobro de un valor que debió ser incorporado en el patrimonio y no lo fue, o de un gasto reembolsable, etc.” GUZMÁN, *op. cit.*, p. 193. En el mismo sentido, Guarino: “Le acciones reipersecutoriae (*azioni reipersecutorie: quibus rem persequimur*) erano rivolte ad ottenere il contravalore di ciò che fosse dovuto all'attore o a lui appartenesse (es.: la rei vindicatio, l'actio empti ecc.). Il contravalore, e non la res, a causa del principio della pecuniarietà della condanna”. GUARINO, A. (2001). *Diritto Privato Romano*. Nápoles: Jovene, p. 188.

⁸⁵¹ Sobre la distinta naturaleza de las acciones reipersecutorias y penales y, en consecuencia, sobre su posibilidad de acumulación, véase Guzmán: “En tanto la otra acción tenga carácter reipersecutorio, es acumulable a la penal, porque ésta se dirige a la sanción, mientras que aquella, a la indemnización (*res*), y ambas funciones son perfectamente compatibles; de ser reipersecutoria una y de tener igual rasgo la otra, que emanó del mismo hecho, no podría haber acumulación sino elección, ya que no debe haber doble resarcimiento; y lo propio ocurriría de ser ambas penales, pues un mismo hecho no puede ser sancionado dos veces.” GUZMÁN, *op.*

Pues bien, siendo éste el esquema general de acciones del que dispone un *dominus* para el evento de la pérdida de la cosa, en lo que a nosotros interesa toca preguntarnos qué ocurre con dichas acciones en caso de que la cosa debida sea el objeto material de la obligación de *tradere possessionem* del vendedor. Como se observa, la cosa *ante traditionem* sigue perteneciendo al *dominus*, pero su conservación interesa a ambas partes, al vendedor, a efectos de cumplir su obligación, y al comprador, por ser el objeto material en vista del cual ha convenido el pago del precio.

La radicación y traslación de acciones, a propósito del contrato de compraventa, aparece de la lectura de diversas fuentes: D. 18, 1, 35, 4 (*Gaius 10 ad ed. provinc.*); D. 19, 1, 31 pr. (*Nerva 3 membr.*); D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*); y D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*).

En D. 18, 1, 35, 4 (*Gaius 10 ad ed. provinc.*), luego de descartar la responsabilidad por custodia del vendedor en caso de haber obrado diligentemente, se señala que éste deberá ceder la acción reivindicatoria y la *actio condictio* al comprador: *vindicationem rei et conductionem exhibeat emptori*. El texto va más allá y regla el caso de venta *a non domino*. En dicho evento, al no poder ceder el vendedor las señaladas acciones, precisamente por no ser dueño, se lo hace responsable: *ob id ipsum damnandus est*.

En el segundo de los textos, D. 19, 1, 31 pr. (*Nerva 3 membr.*), se exonera de responsabilidad al vendedor por sustracción violenta (*rapi-na*) de la *res vendita* y se señala que éste no deberá al comprador más que las acciones reipersecutorias: *nihil amplius quam actiones perse-quendae eius praestari a me emptori oporteat*. El texto, además, se en-

cit., p. 194. En el mismo sentido, Guarino: "Nulla impediva che l'azione penale concorresse con quella reipersecutoria: ad esempio, la vittima di un furto poteva in ogni caso ottenere il duplum (o talvolta anche più) del valore della cosa rubata agendo contra il ladro con l'actio furti, ma poteva in oltre ottenere il contravalore della refurtiva (ove ne fosse anche il proprietario) agendo contra il ladro con la condictio ex causa furtiva)". GUARINO, *op. cit.*, p. 190.

carga de especificar que el ejercicio de dichas acciones será a riesgo del comprador: *Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo*. Esto evidencia que tal ejercicio de acciones puede, incluso, ser una fuente de enriquecimiento para el comprador: *omne lucrum ac dispendium te sequatur*.

El caso analizado es relevante porque, como vimos anteriormente, la existencia del *periculum emptoris* halla su equilibrio en la imposición de la responsabilidad por custodia al vendedor. Ahora bien, la pérdida por robo no es encuadrable en el concepto de custodia, de modo que la soportación del *periculum* por parte del comprador ha quedado desbalanceada. Por tal motivo, la cesión de acciones a éste funciona como un elemento adicional al sistema general de reparto de riesgos, dando un sustrato económico al mismo, pues, ya que el comprador seguirá obligado al pago, se hace bien en, al menos, concederle las acciones con las que eventualmente pueda ser reintegrado.

El tercer texto, D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*), trata sobre el hurto de la *res vendita ante traditionem* y radica en el vendedor la titularidad de la *actio furti* hasta el momento de la entrega de la cosa. Pero luego el texto continúa y ordena la cesión de las acciones reipersecutorias al comprador, lo que es contradictorio.⁸⁵² Hurtada que haya sido la cosa, la *actio furti* ampara al vendedor, quien de todos modos habrá de responder ante el comprador mediante la *actio empti* ejercida por éste, pues tal es el efecto propio del *custodiam praestare* o *furtum est venditoris*, como vimos. En tal hipótesis, no existe necesidad dogmática alguna desde la perspectiva del equilibrio contractual en ordenar la cesión de las acciones penales y reipersecutorias al comprador. Lo anterior solo es comprensible si entendemos esta segunda parte del texto –que ordena la cesión de las acciones reipersecutorias– como una solución jurisprudencial para un evento diferente, no para el caso

⁸⁵² En el mismo sentido, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 154; SERRANO-VICENTE, *op. cit.*, p. 304.

del hurto sino para el caso de la destrucción fortuita de la cosa o el robo violento de la misma, eventos en que cesa la responsabilidad por custodia y que al quedar comprendidos en un sentido amplio de *casus* son soportados por el comprador. Solo entonces se justifica la traslación de la legitimidad activa de las acciones que, por lo demás, evita el enriquecimiento injusto del vendedor, quien en caso contrario habría tenido derecho a conservar o cobrar el precio, a conseguir la *poena* y, además, al reintegro patrimonial del valor de la cosa.⁸⁵³

Todo lo dicho es concordante con el pasaje final del texto citado, donde, como en su momento indicamos, se establece un equilibrio en la repartición de riesgos o casos de imposibilidad de la prestación de *tradere rem* entre la *custodiam praestare* de cargo del vendedor y el *periculum* de cargo del comprador.

Otro texto, D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*), plantea una situación especial. En él no se discute sobre la cesión de acciones sino sobre la legitimación activa en la *actio de damno infecti*. La conclusión consiste en entender legitimado al vendedor para tal acción, en el entendido que responderá por *custodiam* si la destrucción acaece. El caso es anómalo por dos motivos: primero, porque se trata de *custodiam praestare* sobre inmuebles, y segundo, porque el hecho que desencadena la responsabilidad es la destrucción o daño sufrido a consecuencia de la ruina de un edificio vecino y no una de las tres hipótesis típicas.

Finalmente, podemos ver en D. 18, 5, 5, 2 (*Iulianus 15 Dig.*) que el

⁸⁵³ Cfr. Arangio-Ruiz considera interpolado el pasaje en cuanto ordena la cesión de las acciones *poenales*. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 154. Aunque la objeción es plausible, atendido el carácter personalísimo de las acciones *poenales*; por otra parte, no vemos dificultades en su cesión, sobre todo si con la subrogación lo que se busca es poner al *emptor* insatisfecho en la posición procesal que se hallaría de haberse efectuado ya la entrega. En dicho evento, las acciones penales y reipersecutorias le pertenecerían. Pues bien, no parece equilibrado privarlo de algunas acciones y hacerlo titular de otras, máxime si —como hemos visto— aquel *emptor* de cosa robada o destruida seguirá estando obligado al pago íntegro del precio.

fenómeno que describimos no se agota en la cesión de acciones, sino que en otros casos consiste en la radicación de las mismas, es decir, en la determinación de la legitimación activa a ellas. Con esto, el jurista excluye la responsabilidad por custodia y determina la subsistencia de las obligaciones y, consecuentemente, de las acciones para exigir su cumplimiento. Como se sabe, D. 18, 5, 5, 2 (*Iulianus 15 Dig.*) trata el caso de un esclavo vendido y no entregado que resulta muerto por causas naturales. Allí se expresa que subsistirán las acciones: *actiones ex empto et vendito manebunt*. En particular, según hemos dicho, subsistirá la *actio venditi* con que el vendedor podrá exigir al comprador el pago del precio.

Revisados como han sido estos textos, podemos concluir que el fenómeno consistente en la radicación, cesión y subrogación de acciones constituye una forma oblicua o indirecta en que se presenta la responsabilidad. Esta, en numerosos textos, se halla oculta en el discurso de los juristas, como si se tratase de una verdadera materia oscura –si se nos permite la analogía– cuya existencia solo nos es posible conocer por medio de su influencia en otro fenómeno que sí es tratado directamente, como es la legitimación activa en las acciones (*furti, reivindicatio, condictio furtiva*, etc.).⁸⁵⁴

Como último punto con relación a este tema basta señalar que la concreta forma en que operaría la cesión de acciones no es clara para la doctrina, inclinándose algunos autores por requerir transformar al cesionario en *procurator in rem suam*.⁸⁵⁵ Sobre el mismo tema, la cesión de acciones que tratamos se presenta como un caso anómalo de cesión

⁸⁵⁴ En el mismo sentido, Serrano-Vicente para quien “parte importante de la información sobre la custodia que nos aportan las fuentes en relación con este contrato (compraventa) procede de los fragmentos relativos a la legitimación procesal activa a la acción del hurto (*actio furti*)”: SERRANO-VICENTE, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁵⁵ Arangio-Ruiz considera interpolado el pasaje en cuanto ordena la cesión de las acciones *poenales*. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 151.

necesaria –mejor que involuntaria o forzada– entre la regla general consistente en la cesión voluntaria de acciones como negocio jurídico que importa la cesión de créditos.⁸⁵⁶

⁸⁵⁶ Guarino ha destacado que las cesiones de acciones son, en general, voluntarias en derecho romano, salvo algunas forzadas, entre las que se halla el caso que nos ocupa. GUARINO, *op. cit.*, p. 818. Sin embargo, a nosotros nos parece que se deben efectuar algunas distinciones al interior de la categoría de cesión forzada o necesaria –la designación es nuestra– de acciones. Por una parte, los casos por nosotros analizados son consecuencia, como se vio, de la asignación de riesgos y responsabilidad en el contexto de la imposibilidad sobrevenida de dar cumplimiento a la obligación de *tradere rem* o de *reddere*, según se trate del contrato de compraventa o de otro. Los demás casos, en cambio, parecen tener como factor común el establecer un derecho de repetición a favor de aquel que extinguió una deuda parcial o totalmente ajena. Como se puede ver, la distinción que planteamos tiene implicancias superiores de las que aquí podemos tratar, sobre todo porque creemos posible hallar la cesión necesaria de acciones del derecho romano clásico el origen histórico del concepto de subrogación legal presente en los derechos modernos. Precisamente por lo anterior, dicha subrogación legal debiese ser juzgada a la luz del equilibrio contractual. Con todo, lo dicho no pasa de ser una intuición del autor que un examen futuro habrá de confirmar o rechazar. Adicionalmente, se debe recordar con Schulz que la transmisión de acciones fue un fenómeno limitado en el derecho romano clásico, únicamente accesible por vía de sucesión *mortis causa*, *adrogatio* y *conventio in manum*. Y que para la superación de dicha limitación se tuvo que recurrir a la institución de la *novatio*, no exenta de dificultades. Por todo esto es que el autor señalado sostiene que: “Otro medio artificial de subvenir a la deficiencia que antes apuntábamos, consiste en utilizar la representación procesal como medio de transmisión de obligaciones. Cuando un acreedor deseaba transmitir su derecho a otro, podía nombrar a este último su representante procesal para la exacción del débito, autorizándole a conservar al mismo tiempo, lo que percibiese”. SCHÜLZ, F. (1970). *Derecho romano clásico*. Barcelona: Bosch, p. 599-600. Igualmente, aunque con menos detalles, JÖRS, P. y KUNKEL, W. (1937). *Derecho privado romano*, Barcelona: Labor, p. 293-294.