

Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL

SUMARIO: I. *La pérdida de la cosa debida y la repartición de los riesgos en el derecho romano.* A. *La regla damnum domini y la imposibilidad de poner a cargo del deudor no propietario de la cosa el riesgo de su pérdida.* B. *Superación de la regla damnum domini hacia un modelo complejo planteado por Labeón.* C. *El contrato de compraventa y la regla del periculum emptoris como excepción al modelo del deudor propietario-destinatario de los riesgos de sus bienes.* 1. *Del damnum domini al periculum emptoris.* 2. *La fides bona como sustento de la regla periculum emptoris.* 3. *La controversia periculum emptoris-periculum venditoris.* 4. *Aplicaciones del periculum emptoris.* 5. *La emptio venditio obligatoria del período clásico.* D. *La asignación de los riesgos a cargo de una de las partes del contrato, constituye una ruptura excepcional de la regla de reciprocidad del sinalagma funcional.* II. *El problema de los riesgos de la cosa en el derecho moderno.* A. *El Código napoleónico adoptó los efectos traslaticios o reales de la compraventa y a su vez aplicó la regla res perit creditor.* B. *El Código italiano que adopta la compraventa con efectos reales y trasfiere al adquirente los riesgos de la cosa.* C. *El derecho alemán y el periculum venditoris dentro de un sistema no traslaticio de compraventa.* D. *El Código de Andrés Bello y su adopción del modelo clásico de la compraventa obligatoria romana y de la regla del periculum emptoris o res peri creditoris.* E. *El riesgo de la pérdida de la cosa en el Código de Comercio chileno.* F. *El Código ecuatoriano en materia de riesgo de la cosa vendida sigue el modelo del Código de Bello.* G. *El Código peruano en materia de riesgo de la cosa vendida contempla la regla del periculum venditoris.* H. *El caso venezolano en materia de riesgo de la cosa vendida y el periculum emptoris dentro de un sistema de compraventa traslaticio.* I. *El Código mexicano en materia de riesgo de la cosa vendida adopta el periculum emptoris dentro del marco de un contrato de compraventa con eficacia real.* J. *El caso argentino en materia de riesgo de la cosa vendida adopta la regla periculum venditoris dentro de un sistema de compraventa no traslaticia.* K. *El caso brasileño en materia de riesgo de la cosa vendida.* L. *El caso colombiano en materia de riesgo de la cosa vendida y la divergencia de regulaciones: Código Civil-Código de Comercio.* 1. *El régimen del Código Civil colombiano y el*

* Ponencia presentada en el marco del XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, llevado a cabo en Morelia (México), los días 16, 17 y 18 de agosto de 2006.

periculum emptoris. a. Las mal llamadas excepciones a la regla general del periculum emptoris. b. El proyecto de Código de derecho privado de Valencia Zea. 2. El régimen del Código de Comercio colombiano en materia de riesgos por pérdida de la cosa y el periculum venditoris. a. Antecedentes del Código de Comercio colombiano. b. El Código de Comercio de 1971. 3. La doctrina y jurisprudencia colombiana se inclina por una interpretación del Código Civil que converja en el periculum venditoris. III. Reflexión final

I. LA PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA Y LA REPARTICIÓN DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO ROMANO

A. La regla *damnum domini* y la imposibilidad de poner a cargo del deudor no propietario de la cosa el riesgo de su pérdida

“¿Acaso piensas tú que nuestros antepasados fueron así de necios de no entender que era una gran injusticia poner sobre el mismo plano a quien ha dilapidado en la juerga y en los juegos de azar el dinero tomado en préstamo y a quien por un incendio o un hurto o cualquiera desgracia más grave ha perdido los bienes ajenos junto con los suyos?”, se pregunta SÉNECA¹, para quien es claro que en el primer evento el deudor debe responder por sus actos, pero incluso cuando el incumplimiento se debe a una “desgracia” –*casus*– el asunto no es claro, pues por un lado debemos reconocer la diligencia, los esfuerzos y la buena voluntad del deudor y por otro, que los compromisos deben ser en todo caso mantenidos.

Amén de las precisiones técnicas relativas a la naturaleza de la cosa debida², el citado pasaje nos permite abocar la problemática del límite entre la responsabilidad y el riesgo insita en el mismo y, más allá, los dilemas a que se enfrenta un juez para determinar sobre quién debe recaer la pérdida de la cosa debida cuando tal pérdida no se debe a un acto reprochable al deudor, disyuntiva esta cuyo trasfondo plantea esencialmente un problema de justicia en el que, sin duda, la aplicación de los principios generales va a servir de derrotero para encontrar soluciones a veces no tan evidentes, pero que respondan de manera más adecuada a la definición celsiana del derecho como “el arte de lo bueno y equitativo”³.

De manera que no hay que confundir la problemática derivada del riesgo contractual con aquella derivada de la responsabilidad; pues si bien es cierto que en caso de riesgo contractual se procede a establecer la afectación del patrimonio de una de las partes, a la manera en que se hace en el resarcimiento del daño por incumplimiento, en el caso de riesgo de la cosa debida tal desplazamiento patrimonial no deriva de la responsabilidad por incumplimiento que pueda

1 SÉNECA, *De beneficiis* 7,16,3.

2 En cuanto se refiere a que el riesgo de la cosa debida resulta predicable de los bienes de especie y no de los de género, atendiendo a la regla conforme a la cual *genus non perit*.

3 D. 1,1,1 (ULPIANO, *Institutiones*, libro V).

endilgarse a dicha parte, sino de la necesidad de restablecer un equilibrio en la posición de los contratantes, según criterios de funcionalidad de las relaciones negociales⁴.

El establecer dicho límite requiere en primer término delimitar el alcance mismo de la responsabilidad derivada del contrato para las partes, el cual no fue siempre el mismo en el derecho romano. En efecto, en el marco de un profundo estudio sobre el contenido del deber de '*respondere*' del deudor frente al acreedor por el incumplimiento de la obligación contractual a su cargo y de las diversas soluciones acuñadas por los juristas romanos, la moderna doctrina⁵ ha establecido una progresiva ampliación del mencionado deber, inicialmente ligado a la regla de los *veteres* de la *perpetuatio obligationis*, aplicable en relación con obligaciones de *dare* un bien de especie cuando el incumplimiento se debía a un *factum promissoris* calificable como culpa y luego a las "conductas comisivas y directamente causantes de la pérdida de la cosa"⁶ de las que dan fe los formularios catonianos, a lo que sigue el surgimiento de un *praestare*, en el sentido de *stare praes*, ser garante de un determinado modo de ser de la cosa vendida y posteriormente respecto a la existencia de ciertas cualidades de la cosa o a ausencia de vicios en la misma (siglo II a. C.); *praestare* que para mediados del siglo II a. C., no requiere ser pactado, sino que es tutelado con acciones de la jurisdicción pretoria como contenido del *oportere* y que se encuentra atado a la existencia de una conducta por parte del deudor calificable como dolosa, culposa o a un deber de custodia a su cargo.

Cuando resultaba que al deudor no le era imputable la imposibilidad sobrevinida, por lo que la situación no podía ser resuelta dentro del ámbito de la responsabilidad, surgía necesariamente el problema de la repartición de los riesgos, esto es, la necesidad de determinar sobre cuál de las partes debería gravar la pérdida económica derivada de tal imposibilidad.

En aquellos eventos en que la pérdida de la cosa derivaba de una fuerza irresistible y externa, emerge una regla conforme a la cual resulta imposible poner a cargo del deudor no propietario de la cosa su pérdida, regla que encuentra correspondencia con el modelo del deudor propietario de la cosa al momento de su pérdida, quien viene a responder de manera extensa.

Ciertamente, la pérdida de la cosa objeto de una relación contractual que no implique un intercambio definitivo –venta–, cuando no sea imputable a la obra o a la voluntad del hombre, corresponde necesariamente al *dominus*, no en cuanto

4 M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1990, 668.

5 R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*. (II Sec. a. C. – II Sec. a. C.), Milán, 1995.

6 Como se desprende de los formularios catonianos, en consonancia con la *lex Aquilia*, concepción que puede situarse en torno a los siglos III – II a.C.; CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»*, cit., 508.

moralmente *equo*, sino en cuanto coherente con un "orden natural de las cosas" que la *aequitas* impone sobreponer⁷.

Las fuentes dan cuenta de una serie de casos en los que la regla *damnum domini* se pone en evidencia⁸; así por ejemplo:

Es el caso del arrendador que en su calidad de *dominus* del bien arrendado responde ante el arrendatario incluso por caso fortuito que dañe la cosecha, como se desprende de D. 19,2, 15,2, conforme al cual toda fuerza de temporal calamitoso que no pueda resistirse, o terremoto, incursión de enemigos, plagas o sucesos climáticos no acostumbrados, que generen daños al colono habrán de ser soportados por el dueño porque debe dársele el campo al arrendatario de manera que pueda disfrutarlo. Pero si no hubiere acontecido nada contra la costumbre, el daño es del colono.

Así mismo, el caso del transportador de mercancías que se pierden durante el naufragio, D. 19,2,31, las cuales se pierden para su dueño, por lo que habrá de determinarse la modalidad del negocio, la posición del transportador y la del comerciante, sobre todo cuando se trata de cosas de género que bien pueden mezclarse con la de otros propietarios. De suerte que si el transportador se hace dueño de las cosas de género transportadas debe responder incluso del naufragio en su calidad de *dominus* en cuanto deudor propietario.

Es igualmente el caso de la pérdida de la cosa prendada en manos del acreedor prendario como consecuencia de una fuerza mayor, a que alude D. 13,7,30, como quiera que la *vis maior* estará a cargo del deudor en cuanto dueño, siempre que el dueño de la barca prendada hubiese voluntariamente concedido al acreedor que la retuviese sin intervención de magistrado; por el contrario, si la barca fuera retenida por la sola voluntad del acreedor sin intervención del magistrado y sin perfeccionamiento del contrato de prenda por ausencia de consentimiento del deudor, el acreedor prendario responderá incluso de la fuerza mayor, lo cual encuentra justificación en el acto arbitrario que tiene por virtud agravar la situación del acreedor.

En esta misma línea, el evento del contrato de comodato sobre un esclavo, a que se refiere D. 13,6,5,7, cuya muerte corre igualmente a cargo del comodante en cuanto dueño, siempre que esta no esté ligada a culpa del comodatario o a una circunstancia externa a cuyo riesgo expuso el comodatario el bien comodado sin el consentimiento del comodante.

La *ratio* que se encuentra en la base de la regla *damnum domini*, que en ocasiones incluso abarcan eventos de fuerza mayor, por virtud de la cual estos riesgos resultan

7 CARDILLI, *L'obbligazione di «prestare»...*, cit., 428.

8 Debe recordarse que ya desde la época de los formularios de CATÓN la atribución al dueño de los daños no imputables "según criterios de valoración de las conductas en términos de causalidad material y directa, es testimoniada en relación con hipótesis de disponibilidad y de uso de parte del adjudicatario de cosas ajenas". CARDILLI, *L'obbligazione di «prestare»...*, cit., 106.

atribuibles al *praestare* del *dominus*, a través de “una acentuación de la relación de *dominium* que liga al contrayente a la *res* [...] es la valoración del *oportere* en términos de *fides bona*, que viene en estos casos, de un lado a impedir que el contrayente *non-dominus* se haga cargo de ciertos ‘peligros’ y de otro lado a permitir que de ellos se pueda hacer cargo, en cambio el contrayente-*dominus*”⁹, mitigando en esta forma la regla del *periculum emptoris*.

En efecto, la regla *damnum domini* encuentra una salvedad en los contratos de venta, pues en tales contratos la regla del *periculum emptoris* se aplica con mayor o menor rigor en los negocios del siglo II al I a. C.¹⁰. Salvedad que, como veremos, encuentra igualmente sustento en la propia *fides bona*.

B. Superación de la regla *damnum domini* hacia un modelo complejo planteado por Labeón

La concepción que permitió elaborar la regla *damnum domini*, salvo lo relativo al contrato de compraventa al que desde inicios de la época clásica se aplicaba la regla *periculum emptoris*, y que se encuentra presente en la jurisprudencia de QUINTO MUCIO (siglos II al I a. C.), “conforme a la cual corresponde al propietario los daños a la cosa no contenidos en el *dolum et culpam praestare*, es puesta en crisis parcialmente por Servio y más profundamente por Labeón y Próculo [...]—en la concepción de Sabino— el hecho de que el daño no debido a culpa y a dolo corresponda necesariamente al *dominus* no es más normal y natural. De ahí la necesidad de motivar la solución, recurriendo a una nueva concepción del derecho que lleve a una fundamental reconsideración de la entera construcción jurídica romana [...]”¹¹.

LABEÓN, por su parte, propone un modelo de responsabilidad complejo y articulado que trasciende aquel construido sobre los conceptos de *dolo*, *culpa*, *casus* (D. 50,17,23) y supera igualmente el modelo propuesto por SERVIO¹² para el deudor

9 Ibid., 311.

10 Ibid., 511-512.

11 Ibid., 427- 428.

12 Señala CARDILLI que la actividad jurisprudencial de SERVIO SÚLPICIO RUFO y sus auditores evidencia un *praestare* que trasciende los meros criterios de la culpa y del dolo y permiten identificar otros elementos como el *praestare* del deudor – *dominus* o aquél inherente a particulares categorías de deudores, pero con LABEÓN este camino, abierto por SERVIO, no sólo se continúa sino que es profundamente modificado, pues se llega a superar la razón de ser del contenido del *praestare* como única condición de la sujeción a la acción de la contraparte (*actio teneri*). En efecto, según señala el autor, LABEÓN construye un modelo de *praestare* que permite superar el rol central del mismo como único fundamento de la *actio teneri* subsiguiente al incumplimiento, como aparece en el pensamiento de SERVIO. LABEÓN deja en claro que el concepto de *praestare* sólo responde a una parte de las cuestiones atinentes a la *actio teneri* contractual, es decir, que los daños derivados del incumplimiento pueden imputarse a una de las partes como consecuencia no sólo del *praestare* sino también de la ocurrencia de peligros no imputables a título de responsabilidad; con ello LABEÓN separa el *dolum et culpam praestare* del *periculum* sin que ello le impide mantener una perspectiva unitaria del problema a través de la categoría conceptual de la *actio teneri* en la cual

no *dominus*, delimitado por la fuerza irresistible y externa, *vis*, como quiera que en el modelo de LABEÓN resulta posible “imputar a algunos deudores *non domini* una serie de ‘peligros’ que se consideraban a cargo de ellos a través de la interpretación típica de la actividad que se empeñan a desarrollar con la celebración del contrato, o de la modalidad y de los intereses implícitos en la operación económica que se llevan a cabo con el fin de celebrar contratos futuros, y ello independientemente de la conducta de los deudores y del *dominium* de la cosa perdida [...] razonamientos jurídicos que algunas veces invierten, si queremos, la normal relación entre *dominun* y *obligatio* [...] con base en una particular interpretación de la *fides bona*, para aquellas relaciones obligatorias en las cuales la actividad a desarrollar venía, en modo más evidente, a desquiciar las viejas lógicas de conservación de los bienes, imponiendo el encontrar un punto de referencia diverso que fundase las soluciones [...]”¹³.

Varios textos atribuidos a LABEÓN dan testimonio de esta concepción conforme a la cual resulta viable imputar al no *dominus* los daños provenientes de algunos peligros¹⁴:

Nos referimos, por ejemplo, a peligros que se consideran típicos e implícitos en la actividad que las partes se obligan a cumplir en desarrollo del contrato como: el deslizamiento en la construcción del canal que corre a cargo de quien está obligado a construir la obra (D. 19,2,62); la muerte del siervo en el transporte marítimo que está a cargo del transportador como peligro propio de la actividad del transportador, derivado del *oportere ex fide bona* que incorpora a las obligaciones de este una obligación de resultado (D. 14,2,10 pr.); el hurto de los vestidos entregados para lavar y tinturar que debe correr el lavadero (D. 19,2,60,2); así como de peligros implícitos en la iniciativa que se toma con el fin de celebrar un futuro contrato, lo que indica la presencia de un orden de intereses considerado fuente atípica de obligaciones como: la pérdida de las perlas entregadas con el objeto de que sean vendidas o en su defecto reintegradas (D. 19,5,17,1); la pérdida de la plata dejada en custodia de aquel que encargó el arreglo del triclinio (D. 13,6,5,14); la pérdida de las cosas dadas para que con el producto de su venta se recabe un dinero solicitado en mutuo corre a cargo del proponente de la iniciativa negocial (D. 12,1,11 pr.); peligros inherentes a la cosa adquirida que deben esperarse de ordinario que sucedan atendiendo al normal desarrollo de las cosas como la muerte natural del esclavo antes de la tradición (D. 19,1,13,22) o aquel que sufrió daño antes de la entrega a causa de actividades que acostumbra realizar (D. 19,1,54 pr.); daños generados como consecuencia de una conducta si bien no calificable como culposa, si identificable como la causa de los mismos: daño sufrido por el arrendador de una cosa,

entrelaza las dos problemáticas. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit., 427- 428.

13 *Ibid.*, 393-394.

14 Sobre el particular, CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit., 315 ss.

entre cuyas causas se encuentra una conducta del arrendatario no calificable de culposa (D. 19,2,57).

C. El contrato de compraventa y la regla del *periculum emptoris* como excepción al modelo del deudor propietario-destinatario de los riesgos de sus bienes

1. *Del damnun domini al periculum emptoris*

Ciertamente, desde CATÓN¹⁵ "se ha visto como si fuera normal, y de cierta forma 'natural', considerar al *dominus* el sujeto al cual le corresponderían los destinos de la cosa prestada para el uso o arrendada, hecha la salvedad, en materia de compraventa, de la operatividad del *periculum emptoris*"¹⁶.

En efecto, en los formularios catonianos la distribución de los daños no imputables al deudor *domino* permanece a cargo del patrimonio del propietario, lo cual "refleja una concepción ligada a la conservación y a la defensa de las cosas que se poseen"¹⁷, tratándose en cambio de los daños sufridos por la cosa vendida "los formularios contienen cláusulas que regulan su distribución en modo diverso, demostrando como los intereses en conseguir bienes, intereses reflejados en los negocios de intercambio y potenciado en su posible satisfacción precisamente con la compraventa consensual, representaba ya en las ventas de los formularios de subasta de CATÓN [...] un ejemplo de derogación de la regla *damnun domini*, con el fin de poner el daño a cargo del comprador incluso en momentos diversos de la real adquisición de la posesión y del dominio sobre la cosa, y ello seguramente precisamente porque aquello de la transferencia del dominio no es, desde inicios de su aparición, un efecto connatural a la función típica del contrato consensual de compraventa"¹⁸.

Esta concepción que permitió acuñar desde inicios del período clásico la regla *periculum emptoris*, permanecerá vigente por el transcurso del mismo, no obstante los matices que algunos juristas le agregan en razón a las particularidades de los casos examinados, en los que tales circunstancias llegan a justificar la atribución de los riesgos al vendedor, pero que no tienen por virtud invertir la regla en comento.

15 Del siglo II a. C., cuyos formularios de venta y arrendamiento, contenidos en los capítulos 144 a 150, nos fueron legados en su de agricultura.

16 CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit., 427.

17 *Ibid.*, 106.

18 *Ibid.*, 106-107. Sobre este particular M. TALAMANCA señala, en efecto, que conforme lo testimonia un texto de PAULO, D. 1,4,1 pr., el vendedor no es obligado a transferir la propiedad de la cosa, sino simplemente la posesión y a garantizar al adquirente la pacífica y definitiva disponibilidad del bien vendido, mediante la asunción de la responsabilidad por evicción; véase la voz "Vendita in generale (diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto*, XLVI, Milán, Giuffrè, 1993, 378-379. Sobre este particular, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padua, Piccin, 1986, 616-617.

2. La *fides bona* como sustento de la regla *periculum emptoris*

La razón de ser de la regla *periculum est emptoris*, que comporta la anticipación de la obligación de soportar el riesgo por parte del comprador y se erige en límite a las reglas que establecen la bilateralidad, según las diversas opiniones de la doctrina estaría ligada a las particularidades concretas del negocio relativas a la especial cualidad de la cosa vendida, como la naturaleza mortal o perecedera del objeto vendido y en algunos eventos a la naturaleza del contrato¹⁹.

Otros autores se refieren al hecho de que la regla del *periculum est emptoris*, constituye un residuo de una originaria independencia de las dos obligaciones, o de todas maneras de una rudimentaria forma de bilateralidad, al igual que se ha sostenido un probable origen práctico cuya finalidad era el evitar al comerciante extranjero los riesgos de la navegación²⁰.

Atendiendo a una razón substancial puede acudirse a la argumentación que sostiene que el restablecimiento del equilibrio mediante las reglas derivadas de la bilateralidad no era posible en el caso de pérdida de la cosa y, no siendo posible eliminar el daño, resultaba necesario que pesara sobre una de las partes, de ahí que los juristas romanos resolvieran el problema sobre la base de la consideración de que la cosa vendida estaba destinada a ser de propiedad del comprador, de donde resultaba que dicha cosa para efectos del riesgo podía ser considerada como si fuese ya de este²¹.

Argumentación esta última en cuyo trasfondo no se encuentra otra razón diversa a la aplicación del principio de buena fe, como quiera que si los juristas romanos "consideraron la cosa objeto del contrato de compraventa, en lo que se refiere al riesgo de su pérdida o deterioro fortuito, como si fuese ya en propiedad del comprador"²², los deberes de lealtad y consideración de los intereses de la contraparte, aunados a la fuerza vinculante de los compromisos asumidos, reglas que derivan del principio, harían parecer como propio de las relaciones sustentadas en la *fides bona* que los riesgos de la cosa vendida se transfirieran al comprador.

En efecto, si bien la cosa objeto del negocio de venta permanece en posesión del vendedor hasta que se produzca la entrega, el contrato de compraventa se ha perfeccionado con el acuerdo sobre el precio y la cosa, de manera que la regla *periculum emptoris* encuentra justificación precisamente en la naturaleza del vínculo que liga las partes, el cual se expresa en un *oportere ex fide bona*, conforme al cual el comprador desde el mismo momento de la celebración del contrato es el destina-

19 A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Turín, Utet, 1998, 462.

20 G. GROSSO, *Sistema Romano dei contratti*, Turín, Giappichelli, 1963, 212-213.

21 F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Turín, Giappichelli, 1992, 220 ss.

22 GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 221.

tario de la cosa vendida y consecuentemente a quien naturalmente debe afectar su pérdida, cuando esta no se deba a culpa del vendedor²³.

La solidez de la regla *periculum est emptoris* no se desvirtúa por el hecho de que las fuentes nos indiquen la inclinación de algunos juristas por agravar el *praestare* del vendedor ante circunstancias especiales, como veremos en apartes subsiguientes, pues como sostiene la doctrina, la *fides bona* se erige en sustento de la regla en comento por considerar que el *periculum* deba sufrirlo aquel a quien está destinada la cosa, pero dada la ductilidad del principio, es la misma buena fe la que impide, a su vez, que en determinadas circunstancias la buena fe pueda amparar el traslado del riesgo al comprador no *dominus* y por el contrario exige que el mismo permanezca en cabeza del vendedor, lo cual no significa invertir la regla de manera tal que resulte viable hablar de *periculum venditoris* como regla preexistente en derecho clásico a aquella conforme a la cual *periculum est emptoris*²⁴.

3. La controversia *periculum emptoris*-*periculum venditoris*

El asunto de la pérdida de la cosa adquirió gran relevancia en el ámbito del contrato de compraventa, razón por la cual al rededor de este se han suscitado importantes discusiones por parte de la doctrina.

La cuestión acerca de sobre quién recaía el riesgo de pérdida de la cosa debida en la compraventa en época clásica continúa siendo objeto de debate; no obstante que la mayor parte de la doctrina coincide en el hecho de que para el período clásico rigió la regla del *periculum emptoris ante traditionem*, esto es, que una vez perfeccionada la venta el peligro era del comprador incluso antes de la tradición, persisten algunas voces aisladas en el sentido de que los clásicos sostuvieron que en la compraventa antes de la tradición el peligro es del vendedor, *periculum venditoris*²⁵.

Por otra parte, aun entre quienes comparten la vigencia de la regla *periculum emptoris* en el periodo clásico podemos ver hoy posiciones enfrentadas en doctrina

23 En este sentido, CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»*, cit., 302-303, 335, quien remite en la misma línea entre otros a I. MOLINAR, "Periculum emptoris", en *Sodalitas. Scritti Guarino*, 5, 2255; C. A. CANNATA, "Sul problema della responsabilità", en *Iura*, 43- 44, cap. I, §2.

24 CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit., 303, quien resalta que el *periculum emptoris* se aplicaba ya antes de ALFENO VARO, jurista en cuyos textos fundamentalmente se apoya parte de la doctrina para sostener una primigenia prevalencia de la regla *periculum venditoris*. Para el examen de la posición contraria TALAMANCA, voz "Vendita in generale (diritto romano)", cit., 459.

25 Entre los más conocidos por nosotros E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padua, 1960, Cedam, 202-203, quien sostiene que para los clásicos rige la regla "ante traditionem periculum est venditoris", mientras que para los compiladores justinianos, vale el criterio opuesto, esto es, que el riesgo antes de la tradición es para el comprador *periculum emptoris*, lo que a su juicio induce a creer que los juristas posclásicos no adviertan, o lo hagan en menor medida, el nexo entre las dos obligaciones; en el mismo sentido, M. SARGENTI, voz "Rischio contrattuale (diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto*, XL, 1126 ss.

acerca del devenir mismo de la regla, como quiera que para algunos en la originaria configuración del riesgo contractual la pérdida de la cosa se encontraba en cabeza del vendedor por lo que inicialmente en el periodo clásico tuvo lugar la regla del *periculum venditoris* que progresivamente dio paso a la regla *periculum emptoris*²⁶, mientras que parte de la doctrina sostiene que desde el inicio del periodo clásico se encontraba vigente la regla *periculum emptoris*, la cual se mantuvo vigente no obstante los matices que en circunstancias especiales daban lugar a diversas soluciones acuñadas por los juristas romanos, las cuales no obstante no tuvieron la fuerza de invertir la regla *periculum emptoris*²⁷.

En relación con las razones que, según la primera de las corrientes reseñadas, motivaron la originaria configuración del riesgo contractual de pérdida de la cosa en cabeza del vendedor y que dieran lugar a la regla del *periculum venditoris*, se señala que al parecer es probable que la causa de la prevalencia originaria de la regla del *periculum venditoris* sea el hecho de que inicialmente la compraventa no fuera concebida como un negocio unitario sino celebrado en dos momentos diferentes: uno, la compra y otro, la venta; de manera que en este intercambio de la cosa contra el precio este último sólo se justificaba en la medida en que la cosa misma hubiese pasado a la disponibilidad o incluso a la propiedad del comprador²⁸.

En nuestro entender, la concepción conforme a la cual desde el inicio del periodo clásico se encontraba vigente la regla *periculum emptoris*, encuentra una clara coherencia con las fuentes romanas; como en efecto lo ha demostrado la doctrina²⁹ que ha procedido a examinarlas de manera profusa y en una mayor extensión, con atención al pensamiento acuñado por los diversos juristas, dentro de una perspectiva mucho más amplia que indaga por el entero contenido del deber de

26 M. TALAMANCA, voz "Vendita in generale (diritto romano)", cit., 458 ss. Quien sostiene que las fuentes más antiguas de que se disponen muestran una amplia aplicación de la regla del *periculum venditoris*, mientras que el *periculum emptoris* estaba reservado al caso de la venta de esclavos. Concluye esta parte de la doctrina del examen de las fuentes que a la mitad del siglo I a. C. se encuentran pasajes como los de ALFENO VARO que testimonian la sola aplicación de la regla del *periculum venditoris* (D. 18,6,13; D. 18,6,15 pr.-1), mientras que a partir del inicio del siglo II d. C. se pone de relieve la progresiva desaparición de la aplicación de tal regla, proceso que se concluye en época tardo clásica, configuración de la al punto que en las constituciones imperiales de la última época de los Severos en adelante se aplica sin excepciones la regla del *periculum emptoris*, peligro a cargo del comprador (C. 4,82,2 pr.-1). Al efecto se resalta que en época de los Severos prevalece la responsabilidad por custodia como elemento natural del contrato de compraventa, lo que actúa como mecanismo que viene a corregir sensiblemente el eventual desequilibrio entre la posición del vendedor y aquella del comprador respecto a la correlatividad de la prestación, de manera que a una mayor responsabilidad del vendedor que llegaba hasta el grado de la custodia, correspondía el traslado del riesgo de la pérdida de la cosa al comprador.

27 En esta línea R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit.

28 M. TALAMANCA, voz "Vendita in generale (diritto romano)", cit., 459.

29 Nos referimos al detallado estudio del profesor R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, tantas veces citado.

"responder" del deudor frente al acreedor por el incumplimiento de la obligación contractual a su cargo, la cual nos invita a una reflexión más compleja que se separe de un concepto de evolución lineal de la aplicación de la regla, razón por la que la acogemos como interpretación válida en el curso del presente escrito.

Examinemos en consecuencia algunos pasajes que atribuyen al vendedor los daños por pérdida de la cosa vendida, los cuales han sido presentados por parte de la doctrina para negar el carácter de clásica de la regla *periculum est emptoris* o relegar su vigencia a un período más avanzado de la época clásica, pasajes que no obstante vistos a la luz de una interpretación integral, que siga el hilo conductor de la incidencia que los principios de buena fe y equidad tuvieron en la configuración de la regla, así como las particularidades del caso, nos permiten señalar que ellos no tienen la fuerza de desvirtuar el carácter clásico de la regla *periculum est emptoris*:

Es el caso del pasaje de ALFENO contenido en D. 18,6,12-14, relativo a los lechos vendidos que siendo dejados sobre la vía pública son destruidos por orden del edil para eliminar los obstáculos que ellos representan para el tránsito de los ciudadanos. La solución propuesta por el jurista parece encontrar sus razones en el reconocimiento de una conducta reprobable del vendedor, en una aplicación del *custodiam praestare* a cargo del vendedor o en el hecho de que sea vista como una circunstancia de agravación de la regla de *culpam praestare*, que en todo caso viene a atenuar la regla del *periculum emptoris*, como quiera que el concepto de *periculum*, como lo reflejan los textos de QUINTO MUCIO, pueden abarcar, a diferencia del concepto moderno de riesgo, todo tipo de daño debido a la culpa del contrayente, al hurto o a la fuerza mayor³⁰. En efecto, sostiene la doctrina que el "texto requiere una doble interpretación dirigida a entender la palabra *periculum* en el sentido atécnico de responsabilidad por custodia, o en el sentido de contravención al reglamento del edil"³¹, de manera que en cualquiera de los dos casos estamos en el ámbito de la responsabilidad y no en el del riesgo de la cosa, por lo que no puede hablarse de una inversión de la regla del *periculum emptoris*.

El relativo a la pérdida como consecuencia de un hurto de las cosas vendidas: D. 18,6,15³², este pasaje no puede ser estimado como un evento de *periculum venditoris* sino como una aplicación de la responsabilidad del vendedor, en cuanto es considerado "la prueba más antigua de una responsabilidad por custodia [...] que el

30 CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit., 295-299. En sentido contrario, M. TALAMANCA, voz "Vendita in generale (diritto romano)", cit., 452, para quien en el pasaje en comento se afirma claramente "el principio del *periculum venditoris*", como quiera que no se trata de una venta de géneros, ni de un contrato de suministro de lechos, ni de un problema de responsabilidad, ya que no se distingue entre comportamiento legítimo o ilegítimo del edil, ni viene especificado el uso diferente del término *periculum*.

31 BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padua, 1960, Cedam, 411.

32 D. 18,6, 15,1 (PAULO, *Digesto de Alfeno compendiado*, libro III, §1): "Si por hurto hubiesen desaparecido materiales comprados, después que hubiesen sido entregados, respondió que el riesgo era del comprador, y si no, del vendedor; pero que se consideran entregadas las vigas, que el comprador hubiese señalado".

jurista no hable de *custodiam praestare*, entonces, confirmaría la impresión de que en este período el significado de *custodire*, al cual remite el concepto de *custodia* cuando está ligado al de *praestare*, no fuese todavía aquél de vigilancia idónea para evitar el hurto. Alfeno, del mismo modo que en el caso de la destrucción de los lechos por orden del edil, no hace por demás de este aspecto, el criterio de imputación de la pérdida del vendedor, sino que deduce una agravación de su *praestare*, derogando la regla del *periculum emptoris*³³.

D. 19,1,50³⁴, pasaje en el cual, por una parte, se pone en evidencia la exigencia de reciprocidad propia del sinalagma funcional, en cuanto al vendedor no le es exigible la entrega de la cosa vendida en el evento en que el comprador haya sido relevado de su deber de pagar el precio como consecuencia de un beneficio legal y, por otra, en cambio, habiendo el vendedor entregado la posesión del bien, la pérdida de la cosa como consecuencia de la no exigibilidad del precio por el aludido beneficio legal debe correr a cargo del vendedor, lo que pone el riesgo en cabeza de este último.

Al respecto, ha sostenido la doctrina que el citado pasaje de Labeón³⁵, expresa "una correspondencia de la regla extraída del sinalagma con la equidad, a la luz del criterio de la buena fe [...] la liberación gracias a un *beneficium legis* es un efecto jurídico al cual en principio (en ausencia de una específica razón contraria), puede ponerse remedio con otro efecto jurídico; por el contrario, la pérdida de la cosa

33 CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit., 300-301. En oposición a esta postura véase M. TALAMANCA, voz "Vendita in generale (diritto romano)", cit., 453, quien sostiene que no hay espacio para la interpretación conforme a la cual con *periculum* el jurista se quisiera referir a la responsabilidad por custodia del vendedor, como quiera que dicho término es utilizado igualmente para las dos partes.

34 D. 19,1,50 (Labeón, *Obras póstumas compendiadas por Javoleno*, libro IV): "No consiente la buena fe, que cuando por beneficio de alguna ley el comprador hubiese dejado de deber el dinero de la cosa vendida, antes que se le entregue la cosa, fuera compelido el vendedor a entregársela, y careciese de su propia cosa; pero entregada la posesión, ha de suceder, que igualmente perdería el vendedor la cosa, como cuando al que demande la cosa oponga el comprador la excepción de cosa vendida y entregada, para que se considere lo mismo que si el demandante no se la hubiese vendido, ni entregado".

35 Sobre este texto véase F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 160 ss.; M. TALAMANCA, "Lex ed interpretatio in Lab. 4 post a lav. epit. D. 19.1.50", en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana all'esperienze moderne*, II, Nápoles, 1997, Jovene, 353 ss., quien por demás relaciona una amplia bibliografía sobre el particular; M. TALAMANCA, voz "Vendita in generale (diritto romano)", cit., 455, nt. 1575; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turín, Giappichelli, 1963, 203 ss.; L. VACCA, *Buona fede e sinalagma contrattuale en: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale in onore di Alberto Burdese*, 4, Padua, 2003, Cedam, 331- 351; para una visión reciente de la materia, que por demás recoge el estado actual de la doctrina, CARDILLI, *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti: diritto romano e América Latina*, en esta revista, 13, 2002, 161 ss., incorporado a las actas del Congreso Internacional de Estudios en honor de Alberto Burdese: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, Padua, 2003, Cedam, 283 ss., además del reciente estudio publicado como tercer volumen de la colección *Studi su origine ed actualita del sistema romano*, bajo el título: «Bona fides» tra storia e sistema; Turín, Giappichelli, 2004, 105.

es un efecto natural al cual el derecho no puede poner remedio: aquél puede solamente establecer, con criterios adecuados, sobre cuál de las partes es más oportuno hacer recaer las consecuencias. Para la hipótesis *ante traditionem* LABEÓN restablece el equilibrio entre las partes sobre la base de la sinalagmaticidad valorada según buena fe³⁶.

Para el evento de que el beneficio surgiera después de la tradición la verdadera razón de la solución dada por LABEÓN según entiende la doctrina residiría más bien en una exigencia de política legislativa y, en consecuencia, *aeque* tendría el valor de motivación de tal elección y representaría la "equidad" de la decisión contra el vendedor, "fundada en definitiva en el hecho de que el jurista no lograba encontrar un medio judicial para tutelarlos, el cual iría en contra de todo aquello que sabemos sobre las relaciones entre las decisiones adoptadas y las consideraciones de carácter político legislativo, a las cuales, diversas en cada caso, los jurisprudentes se referían evocando la *aequum esse* y la *aequitas* [...]"³⁷. Razón por la cual las particulares circunstancias del caso en el que exigir la restitución de la cosa equivaldría a un claro enfrentamiento con la autoridad, justificarían una decisión diversa, que no obstante no puede ser vista como una inversión de la regla del *periculum emptoris*.

D. 19,1,54 pr. relativo al caso del esclavo vendido que en el interregno entre el perfeccionamiento de la venta y la entrega se rompe una pierna como consecuencia de seguir una orden del vendedor. Diversas son las hipótesis planteadas en el pasaje; por un lado, si la orden del vendedor se encuentra dentro del giro de cosas que habitualmente el esclavo realizaba antes de la venta, aunque fueren peligrosas, o ya se tratase de una orden que por ser indispensable hubiera de todas formas dado aunque no hubiera sido vendido el esclavo, casos en los cuales el jurista estima que ninguna responsabilidad le cabe al vendedor por el daño sufrido; como tampoco sería exigible responsabilidad alguna si el daño se produjo como consecuencia de mandar alguna cosa nueva en beneficio del comprador como ordenarle, por ejemplo, que fuese adonde se hallase el comprador.

En otras hipótesis relativas a un uso que el vendedor haga del esclavo, no cobijadas por las anteriores, como el mandar al esclavo a realizar una cosa peligrosa que no solía hacer o que no hubiere mandado de no haber sido vendido, o una cosa nueva no dirigida al provecho del comprador, el daño sufrido por el esclavo debe correr a cargo del vendedor, pero no a título de *periculum*, sino por estar comprendido en el *praestare* propio de la obligación adquirida, como quiera que su conducta iría en contravía de la *fides bona* que no tolera comportamientos desleales o incorrectos de una de las partes en la negociación, o que evidencien una falta de

36 GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 217, nt. 148, 220- 221, en donde hace tal acotación con referencia a la presencia de *aeque* en la segunda frase del pasaje en comento, señalando que la citada expresión no tiene el significado de igualmente, sino de equitativamente o correctamente.

37 TALAMANCA, *Lex ed interpretatio in Lab*, cit., 367.

consideración con los intereses de la contraparte. Como lo sería indudablemente el aprovecharse de que el esclavo está ya destinado al patrimonio del comprador para exponerlo a peligros a los que no hubiera estado sujeto si aquél estuviera reservado a permanecer en el patrimonio de su dueño.

De manera que no podría aducirse la *fides bona* como justificación para que el *periculum* se radique en cabeza del comprador por estar perfeccionada la venta y destinado el esclavo a su patrimonio, cuando quiera que la conducta del vendedor fuera contraria a los mandatos del principio.

D. 18,6,16³⁸ en el caso del comprador de un esclavo que lo recibe en arrendamiento antes de pagar el precio, los riesgos de la pérdida se atribuyen al comprador, a quien en últimas está destinada la cosa, pero únicamente en cuanto tal pérdida no hubiere acaecido por dolo del vendedor, pues en este evento resulta contrario a la buena fe trasladar el riesgo al comprador, como quiera que el evento dañoso proviene de un acto no compatible con una conducta conforme a *fides bona*, esto es, el dolo.

En D. 18,1,78,3³⁹ el vendedor por pacto expreso se hace cargo del riesgo de la pérdida de la cosecha que se vende antes de la recolección; no se trata ni siquiera de una inversión de la regla del *periculum emptoris* por vía de acuerdo contractual, sino de una limitación de ella en cuanto el vendedor se obliga a responder por una fuerza mayor: la tempestad; pero aquello que no obedezca a dicho evento y que por el contrario corresponda a un riesgo normal en el comportamiento de la cosa vendida corre por cuenta del comprador, pues "el vendedor empeñándose expresamente a un *vim aut tempestatem praestare* no se obliga por ello mismo a garantizar y a responder de todo tipo de daño a la cosecha, es decir, el pacto no elimina la operatividad del *periculum emptoris*, si bien esta última sea redimensionada al tenor de la cláusula"⁴⁰.

Como puede observarse, los pasajes reseñados no pueden ser considerados fundamento de una originaria regla según la cual el peligro corresponda al vendedor, como quiera que se trata de casos que evidencian la sujeción a la acción de la contraparte como consecuencia de una responsabilidad por custodia o una agravación del *praestare*, bien por estar comprendido en el *praestare* propio de la obligación adquirida, por ir en contravía de la *fides bona* el traslado del riesgo al

38 D. 18,6,16 (JAVOLENO, *Doctrina de Cassio*, libro VII): "El comprador de un esclavo, si rogó que se le diera en arrendamiento hasta que pagara el precio, no podrá adquirir nada por medio de este esclavo, porque no se considera entregado aquel cuya posesión se retiene por el vendedor por causa de arrendamiento. El riesgo de este esclavo corresponde al comprador, pero sólo el que hubiere mediado sin dolo del vendedor".

39 D. 18,1,78,3 (LABEÓN, *Obras póstumas compendiadas por Javoleno*, libro IV): "Al vender el trigo que estaba en la planta, dijiste que si algo hubiese sucedido por fuerza o temporal, tú lo pagarás; las nieves estropearon el trigo; si fueron demasiadas y contra lo ordinario de la estación, podrá ejercitarse contra ti la acción de compra".

40 CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit., 333.

comprador, por resultar imposible adoptar una conducta de claro enfrentamiento con la autoridad, o por tratarse de una inversión o imitación de la regla del *periculum emptoris* por vía de acuerdo contractual, todo lo cual, no obstante, y sin perjuicio de pronunciamientos aislados, no puede ser visto como una inversión de la regla del *periculum emptoris*.

4. Aplicaciones del *periculum emptoris*

En los formularios de subasta de CATÓN encontramos varios ejemplos de utilización de la regla *periculum emptoris* respecto de los daños sufridos por la cosa comprada que no fueran imputables a la conducta de las partes, así: tratándose de la venta del vino y del aceite todavía en estado de pendencia, los peligros de una considerable diferencia entre el precio pagado y la efectiva cantidad de producto consiguientemente obtenido recaen sobre el adquirente adjudicatario, como quiera que los formularios no prevén cláusulas dirigidas a establecer una proporción entre las contraprestaciones de acuerdo con la efectiva cantidad de aceite o vino producido⁴¹; en el caso de la venta del vino los riesgos de que este se enmohezca o avinagre corren a cargo del comprador a partir de la mera degustación, es decir, cuando aún no se ha entrado en posesión del vino y por ende no se ha producido su transferencia; en el caso de la venta del parto de una oveja, los formularios distinguen los peligros derivados de la muerte en el nacimiento, los cuales corresponden al dueño del borrego, quien no podrá exigir el pago respectivo, y el peligro de la muerte sucesiva, el cual no libera al adjudicatario de su obligación de pagar el precio⁴².

Posteriormente, en un texto atribuido a ALFENO VARO, D. 18,6,11⁴³, se observa otra aplicación de la regla en materia de compraventa de inmuebles como quiera que se señala que si el vendedor de una casa hubiese puesto en la custodia de ella aquella diligencia que deben poner los hombres cuidadosos y diligentes y no obstante hubiese sucedido alguna cosa, nada le incumbirá a él, de manera que el riesgo de la pérdida corre a cargo del comprador.

Por otra parte, constituyen claras aplicaciones de la regla *periculum emptoris* varios pasaje de LABEÓN: D. 19,1,13,22⁴⁴, en el que se establece que por vía de la

41 Cláusula 2.^a del formulario del capítulo 146.

42 Sobre el particular, CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»...*, cit., 107-108.

43 D. 18,6,11 (ALFENO VARO, *Digesto*, libro II): "Si se hubiese quemado una casa vendida, no pudiéndose producir el incendio sin culpa, ¿qué derecho habrá? Respondió, que puesto que puede producirse sin culpa de un padre de familia, ni aunque se hubiese producido por negligencia de los esclavos, será desde luego culpable el dueño; por lo cual, si el vendedor hubiese puesto en la custodia de la casa aquella diligencia que deben poner los hombres cuidadosos y diligentes si hubiese sucedido alguna cosa, nada le incumbirá a él".

44 D. 19,1,13,22 (ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro XXXII): "Además de esto, ejercitando la acción de venta conseguirá también los gastos que se hicieron en la cosa vendida, por ejemplo, si se gastó algo en los edificios vendidos; porque escriben Labeón y Trebacio,

acción derivada del contrato resultaba posible recabar los gastos realizados por el vendedor en la cosa vendida y particularmente los gastos del funeral del esclavo, lo cual pone en evidencia la vigencia de la regla *periculum emptoris est*, dado que sólo el hecho de que el esclavo se encuentre a riesgo del comprador justifica el resarcimiento de los gastos que el vendedor efectúe para sufragar su funeral, ello siempre y cuando el esclavo hubiese fallecido sin culpa del deudor, pues en tal circunstancia el comportamiento culposo del vendedor hace que la pérdida del esclavo se quede en el ámbito de la responsabilidad y no trascienda al del *periculum*.

En el mismo sentido el pasaje de LABEÓN contenido en D. 19,1,54 pr., precedentemente comentado, en el que señala que el daño físico al esclavo vendido sucedido como consecuencia del cumplimiento de una orden del vendedor, en el intervalo entre el perfeccionamiento de la venta y la entrega de aquel, corre a cargo del comprador siempre que la orden del vendedor se encuentre dentro del giro de cosas que habitualmente el esclavo realizaba antes de la venta, aunque fueren peligrosas, o se tratase de una orden que por ser indispensable hubiera de todas formas dado aunque no hubiera sido vendido el esclavo, o si el daño se produjo como consecuencia de mandarle alguna cosa nueva en beneficio del comprador como ordenarle, por ejemplo, que fuese adonde se hallase el comprador.

La regla *periculum emptoris* encuentra expresa consagración así mismo en el texto de JULIANO D. 18,5,5,2⁴⁵ en el que ante la muerte del esclavo el vendedor quedaría libre, y el esclavo perecería para el comprador tal como si hubiese sido entregado por el vendedor (sobre este tipo particular de riesgo: D. 18,4,21⁴⁶; D. 18,1,34,6⁴⁷); al igual que en un pasaje de POMPONIO, D. 23,3,15⁴⁸, en el que se

que hay por este motivo la acción de venta; y lo mismo también si antes de la entrega se gastó algo en la curación de un esclavo enfermo, o en la enseñanza del mismo, que era verosímil que también el comprador quería que se costease. Labeón dice además esto, que también si se hubiera gastado algo en el entierro del esclavo fallecido, debe obtenerlo con la acción de venta, si hubiere fallecido sin culpa del vendedor".

- 45 D. 18,5,5,2 (JULIANO, *Digesto*, libro XV): "Pero muerto el esclavo, se ha de considerar la venta lo mismo que si hubiese 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".
- 46 D. 18,4, 21 (PAULO, *Cuestiones*, libro XVI): "[...] Si pues hubiere vendido un esclavo, y éste hubiere fallecido, ¿debería el precio del mismo - porque no lo debería el promotor de Estico, si lo hubiese vendido, muerto éste, si no hubiese procedido con morosidad ? [...]".
- 47 D. 18,1, 34,6 (PAULO, *Comentarios al Edicto*, libro XXXIII, § 6): "Si la compra se hubiere hecho de este modo: 'tengo por comprado a Estico, o a Pánfilo', está en la facultad del vendedor dar el que quiera, como en las estipulaciones. Pero muerto uno, se ha de dar el que queda, y por lo tanto, el riesgo del primero respecta al vendedor, y el del último al comprador; mas también si murieron al mismo a tiempo se deber el precio, porque uno vivió ciertamente a riesgo del comprador. Lo mismo se ha de decir, aunque haya estado al arbitrio del comprador tener el que quisiera, si a su arbitrio se hubiera dejado solamente esto, que tuviese por comprado el que hubiese querido, no también esto, si tendría por comprado".
- 48 D. 23,3,15 (POMPONIO, *Comentarios a Sabino*, libro XIV): "Pero si en ella no hubiese consisti-

dice, refiriéndose a la entrega de una dote, que lo que sobreviene está a riesgo del comprador.

PAULO, por su parte, en D. 18,6,8 pr.⁴⁹, ata la atribución del riesgo a la determinación del momento en que se haya perfeccionado la compra; pues, perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador y, en D. 18,6,7 pr.⁵⁰, hace derivar la regla *periculum emptoris* de la aplicación de la regla *commodum-incommodum*.

Sobre la regla *periculum emptoris* también se pronuncia ULPIANO en D. 43,24,11,12⁵¹, quien expresamente establece que inmediatamente después de contratada la venta el riesgo le corresponde al comprador, y en D. 18,6,1 pr.⁵², en donde respecto de los vicios de la cosa vendida surgidos antes de la entrega atribuye el daño al

do, percibe el precio lo mismo que si hubiese hecho la entrega, porque lo que sobreviene está a riesgo del comprador".

- 49 D. 18,6,8 pr. (PAULO, *Comentarios a Sabino*, libro V; *Comentarios al Edicto*, libro XXXIII): "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 que 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. Más 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".
- 50 D. 18,6,7 pr. (PAULO, *Comentarios a Sabino*, libro V): "Lo que después de la compra acreció al fundo por aluvión, o perció, 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 consiguiente debe ser de él el beneficio".
- 51 D. 43,24,11,12 (ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro LXXI): "Yo opinaría que si después de haberse hecho la adjudicación a término hubiera sido entregado en precario el fundo, tiene el comprador el interdicto de lo que se hizo violenta o clandestinamente. Mas si no se hizo todavía la entrega, o también si se hizo el ruego del precario, no creo que se deba dudar que el vendedor tenga el interdicto; porque le debe competir aunque la cosa este a riesgo suyo. Y no importa mucho que la cosa esté a riesgo de comprador; porque aunque inmediatamente después de contratada la venta el riesgo le corresponde al comprador, esto no obstante, antes que se haya hecho entrega alguna nadie dijo que le compete el interdicto".
- 52 D. 18,6,1 pr.-1 (ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, libro XXVIII): "Si se hubiere avinagrado el vino vendido, o hubiere adquirido algún otro vicio, el daño será del comprador, a la manera que si se hubiese derramado el vino, o por haberse roto las vasijas, o por alguna otra causa. Pero si el vendedor se substituyó para el riesgo, soportar á el riesgo el tiempo por el que se substituyó; pero si no designó tiempo, debe soportar el riesgo solamente hasta que se pruebe el vino, esto es, cual si del todo se vendiera entonces, cuando hubiere sido probado. Así, pues, o se convino hasta cuándo soportará el riesgo del vino, y sólo hasta entonces lo soportará, o no se convino, y lo soportará hasta la prueba. Mas si aún no se probaron, pero se señalaron por el comprador las vasijas o las tinajas, consiguientemente diremos, que aun así el riesgo es del vendedor, si no se convino otra cosa".

comprador, salvo que se hubiere pactado en contrario, caso en el cual el vendedor responderá por el riesgo hasta la fecha convenida y en defecto de señalamiento del plazo solamente hasta la prueba.

Así mismo, MODESTINO, en D. 18,1, 62,2⁵³, señala que el riesgo de la cosa comprada corresponde al comprador aun cuando no haya sido entregada, siempre que el vendedor no haya actuado con dolo.

En estos pasajes se pone de relieve cómo los juristas romanos toman en cuenta en la determinación del riesgo contractual la incidencia del particular orden de intereses de las partes, el tipo de negocio, la naturaleza del bien objeto de este y su influencia sobre el ámbito patrimonial.

Debe resaltarse que ya para las constituciones imperiales no aparecen más huellas de la utilización del *periculum venditoris*⁵⁴. En efecto, en las instituciones imperiales resulta oficialmente acogida la regla del *periculum emptoris*, dentro de una unidad sistemática que los romanos advirtieron fundada en la relación existente entre *commodum e incommodum* y en el funcionamiento de la responsabilidad por custodia.

En efecto, así se desprende de D. 50,17,10 (PAULO, *Comentarios a Sabino*, libro III): "Es conforme a naturaleza, que las comodidades de cualquiera cosa correspondan al que le correspondieren las incomodidades".

Esta regla es recogida en I. Just. 3,23,3, un pasaje en el que se sintetizan los elementos que participan en el establecimiento de los riesgos de la cosa, al subsumir las reglas que conforman la atribución de dicho riesgo, pues por una parte se diferencia riesgo de responsabilidad, como quiera que mientras lo eventos dañosos derivados de dolo, culpa o custodia permanecen a cargo del vendedor, los riesgos de la cosa vendida se ponen en cabeza del comprador consagrando así la regla del *periculum emptoris* y a su vez se contempla la aplicación de la regla *commodum-incommodum*, veamos:

En primer lugar establece expresamente la regla conforme a la cual el riesgo de la cosa vendida pertenece desde luego al comprador, aunque todavía no se le haya entregado la cosa, por lo que 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 culpa de su parte; criterio que se fundamenta en la aplicación de la regla *commodum e incommodum*, según la cual a aquel a quien corresponde el beneficio deben corresponder las incomodidades⁵⁵,

53 D. 18,1, 62,2 (MODESTINO, *Reglas*, libro V): "La cosa comprada en junto, si no se hubiera procedido con dolo del vendedor, corresponderá al riesgo del comprador, aunque la cosa no haya sido entregada".

54 TALAMANCA, voz "Vendita in generale (diritto romano)", cit., 458, nt. 1603.

55 En el texto en cita se dice que "el beneficio debe ser también de aquel de quien es el riesgo", al respecto E. BETTI pone de presente que la relación *commodum-incommodum* del derecho clásico, fue trocada en la compilación justiniana por *commodum-periculum*, ver BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, Giuffrè, 1953, 203, nt. 47.

pues, según el texto, si también después de la compra se ha agregado algo a la cosa vendida, pertenece al provecho del comprador.

Por otra parte, el citado pasaje alude al hecho de que deberá tenerse en cuenta el elemento de la custodia, pues si el vendedor se encargó de la custodia de la cosa hasta el momento de la entrega, la pérdida por hurto va a su riesgo, y si no se hubiere encargado, está al seguro.

Y por último, aclara los efectos meramente obligatorios del contrato de compraventa en cuanto señala que el que todavía no ha entregado la cosa al comprador, es todavía su dueño, este último aspecto considerado residuo de la concepción clásica de la compraventa obligatoria que ya no coincide con la compraventa posclásica de tinte claramente traslativo.

Una construcción de tal naturaleza hacía aparecer como "absolutamente coherente", dentro de la lógica del *dominus*, la aplicación de la regla del *periculum emptoris*: pues estábamos en un estadio en el que, en primer lugar, a la compraventa se le otorgaban efectos traslativos, por lo que la propiedad se trasladaba a manos del comprador por el sólo acto de la venta sin que fuere necesario que mediara la tradición, por lo que el comprador debía como dueño proveer a la seguridad de la cosa y en consecuencia soportar los riesgos de la cosa "casum sentit Dominus"; ello encontraba sustento en la regla *commodum e incommodum*, pues eran para el comprador los beneficios de las mejoras y los incrementos de la cosa, al igual que la obligación de custodia se consideraba un elemento de la naturaleza del contrato y por ende pesaba sobre el vendedor, de manera que de aplicarse dicha regla según la cual el beneficio debe ser también de aquel de quien es el riesgo, indudablemente resultaba coherente un sistema en el que la pérdida de la cosa, por causa no imputable al vendedor, debiera pesar sobre el comprador.

5. La emptio venditio obligatoria del período clásico

Tratándose del punto del carácter traslativo o no de la compraventa debe resaltarse que en el período clásico la compraventa no poseía un carácter traslativo.

Desde el mismo período clásico la concepción obligatoria de la compraventa se enfrentaba con aquella concepción de la compraventa griega que imperaba en las provincias y conforme a la cual la venta se configuraba como un negocio traslativo cuyo momento esencial era el pago del precio⁵⁶. Este fenómeno se hizo mayormente evidente sobre todo después de la Constitución Antoniana (año 212), con base en la cual se concedió a los habitantes del imperio la ciudadanía romana, lo que suponía, al menos en teoría, la aplicación del derecho romano. Fue

56 En este contexto se explica la insistencia de GAYO en *Inst.* 3,19 en resaltar que el pago del precio era irrelevante en relación con la figura de la *emptio venditio* consensual propia del derecho romano, sobre el particular véase TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 583.

incluso hasta DIOCLECIANO cuando se defendió la aplicación del sistema clásico de la compraventa meramente obligatoria y la exigencia de la tradición para producir el efecto traslativo.

En el principado subsistían los ordenamientos griegos y helenísticos y con ellos el modelo griego de la compraventa encontraba aplicación no sólo a los peregrinos, sino en algunos casos a los nuevos ciudadanos y a aquellos romanos.

Paulatinamente entran a formar parte de la categoría de la *venditio* distintas figuras: "la *emptio venditio* consensual del derecho clásico, con efectos exclusivamente obligatorios, la venta con arras [...]; la venta traslativa, el contrato escrito que posee exclusivamente efectos reales –lo que hace que– tanto en el microsistema de las instituciones, como en el macrosistema de la compilación no sea fácil determinar las relaciones entre estas diversas figuras"⁵⁷.

D. La asignación de los riesgos a cargo de una de las partes del contrato constituye una ruptura excepcional de la regla de reciprocidad del sinalagma funcional

La reciprocidad e interdependencia de las obligaciones sinalagmáticas derivan del hecho de que las obligaciones asumidas por cada una de las partes constituye la causa de aquellas asumidas por la otra; no obstante, tal característica debía ser conciliada con las exigencias propias del sistema procesal y con otras de carácter económico o de equidad, por lo que no puede afirmarse la prevalencia absoluta de un criterio de interdependencia⁵⁸.

Igualmente, las reglas que aluden a la reciprocidad e interdependencia están sujetas a adecuaciones derivadas de la exclusión de la contemporaneidad de las respectivas prestaciones⁵⁹, a límites (como la compensación, la novación o el derecho de retención), a excepciones⁶⁰ que como en el caso del *periculum* en la compraventa poseen una particular importancia; todo lo cual, no obstante, no desvirtúa la eficacia substancial de la bilateralidad en el derecho romano, sino que resalta una vez más "la elasticidad que los romanos conservan de manera espontánea en el vivo proceso histórico de su pensamiento jurídico"⁶¹, de manera que la presencia del riesgo "marca un límite a la elaboración y a la explicación de

57 TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 584.

58 V. ARANCIO-RUIZ, *La compraventa in diritto Romano*, II, Nápoles, Jovene, 1990, 215.

59 Lo cual tiene lugar bien por la propia naturaleza del negocio, como en el caso del mandato en donde transcurre un lapso entre la obligación de ejecución del mandato y las eventuales obligaciones a cargo del mandante, o bien como consecuencia de la celebración de pactos mediante los que se distancia la contemporaneidad de las respectivas obligaciones. Cf. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turín, Giappichelli, 1963, 223.

60 Gai. 4,126; D. 44,4,5,4; D. 19,1,13,8; J. 1,21 pr.; D. 19,1,13,29; D. 26,8,5,1; D. 18,5,7,19; D. 12,1,31,1; D. 21,1,57 pr., entre otros casos.

61 GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 224.

aquellos que pueden considerarse los principios generales que se extraen de la bilateralidad⁶², por lo que resulta "conforme a la buena fe que el nexos sinalagmático encuentre reconocimiento, hasta donde ello sea consentido por la coexistencia de otros principios jurídicos"⁶³.

II. EL PROBLEMA DE LOS RIESGOS DE LA COSA EN EL DERECHO MODERNO

A. El Código napoleónico adoptó los efectos traslativos o reales de la compraventa y a su vez aplicó la regla *res perit creditori*

En el antiguo derecho francés resultaban usuales las prácticas de la *traditio per cartam* y de la *constituto posesorio* que conlleva un procedimiento propio de la época bizantina, que estaba destinado a descartar la verdadera tradición, pues en los eventos en que el enajenante conservara la cosa objeto de la venta a título de arrendamiento o de usufructo, se entendía que no era necesaria tradición alguna, pues el adquirente ha tomado posesión por virtud de los actos materiales del enajenante que posee por él. La tradición, entendida como ese desposeimiento del enajenante y toma de posesión por parte del adquirente, fue paulatinamente reemplazada por una especie de "tradición simbólica" representada en la entrega de las llaves, de los títulos de propiedad o de cualquier cosa que representara el ejercicio de potestad sobre la cosa y posteriormente por una afirmación mendaz contenida en las escrituras, conforme a la cual se hacía constar que ya había tenido lugar la tradición, o que estaba en curso un *constitutum possessorio*⁶⁴.

La inutilidad de tales cláusulas era puesta en evidencia por los juristas de la época como DOMAT, LOYSEL y LAURIÈRE quienes afirmaron que "entre nosotros desde el instante en que es perfecta la compraventa, el dominio de la cosa vendida se transmite sin tradición", lo que aunado al soporte teórico⁶⁵ que a la tesis brindó la escuela del derecho natural en cabeza de PUFFENDORFF y GROCCIO, terminó por relegar voces como la de POTHIER que se apegaban a la tradición romana clásica de la compraventa con meros efectos obligatorios⁶⁶. Este era entonces el clima que reinaba en el período previo a la redacción del Código Civil francés, en el que terminó plasmado el pensamiento dominante de la época así:

Por una parte, el artículo 711 le otorga a la convención de las partes la categoría de modo de adquirir la propiedad, al lado de la sucesión intestada, del

62 *Ibid.*, 213.

63 GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 219. En el mismo sentido, CARDILLI, *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti*, cit., 163.

64 H. L. y J. MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, trad. de L. ALCALÁ-ZAMORA, IV (*Derechos reales principales: el derecho de propiedad y sus desmembraciones*), Buenos Aires, EJEA, 1960, 326-327.

65 Para la que la naturaleza abstracta del derecho de propiedad lo diferenciaba de la cosa misma y hacía innecesaria la tradición para la constitución del derecho.

66 H. L. y J. MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, cit., 326-328.

testamento, de la prescripción, de la accesión, a la vez que agrega expresamente que: "la propiedad de los bienes se adquiere y se trasmite [...] por efecto de las obligaciones".

Por su parte, el artículo 1538 dispone que la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio.

En palabras de los hermanos MAZEAUD⁶⁷, el sistema adoptado por los redactores del Código Civil es el siguiente: "Por el exclusivo cambio de los consentimientos se transmite la propiedad. Por lo tanto el adquirente no es ya acreedor de la transmisión de la propiedad: ya es propietario. Pero si el contrato no hace ya que surja la obligación de transmitir la propiedad, de transmitir la *traditio*, crea siempre con cargo al enajenante, la obligación de entrega. Confundidas antaño, la obligación de transmitir la propiedad y la obligación de entrega, se han separado así; tan sólo subsiste la segunda: por propietario de la cosa, el adquirente es acreedor de la entrega".

Sin embargo, la doctrina reciente sospecha que una aseveración tan rotunda de aplicación generalizada de la regla que hace al comprador propietario por la sola voluntad del enajenante, sin que medie la tradición, no parece surgir de manera evidente del contexto normativo⁶⁸. Tales reflexiones se fundan en la extrañeza que causa el hecho de que una regla de tan amplio espectro como la contenida en el artículo 711 según la cual "la propiedad de los bienes se adquiere y se trasmite [...] por efecto de las obligaciones", deba ser repetida en materia de compraventa, artículo 1583 y en materia de donaciones, artículo 938, repetición que se omite en cambio en tratándose de las relaciones entre mandante y mandatario, así como en el caso de la prenda, frente a los cuales rige en cambio la regla anticonsensualista según la cual la convención hace de título y la tradición constituye el modo: artículo 2076, lo que lleva a cuestionarse cuál es la verdadera regla general que rige la materia⁶⁹.

Por otra parte, el artículo 1138 del Código Civil francés, refiriéndose a la obligación de entregar, dispone que la obligación de entregar la cosa es perfecta por el sólo consentimiento de las partes contratantes. Ella convierte al acreedor en propietario y pone la cosa a sus riesgos desde el instante en que ella ha debido ser entregada, a pesar de que no se haya hecho la tradición, a menos que el deudor esté en mora de realizar la entrega; en aquel caso la cosa permanece a riesgos del deudor.

En relación con el alcance de este artículo y en particular sobre la aplicación de la regla *res perit domino*, diversas fueron las apreciaciones de los juristas, pues

67 *Ibid.*, 331.

68 R. SACCO y G. DE NOVA, *Il contratto*, Turín, UTET, 1993, 719-720.

69 SACCO, y DE NOVA, *Il contratto*, cit., 719-720.

"como observa BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE⁷⁰ ese artículo no establece entre la transferencia del dominio por el solo efecto del contrato y los riesgos una relación de causa a efecto. La ley dice que la obligación de entregar produce dos resultados: 1º) ella hace propietario al acreedor; 2º) ella pone los riesgos de la cosa a su cargo; pero no dice que este segundo efecto sea una consecuencia del primero; no dice que los riesgos sean de cargo del acreedor, porque ha llegado a ser propietario. LAURENT⁷¹ es más terminante. 'Creemos, dice, que la regla *res perit domino* no es aplicable en materia de obligaciones. Que la cosa perezca para su propietario cuando ella es objeto de ningún contrato es de evidencia: la propiedad es un derecho real y todo derecho real se extingue por la pérdida de la cosa en la cual se ejercita. Deja de ser lo mismo cuando la cosa que perece es una cosa debida por un deudor y estipulada por un acreedor; la cuestión de saber para quién perece depende entonces del vínculo que existe entonces entre acreedor y deudor. [...] Si la cosa perece, ya para el deudor, ya para el acreedor, aunque el acreedor sea siempre propietario, se sigue que la cuestión de los riesgos es independiente de la cuestión de propiedad y que debe decidirse por los principios que rigen las obligaciones' "⁷².

Otra parte de la doctrina encabezada por PLANIOL sostuvo "que los redactores del Código francés aplican la regla *res perit domino* que dominaba su espíritu por la influencia que había tenido sobre los jurisconsultos de los dos siglos anteriores⁷³; y posteriormente, de acuerdo con RIPERT y ESMEIN⁷⁴ dice: 'si el art. 1138 pone los riesgos a cargo del comprador es por una consecuencia de la adopción por el Código de la regla nueva de la transferencia de la propiedad por el solo consentimiento, unida a la máxima *res perit domino* consagrada por nuestro antiguo derecho. Siendo la venta jurídicamente perfecta, habiéndose hecho propietario el comprador por el solo contrato, el vendedor no es ya a su respecto más que un deudor de cuerpo cierto [...]. Que tal sea el sentido del art. 1138, resulta de su texto mismo que junta la cuestión de los riesgos a la de la transferencia de la propiedad' "⁷⁵.

De manera que por virtud de las mencionadas disposiciones el código francés a la vez que adoptó los efectos traslativos o reales de la compraventa aplicó la regla *res perit creditori*, conforme a la cual los riesgos de la cosa vendida recaen en el

70 G. BAUDRY-LACANTINÉRIE y M. BARDE, *Obligations*, 463, citado por L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, XI, *De las obligaciones II*, Chile, Nascimento, 1937, 687-688.

71 F. LAURENT, 16, núm. 208, citado por L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, cit., 687.

72 CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, cit., 687-688.

73 M. PLANIOL, *Traité élém.*, 2, núm. 1404, citado por CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, cit., 688.

74 M. PLANIOL y G. RIPERT con concurso de A. ESMEIN, 6, núm. 414, citado por CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, cit., 688.

75 CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, cit., 688.

acreedor, esto es, en el comprador quien es a su vez, para la legislación francesa, dueño por el solo acto de la venta.

B. El Código italiano que adopta la concepción de la compraventa con efectos reales y trasfiere al adquirente los riesgos de la cosa

El ordenamiento italiano ha acogido en materia de compraventa y en particular de la transferencia de la propiedad la regla consensualista conforme a la cual el individuo es soberano en la esfera de sus derechos, de forma tal que su voluntad es decisiva y suficiente no sólo para generar obligaciones, sino también para determinar el nacimiento o la transferencia de derechos jurídicos absolutos como el de la propiedad; posición con la que entra en un evidente conflicto con la tradición romana clásica que distinguía entre título de adquisición, esto es, el contrato como fuente de obligaciones en general, del modo de adquisición, que determina la transferencia de la propiedad⁷⁶; para el derecho italiano, en cambio, "la venta transfiere, no obliga a transferir"⁷⁷.

En efecto, a la vez que el artículo 922 del *Codice Civile* al establecer los modos de adquisición del dominio dispone entre otros medios que la propiedad "se adquiere por efecto de contratos", el artículo 1376 del *Codice Civile* dispone que en los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado.

Tal definición legal deberá sin embargo ponerse en contraste con las reglas particulares contenidas en el código o en otras leyes, como con aquellas elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina que se apartan de la solución propuesta por el citado artículo 1376, el cual conforme a tales reglas no se aplica a todos los derechos absolutos, ni a todos los contratos, ni a todas las cosas, ni para todos los efectos de la transferencia, a los que resulta aplicable todavía hoy el modo de adquisición que requiere el acto ejecutivo de la convención: la tradición, como puede verse por ejemplo en materia de prenda (art. 2786), de transferencia al mandante de los efectos que adquirirá por virtud del mismo (art. 1774), en lo relativo a la obligación de transferir por parte de los socios (arts. 2247, 2253, 2286, aun cuando la jurisprudencia parece inclinada a aceptar los efectos reales del contrato de sociedad) y en materia de transferencia de títulos de crédito (arts. 2003, 2008, 2011, 2015)⁷⁸.

76 SACCO y DE NOVA, *Il contratto*, cit., 718.

77 L. BIGLIAZZI; U. BRECCIA; F. BUSNELLI y U. NATOLI, *Diritto Civile. Obbligazioni e contratti*, Turín, UTET, 1996, 307.

78 SACCO y DE NOVA, *Il contratto*, cit., 719 ss.

En cuanto a los riesgos de la cosa, han sido entendidos como peligros no imputables que generan una inexecución del contrato no atribuible a culpa, de los que deriva "un perjuicio que un sujeto soportará como titular de una posición jurídica"⁷⁹, de ahí que para estos efectos resulte de trascendental importancia determinar el momento en que se surte en los contratos de compraventa la transferencia del riesgo de destrucción o pérdida del bien. Al respecto el *Codice Civile* establece varias reglas:

Aquella general conforme a la cual la transferencia del derecho comporta que el adquirente soporte los eventos negativos que recaigan sobre el bien, pues los efectos reales del contrato atribuibles a la eficacia del consensualismo como modo de transferir la propiedad determinan que la pérdida grave sobre el dueño en cuanto propietario: *res peri domino*⁸⁰ como lo dispone el artículo 1465, el cual señala que en "los contratos que transfieren la propiedad de una cosa determinada o constituyen o transfieren derechos reales, la pérdida de la cosa por una causa no imputable al enajenante no libera al adquirente de la obligación de dar cumplimiento a la prestación aún cuando la cosa no le haya sido entregada".

Tratándose de la venta por cuotas con reserva de la propiedad, dispone el artículo 1523 del Código Civil italiano que el comprador adquiere la propiedad de la cosa con el pago de la última cuota del precio, pero asume los riesgos desde el momento de la entrega.

Mientras que el artículo 1529 establece que si la venta tiene por objeto cosas en viaje y entre los documentos consignados al comprador se encuentra comprendida la póliza de seguros por los riesgos del transporte, son a cargo del comprador los riesgos a los cuales se encuentra expuesta la mercancía desde el momento de la entrega al transportador, aclarando que si al momento de la celebración del contrato conocía de la pérdida o avería de la mercancía y en mala fe lo ha llamado al comprador, no tendrá lugar la aplicación de la disposición en cita.

Evidentemente, dentro de la lógica del *Codice Civile*, el contrato de compraventa posee efectos reales, si bien como fenómeno excepcional, frente a los efectos meramente obligacionales que producen por regla los contratos, pero que a pesar de su divergencia con el derecho romano que ligaba la transferencia de la propiedad a la tradición, la doctrina justifica⁸¹ como una elección "político-cultural" tendiente a "favorecer la posición del adquirente respecto a aquella del enajenante y de los terceros", acorde con una "economía moderna ampliamente basada en el crédito", en la que resulta coherente que la propiedad de la cosa pase al vendedor con el mero acuerdo sobre cosa y precio, sin que se requiera el pago del precio, ni la entrega de la cosa y menos aún la inscripción en el registro, tratándose de un bien sujeto a la misma. Todo lo cual frente al expreso precepto contenido en el artículo 1465

79 M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3 (*Il Contratto*), Milán, Giuffrè, 1998, 508.

80 V. ROPPO, *Il Contratto*, Milán, Giuffrè, 2001, 516.

81 *Ibid.*, 514.

da por descontada la aplicación de la regla *res peri domino* sin mayores sobresaltos, junto con la adquisición de los frutos para el comprador desde el mismo día de la venta, artículo 1477 (*commodum*).

C. El derecho alemán y el *periculum venditoris* dentro de un sistema no traslativo de compraventa

Según disponía el BGB, § 433, el contrato de compraventa fue concebido como contrato creador de obligaciones personales, por el cual el vendedor se obligaba a entregar una cosa al comprador y a proporcionarle la propiedad sobre ella y el comprador a pagar el precio convenido y a recibirla.

Así las cosas, el contrato de compraventa era un negocio obligatorio, en el que el vendedor se obligaba a transmitir no sólo la posesión sino la propiedad de la cosa, lo cual tenía lugar en el caso de muebles con la entrega y el acuerdo de ambas partes de transmitir la propiedad, § 929, y en el supuesto de inmuebles el acuerdo, la formalidad y el registro, § 873 y § 925, por lo que la transmisión del derecho de propiedad no dependía del sólo negocio jurídico obligacional, sino que requería un negocio real al que se uniera un acto ejecutivo real: entrega o inscripción en el registro.

El BGB, tal como fuera concebido originariamente, mantenía el principio de separación entre el negocio obligatorio y contrato real vinculado a un acto ejecutivo real, bien sea la entrega o la inscripción, de manera que "el vendedor cumple mediante la realización del negocio jurídico real (juntamente con el acto ejecutivo) su obligación jurídica personal derivada de contrato de compraventa dirigida a proporcionar la propiedad. Por el contrario el contrato de compraventa no modifica en nada la situación jurídica de los bienes en el aspecto real (es decir las relaciones de dominio existentes, sino que solo prepara la modificación de dicha situación. Es un puro negocio obligatorio. El acto dispositivo del vendedor por medio del cual se desprende de su propiedad no radica en el contrato de compraventa mismo, sino en el contrato real, diferente de aquél, que puede celebrarse al mismo tiempo que el de compraventa o con posterioridad"⁸².

Lo cual pone en evidencia la existencia de dos negocios totalmente independientes y abstractos sin incidencia recíproca en términos de validez: la compraventa como negocio obligatorio y el contrato real como negocio dispositivo, al punto que "la separación de contrato real y contrato obligatorio hace posible apreciar el contrato de compraventa solo según los presupuestos establecidos para los contratos obligatorios, mientras que el contrato real se somete a las normas vigentes

82 K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 20, 1959.

para los negocios dispositivos⁸³. En cuanto a los riesgos de la pérdida de la cosa, el BGB establecía varias reglas:

Por una parte, la imposibilidad de la prestación derivada de una circunstancia no imputable al vendedor libera a este del deber de cumplir su prestación (§ 275), pero a su vez, en consideración a la naturaleza de bilateral del contrato, en principio tampoco el comprador estaba obligado a pagar el precio, según se deduce del § 323⁸⁴, con lo cual el riesgo de pérdida de la cosa permanecería en cabeza del vendedor.

No obstante, el riesgo de pérdida de la cosa se transmitía al acreedor en los eventos de mora del comprador en la aceptación de la prestación debida (§ 324), por omisión de cooperación del acreedor en el cumplimiento de la prestación (§ 293 y ss.), por haberse producido la entrega efectiva de la cosa vendida, esto es, la mera posesión (§ 446 párrafo 1), tratándose de inmuebles por la inscripción en el registro en calidad de propietario del comprador realizada antes de la entrega (§ 446 párrafo 2) y por tratarse de ventas a distancia en las que el vendedor a petición del comprador remite la cosa a otro lugar como lugar de cumplimiento (§ 447).

Con la reciente reforma del BGB en materia de obligaciones y contratos⁸⁵, el nuevo texto del § 433 conserva el carácter de negocio obligatorio de la compraventa, como quiera que el mismo dispone:

1. El contrato de compraventa obliga al vendedor de una cosa a entregarla y a procurar la propiedad al comprador. El vendedor está obligado a procurar al comprador la cosa libre de vicios materiales y jurídicos.
2. El comprador está obligado a pagar al vendedor el precio pactado y a tomar la cosa entregada.

Ahora bien, en cuanto se refiere a los efectos de la imposibilidad de la prestación dado el carácter sinalagmático del contrato, el reformado § 323 dispone en el párrafo 6 que no resulta viable la resolución del contrato arguyendo el incumplimiento de la correlativa prestación de la contraparte, cuando quiera que la circunstancia que legitimaría al acreedor a dar por terminado el contrato es imputable a la responsabilidad exclusiva o preponderante del mismo acreedor o bien si la circunstancia que legitimaría al acreedor a dar por terminado el contrato no es imputable a la responsabilidad del deudor y se ha verificado cuando el acreedor está en mora en la aceptación de la prestación que le ha sido ofrecida. A su vez, el § 323 párrafo 2 dispone que el deudor conserva la propia pretensión

83 *Ibíd.*, 22.

84 *Ibíd.*, 105.

85 Contendida fundamentalmente en cuanto hace relación al objeto de este escrito en el *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 10 de enero de 2002.

a la contraprestación si la circunstancia a causa de la cual viene exonerado de la obligación de cumplir la prestación es imputable a la responsabilidad exclusiva o preponderante del acreedor o no es imputable a su responsabilidad y se ha verificado cuando el acreedor estaba en mora en la aceptación de la prestación que le ha sido ofrecida.

Por su parte, específicamente en materia de riesgo, el § 446 dispone expresamente que el riesgo de pérdida fortuita y de deterioro fortuito de la cosa comienza a ser soportado por el comprador con la entrega de la cosa vendida, y como contrapartida agrega que a partir del momento de la entrega corresponden al comprador los frutos de la cosa y gravan sobre el comprador las cargas a ella inherentes, aclarando que la mora del comprador en recibir la prestación del vendedor hace surtir los efectos de la entrega en cuanto al traspaso del riesgo, ello en consonancia con el § 300 que prevé dicha transferencia del riesgo tratándose incluso de cosas de género, riesgo que debe correr el comprador que se encuentra en mora de recibir la cosa objeto del contrato.

Adicionalmente, el § 447 regula lo relativo a la transferencia del riesgo en los casos de venta con expedición, disponiendo al efecto que si a pedido del comprador el vendedor expide la cosa en un lugar diferente de aquel en el cual la obligación de entrega debía ser cumplida, el riesgo comienza a ser soportado por el comprador a partir del momento en el cual el vendedor remite la cosa vendida a la persona encargada de proveer a la expedición, bien sea el correo, el transportador o en general el ente encargado de efectuar dicha expedición. La citada disposición no tiene aplicación tratándose de venta bienes de consumo, según el § 474 (2)⁸⁶, al igual que ha sido excluida en la práctica en las cláusulas generales utilizadas por las casas comerciales de venta por correspondencia, en atención a la condición de parte débil del comprador⁸⁷.

Como puede observarse en esta materia la situación preexistente resulta regulada de manera similar en las nuevas disposiciones que regulan el contrato de compraventa, que como se dijo continúa siendo meramente obligatorio y a la vez que los frutos son del vendedor hasta la entrega (*commodum*), el riesgo de pérdida de la cosa no imputable al vendedor resulta por regla general en cabeza del vendedor hasta dicha entrega, *periculum venditoris (incommodum)*, salvo los eventos específicos en que el BGB consagra la transferencia del riesgo al comprador, los cuales resultaron invariados, con la sola excepción de los eventos venta de inmuebles, en relación con los cuales se preveía el traslado del riesgo al comprador por la inscripción en

86 C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Testo italiano delle norme del BGB interessate alla riforma e nota bibliografica*, bajo el cuidado de G. DE CRISTOFARO, en *Quaderni della Riv. di Dir. Civ.*, 3, Milano, 2003.

87 H. EHMANN y H. SUTSCHET, *La riforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, trad. de C. LÓPEZ DÍAZ y U. SALACH DE SÁNCHEZ, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 319.

el registro en calidad de propietario del comprador realizada antes de la entrega, el cual fue eliminado⁸⁸.

D. El Código de Andrés Bello y su adopción del modelo clásico de la compraventa obligatoria romana y de la regla del *periculum emptoris* o *res peri creditoris*

El riesgo de la contraprestación, llamada teoría de los riesgos, en el derecho civil chileno se encuentra enmarcado dentro del modelo clásico de compraventa romana que otorga al contrato efectos meramente obligatorios (art. 179), por lo que la adquisición del dominio requiere la conjunción de título y modo y hace necesario que la obligación de dar, contenida en el contrato de compraventa, se surta mediante la tradición como negocio traslativo de la propiedad; de ahí que el Código Civil chileno contemple entre los modos de adquirir el dominio la tradición (art. 588), que hace consistir en la entrega que hace el dueño de las cosas vendidas (art. 670) con el objeto de transferir el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre (art. 671), tradición que asume diversas modalidades dependiendo la naturaleza de los bienes (art. 684 y 686).

A la vez, el Código chileno, igualmente influido por la tradición romanista que trascendió a las Partidas⁸⁹, establece como regla en materia de pérdida de la cosa el *periculum emptoris* al consagrar en su artículo 1820 que: "La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador".

En relación con el significado de pérdida, bajo la regla *periculum emptoris*, ha sostenido la doctrina que "en los contratos sinalagmáticos consiste propiamente hablando no en perder lo que se debía, sino en no recibir lo que se debía suministrar en cambio [...]. El deudor queda libre de su obligación por la pérdida inculpable del cuerpo cierto que debía; pero el acreedor no queda libre de la obligación que recíprocamente tenía contraída; y deberá cumplirla, aunque nada reciba en compensación"⁹⁰.

Esta solución de claro arraigo romano fue objeto de críticas por parte de quienes desconociendo que el propio origen de la regla se encontraba en el principio de buena fe y hallaba justificación en razones de equilibrio contractual, llegaron a

88 Ello por carecer de importancia práctica y de requerirse podría ser pactado contractualmente, como lo destacan: EHMANN y SUTSCHET, *ibíd.*, 319.

89 En efecto, a la pregunta acerca de a quién pertenece el pro ó el daño de aquello que es vendido, si se mejora o se desmejora o se empeora, en las *Partidas* 5,23 puede leerse que el daño es del comprador.

90 CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, cit., 681.

afirmar que la regla *periculum emptoris* era contraria a la equidad por hacer soportar el riesgo de pérdida al comprador, mientras el vendedor continuaba con la propiedad de la cosa, además de señalar, en claro desconocimiento de que la regla constituye una excepción al sinalagma contractual, que la misma constituiría una ruptura del carácter correlativo de las obligaciones de la compraventa y por ende era contraria al principio de buena fe⁹¹.

A estos razonamientos replica CLARO SOLAR señalando que "la máxima *res perit domino* no fue expresada por los jurisconsultos romanos para resolver la cuestión de los riesgos en la venta [...] si significa simplemente que si una cosa perece por caso fortuito el propietario pierde su propiedad, no es más que la expresión sencilla de una verdad evidente. Pero si se entiende en el sentido de que esta pérdida dañará siempre al propietario y a él solo perjudicará, pasa a ser un grave error. En efecto, la pérdida fortuita de una cosa acarrea la extinción de todos los derechos de que ella es objeto. Así en la compraventa, el vendedor propietario pierde su derecho de propiedad; y el comprador simple acreedor, pierde su crédito; pero ¿cuál de los dos es el que experimenta de verdad el perjuicio? No es el vendedor, quien por el contrato tenía que desprenderse del dominio de la cosa, sino el comprador, quien queda obligado a pagar el precio aunque no reciba la cosa en cambio⁹² [...]. En cuanto a que el comprador se haya obligado a pagar el precio a condición de que el vendedor le entregue la cosa, Pothier⁹³ contesta negando esta posición, porque el comprador se obliga más bien a condición de que el vendedor se obligue a darle la cosa y basta que el vendedor se haya válidamente obligado a ello y no haya faltado a su obligación para que la obligación del comprador tenga causa y subsista"⁹⁴.

Doctrina posterior aboga por la introducción de una solución "moderna" a la problemática de los riesgos del contrato, invocando al efecto la regla *periculum debitoris est*, entendida como una reacción de los juristas de la escuela del derecho natural contra las injusticias de la fórmula tradicional, regla que por ende es calificada de justa y bondadosa en cuanto radica los peligros en cabeza del dueño por oposición a aquella conforme a la cual *periculum emptoris est*, consagrada en el artículo 1550 del código de BELLO⁹⁵.

91 E. CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, 2, 406. Razonamientos estos seguidos por autores como PUFFENDORF y BARBEYRAC (*Le droit de la natura et des gens*, 2, libro 5, cap. 5, § 3), quienes arguyendo razones de derecho natural habían considerado que los juristas romanos se habían apartado en esta materia de los verdaderos principios de derecho natural, por lo que defendieron la aplicación de la regla *res perit domino*, pero como les resultaba incongruente con su razonamiento, estimaron que era el vendedor quien debería aprovecharse de los aumentos que experimentara la cosa vendida. Citados por CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, cit., 683.

92 C. ACCARIAS, *Précis de droit roman*, 2, núm. 612, nt. 2, 306, citado por CLARO SOLAR *ibíd.*, 683.

93 R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, num. 308, citado por CLARO SOLAR *ibíd.*, 682.

94 *Ibíd.*, 683-684.

95 F. FUEYO LANERI, *Derecho civil*, tomo IV "De las obligaciones", Valparaíso, Universo, 1958, 227-228.

Autores más recientes apoyan esta última tesis señalando que "la interdependencia de las obligaciones creadas por el contrato bilateral y la doctrina de la causa conducen a pensar que lo más equitativo y lo técnicamente correcto es admitir, que cuando se extingue la obligación de una de las partes por imposibilidad de ejecución debe también extinguirse la obligación correlativa: el riesgo en consecuencia sería para el deudor (*res perit debitori*), quien perderá la cosa debida sin recibir nada en cambio"⁹⁶, lamentando así que no sea esta la solución admitida por el Código Civil chileno. Destaca esta doctrina que la solución propuesta se basa en la interdependencia de las obligaciones que genera el contrato bilateral, así como que "el *res perit creditori* está desprestigiado", como en su entender lo demuestra el hecho de no ser acogido en el derecho comparado, razones que aunadas a un genérico llamamiento a la equidad y a la buena fe le permiten concluir que en el ámbito de las obligaciones de hacer y de no hacer, en cuanto no regulado expresamente, el riesgo de la imposibilidad fortuita de cumplir la obligación lo debe soportar el deudor.

En relación con estas dos últimas posiciones, obsérvese que ellas desconocen que el problema de los riesgos no puede ser resuelto dentro de las reglas de reciprocidad e interdependencia que emanan del sinalagma contractual, como quiera que, como se expresó, el riesgo constituye justamente una excepción a estas; no tienen en cuenta los diversos efectos que conlleva la adopción del sistema de compraventa traslativa a diferencia del meramente obligacional adoptado por el código chileno; así como que a pesar de la genérica invocación de principios como buena fe y equidad en sustento de la regla que radica los peligros en cabeza del deudor, no se tiene en cuenta que en el derecho chileno existe una perfecta correspondencia entre las ventajas derivadas de la posición jurídica del acreedor con las cargas que supone la atribución de los riesgos a este.

En efecto, el código chileno⁹⁷ otorga al comprador el *commodum* de las mejoras del bien comprado, a la vez que le atribuye el *incommodum* del riesgo de pérdida de la , y por otra parte establece una presunción de culpa a cargo del vendedor cuando la cosa perece en su poder⁹⁸; tratándose de la venta realizada con condición suspensiva, no habiéndose perfeccionado la venta no existe razón para que se surta la transferencia del riesgo en cabeza del comprador y la cosa continúa bajo el peligro del *dominus*, esto es, se conserva el *periculum* en cabeza del vendedor, en tanto que la mejora la otorga al comprador, en equitativo reconocimiento de su posición dentro del contrato y la ausencia de responsabilidad en la pérdida de la cosa.

96 J. LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, parte general, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1986, 427.

97 Artículo 1829: "La venta de una vaca, yegua u otra hembra comprende naturalmente la del hijo que lleva en el vientre o que amamanta; pero no la del que puede paecer y alimentarse por sí solo".

98 Artículo 1671: "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya".

E. El riesgo de la pérdida de la cosa en el Código de Comercio chileno corresponde igualmente al comprador

Tratándose de la regulación mercantil, el código chileno establece en su artículo 142 una regla similar a la contenida en el artículo 1820 del Código Civil, en donde se prevé la posibilidad de estipular en contrario y se excluyen evidentemente los casos de dolo o culpa del deudor y la pérdida por vicios internos de la cosa:

Art. 142. La pérdida, deterioro o mejora de la cosa, después de perfeccionado el contrato, *son de cuenta del comprador*, salvo el caso de estipulación en contrario, o de que la pérdida o deterioro hayan ocurrido por fraude o culpa del vendedor o por vicio interno de la cosa vendida (se resalta).

Esta regla general sufre varias excepciones de ley en las que la pérdida está a cargo del vendedor a pesar de que se derive del caso fortuito, las cuales encuentran plena justificación en cuanto cobijadas por eventos de responsabilidad y no de riesgo, dada la naturaleza de la prestación o la modalidad de la obligación contraída, excepciones que, como se verá, no menoscaban la integridad de la regla *res perit creditor*:

Dispone el artículo 143 que aunque la pérdida o deterioro sobrevinientes a la perfección del contrato provengan de caso fortuito, serán de cargo del vendedor:

"1. Cuando el objeto vendido no sea un cuerpo cierto y determinado, con marcas, números o cualesquiera otras señales que establezcan su identidad y lo diferencien de otro de la misma especie" (se resalta); como quiera que en este caso estaríamos frente a una obligación de género y se impone la regla *genus non perit*.

"2. Si teniendo el comprador, por la convención, el uso o la ley, la facultad de examinar y probar la cosa, pereciere ésta o se deteriorare antes que el comprador manifieste quedar contento con ella" (se resalta); se entiende ello así como quiera que se trata de una compra venta sujeta a prueba y conforme al Código Civil chileno, artículo 1823, "si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor".

"3. Cuando las mercaderías, debiendo ser entregadas por peso, número o medida, perecieren o se deterioraren antes de pesarse, contarse o medirse, a no ser que fueren compradas a la vista y por un precio alzado, o que el comprador hubiere incurrido en mora de concurrir al peso, numeración o medida" (se resalta). La razón de esta excepción radica justamente en la falta de individualización del bien objeto de la compra, el cual continúa estando englobado dentro de una comunidad de otros bienes del vendedor, lo que viene a justificar el riesgo en cabeza del *dominus*. Agrega el artículo 143 del Código de Comercio chileno que "esta regla se aplicará también a la venta alternativa de dos

o más cosas fungibles que deban ser entregadas por número, peso o medida", a lo cual aplica el razonamiento expuesto precedentemente.

"4. Siempre que la venta se hubiere verificado a condición de no entregarse la cosa hasta vencido un plazo determinado, o hasta que se encuentre en estado de ser entregada con arreglo a las estipulaciones del contrato" (se resalta). En este caso opera un pacto específico que impone sobre el vendedor un deber de cuidado de la cosa vendida hasta un plazo determinado o verificados los arreglos convenidos y sólo hasta esa fecha se entenderá la vocación de que la cosa se traslade a la esfera del comprador, de manera que justifique la transferencia del riesgo.

"5. Si estando dispuesto el comprador a recibir la cosa, *el vendedor incurriere en mora de entregarla*, a no ser que hubiera debido perecer igualmente en poder del comprador si éste la hubiera recibido" (se resalta); en este caso la excepción a la regla del *periculum emptoris* se justifica en el hecho de que la pérdida del bien ocurre durante la mora, lo cual le impide al vendedor poner la situación en términos de riesgo y por ende veda la transferencia del mismo al comprador, dejando el problema en la esfera de la responsabilidad.

"6. Si en las obligaciones alternativas *periciere fortuitamente una de las cosas vendidas*. Pereciendo las dos, y una de ellas por hecho del vendedor, éste deberá el precio corriente de la última que pereció, siempre que le corresponda la elección" (se resalta). Frente a lo cual cabe la misma razón expuesta precedentemente, pues no habiéndose determinado aún la prestación con la que ha de cumplirse la obligación alternativa, la pérdida de uno de los bienes afectos a la obligación es por naturaleza del dueño (se resalta).

F. El Código ecuatoriano en materia de riesgo de la cosa vendida sigue el modelo del Código de Bello

El Código Civil del Ecuador acoge la tradición romana clásica en cuanto establece el carácter obligacional de la compraventa, como quiera que en su artículo 1759 dispone que la "compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero" y en consecuencia la transferencia de la propiedad requiere de un segundo acto, la tradición, que es consagrado entre los modos de adquirir el dominio (artículos 622 y 705).

En cuanto hace relación a la atribución de riesgos por pérdida de la cosa vendida, impera la regla *periculum emptoris* conforme a la cual el riesgo pesa sobre el comprador, quien conforme al sistema de compraventa que rige el código en cuestión no ostenta la calidad de dueño sino de mero acreedor:

Artículo 1593: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, será siempre de cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, por obligaciones distintas. En cualquiera de estos casos, será de cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega".

Así mismo, siguiendo la regla romana *commodum-incommodum*, dispone el código ecuatoriano en su artículo 1787 que:

La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición; pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerán al comprador.

Como puede observarse, el Código Civil del Ecuador adopta en un todo el modelo de BELLO en que la atribución de riesgos en cabeza del comprador se compensa equitativamente con la concesión de las mejoras y acrecimientos de la cosa vendida y con una mayor exigencia al vendedor en la custodia de la cosa, lo cual se evidencia en la presunción de culpa a cargo del vendedor por pérdida en su poder de la cosa vendida que contempla el artículo 1714 del mismo ordenamiento⁹⁹.

G. El Código peruano en materia de riesgo de la cosa vendida contempla la regla del *periculum venditoris*

El Código Civil del Perú dispone en materia de compraventa en su artículo 1529 que "por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero"; no obstante, la naturaleza de los bienes objeto del contrato determinan un régimen diverso en torno al momento en que ha de producirse la transferencia de la propiedad, como quiera que tratándose de la transferencia de la propiedad de los bienes muebles el artículo 947 dispone que dicha transferencia "se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente", en tanto que tratándose de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles dispone el artículo 949 que "*La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario*" (se resalta).

El código en comento disciplina igualmente los eventos en que se entiende que ha tenido lugar la pérdida del bien objeto del contrato (artículo 1137¹⁰⁰) y plasma de manera detallada una "teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto", señalando en su artículo 1138 que en las obligaciones de dar bienes

99 Código ecuatoriano, artículo 1714: "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya".

100 Código Civil peruano, artículo 1137: "Pérdida del bien. La pérdida del bien puede producirse:

1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
3. Por quedar fuera del comercio."

ciertos se observarán, hasta su entrega, una serie de reglas que en algunos eventos describen situaciones constitutivas propiamente de responsabilidad y no de riesgo, como aquellas a que aluden los numerales 1, 2, 3 y 4 del citado artículo¹⁰¹, y en otras aluden a eventos de pérdida o deterioro cuyo origen excluye la responsabilidad de las partes y por ende pueden enmarcarse dentro de eventos de riesgo propiamente dichos:

Artículo 1138 (numeral 5): "Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien".

Artículo 1138 (numeral 6): "Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien".

En ambos casos el riesgo por la pérdida o deterioro de la cosa debida es atribuido al deudor, con lo que se adopta la regla del *periculum venditoris*, como quiera que si bien el deudor queda liberado del cumplimiento de la prestación, pierde a su vez el derecho a la contraprestación, regla que se traduce en *periculum domini*, en el caso de la compraventa de muebles en la que por norma general la propiedad se mantiene en cabeza del deudor hasta producida la tradición, mientras que tratándose de inmuebles dado que el mero contrato transfiere la propiedad el riesgo recaería sobre un deudor no dueño.

Esta transferencia del riesgo de pérdida de bienes ciertos no imputables a los contratantes pasa al comprador en el momento de su entrega, conforme lo dispo-

101 Código Civil peruano, artículo 1138 numerales 1 a 4: "1. Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

2. Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

3. Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

4. Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere. [...]"

ne el artículo 1567 del citado ordenamiento, regla que se altera anticipándose la transferencia de los riesgos en el evento en que encontrándose el bien a disposición del comprador este no lo recibe en el momento señalado en el contrato para la entrega (artículo 1568), o en aquellos casos en que tratándose de la compraventa de bienes por peso, número o medida el comprador no concurre en el momento señalado en el contrato o determinado por el vendedor para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición (artículo 1569); así mismo, cuando haya lugar a pedido del comprador a la expedición del bien a lugar distinto de la entrega, el riesgo de pérdida pasa al comprador a partir del momento de su expedición (artículo 1570).

De otra parte, debe resaltarse que la posición del vendedor se agrava por las obligaciones que se añan a su deber de soportar los riesgos de pérdida de la cosa debida, pues conforme al artículo 1139, "se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario" y además también responde el vendedor ante el comprador "por los frutos del bien, en caso de ser culpable de la demora de su entrega. Si no hay culpa, responde por los frutos sólo en caso de haberlos percibido" (artículo 1554).

H. El caso venezolano en materia de riesgo de la cosa vendida y el *periculum emptoris* dentro de un sistema de compraventa traslativo

El Código Civil venezolano establece que "la venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio" (artículo 1474), de suerte que las principales obligaciones del vendedor son la tradición y el saneamiento de la cosa vendida (artículo 1.486). No obstante, el artículo 1.161 dispone que "en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, *la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado*" (se resalta).

Sostiene la doctrina que el interés práctico de saber cuál es el momento preciso en que se forma el contrato en un determinado sistema positivo es muy grande pues de ello dependen aspectos tan trascendentales como la atribución de los riesgos cuando estos estén a cargo del adquirente y en especial en un sistema como el venezolano en el que por regla general los contratos que tienden a la transferencia de la propiedad o de otro derecho real poseen eficacia real, entendiendo por riesgos "el problema jurídico que se presenta cuando una parte incumple su obligación por causa extraña que no le es imputable, quedando por tanto exenta de tener que pagar daños y perjuicios"¹⁰².

102 J. MELICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1993, 39, 40, 128 y 195.

Bajo este contexto y de manera consonante con la atribución de riesgos aquí configurada bajo la regla *periculum emptoris*, como contrapartida el vendedor está obligado a entregar la cosa en el estado en que se halle en el momento de la venta y "desde el día de la venta todos los frutos pertenecen al comprador" (artículo 1.494).

I. El Código mexicano en materia de riesgo de la cosa vendida adopta el *periculum emptoris* dentro del marco de un contrato de compraventa con eficacia real

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal adopta la concepción de la compraventa con efectos reales y trasfiere al adquirente los riesgos de pérdida de la cosa debida:

En efecto, a la luz de lo dispuesto en artículo 2014, "en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, *por mero efecto del contrato*, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público" (se resalta).

A su vez, el artículo 2017 dispone que "en los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes: [...] Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, *la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida*, a menos que otra cosa se haya convenido" (se resalta).

De manera que el riesgo de pérdida de la cosa debida se radica en cabeza del comprador, *periculum emptoris*, como quiera que al acogerse la compraventa con carácter traslativo, es el adquirente quien asume desde el mismo momento de la celebración del contrato el carácter de dueño.

Por el contrario, en aquellos contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte (artículo 2024).

Ahora bien, para compensar la atribución de riesgos en cabeza del comprador, el código dispone de manera equitativa a cargo del vendedor la presunción de culpa en el evento en que la cosa que se deba se pierda encontrándose en poder del deudor (artículo 2018) e igualmente el vendedor se encuentra obligado a entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (artículo 2288), así como a entregar todos los frutos producidos desde que se perfeccione la venta, y los rendimientos, acciones y títulos de la cosa (artículo 2289).

J. El caso argentino en materia de riesgo de la cosa vendida adopta la regla *periculum venditoris* dentro de un sistema de compraventa no traslativa

El Código Civil argentino acoge el sistema obligacional de transmisión de la propiedad al exigir la tradición para que se efectúe la adquisición del dominio,

pues antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere ningún derecho real (artículo 2524 en consonancia con el 577), a la vez que adopta la regla *periculum venditoris* y otorga las mejoras de la cosa vendida al vendedor¹⁰³:

En efecto, el artículo 578 dispone que "si la obligación de dar cosa cierta es para transferir derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación se disuelve para ambas partes, liberando con ello al acreedor de su deber de pagar el precio y poniendo así el riesgo en cabeza del vendedor" (se resalta).

En las notas al artículo 578 del Código Civil argentino señaló VÉLEZ SARFIELD las razones que justificaban la solución adoptada en el código de separarse de la regla *periculum emptoris* acogida por la tradición romanista¹⁰⁴:

No es extraño que así lo dispongan también el Cód. francés y los demás códigos que convierten el título en modo de adquirir, pues las cosas perecen, se deterioran y se aumentan para su dueño; pero parece ilógico que nuestras leyes que declaran que no se adquiere el dominio de las cosas con sólo el título, si no es seguido de la tradición, dispongan que el peligro de la cosa, que es el objeto de una obligación de dar, sea de cuenta del acreedor, aun antes de la tradición, fundadas en el principio de que el deudor de cosa cierta se libra de la obligación de entregarla, cuando perece sin su culpa. Esto es confundir el derecho personal con el derecho real. El derecho personal que se constituye por la obligación, no da derecho alguno en la cosa, y sin embargo se le constituyen las consecuencias del derecho real; para él perece la cosa, para él se aumenta, y de su cuenta son la mejora o deterioro. Nuestro artículo también libra al deudor de cosa cierta de la obligación de entregarla, si perece sin su culpa, pero lo libra resolviendo la obligación, y no dejando obligado al acreedor. De los dos principios, que el dominio de las cosas no se adquiere sino por la tradición, y que los peligros, aumentos o desmejoras, son de cuenta del propietario, se derivan las resoluciones de los artículos siguientes, y es innecesario notar la discordancia con los códigos que parten de principios contrarios¹⁰⁵.

Como puede observarse, VÉLEZ SARFIELD pone en evidencia la justicia de la regla *periculum venditoris* dentro del modelo de compraventa meramente obligatoria que se acoge en el código argentino, como quiera que la regla que de esta manera atribuye los riesgos de pérdida al vendedor encuentra plena justificación en las reglas que como compensación disponen que los acrecimientos y mejoras que se surtan antes de la tradición serán en favor del vendedor que en este caso y a pesar del contrato continúa siendo dueño, reglas de equidad que los juristas romanos conocieron bajo el nombre de la regla *commodum-incommodum*.

103 Artículo 583: "Todos los frutos percibidos antes de la tradición pertenecen al deudor".

104 Entre las fuentes que adoptaban la regla *periculum emptoris* señala VÉLEZ SARFIELD: "L. 17, tít. 10, lib. 3, F. R. L. 23, tít. 5, part. 5ª, que sólo resuelven la obligación del deudor. Véanse las L. L. 9, tít. 14, part. 5ª, 27, tít. 5, part. 5ª y 4ª, tít. 3, part. íd., 29, tít. 23, part. 3ª, y 6, tít. 14, part. 6ª. [...]".

105 DALMACIO VÉLEZ SARFIELD, notas al artículo 578 del Código Civil argentino.

Por su parte el proyecto de Código Civil argentino conserva por regla general el carácter no traslativo de la compraventa¹⁰⁶ y atribuye los riesgos de la cosa debida al dueño, que bajo este sistema equivale a la regla *periculum venditoris*¹⁰⁷.

K. El caso brasileño en materia de riesgo de la cosa vendida

El nuevo código de Brasil¹⁰⁸ cuyo sistema de transferencia de la propiedad es obligacional¹⁰⁹ y por ende exige la tradición, contempla una regla similar a la contenida en el código de VÉLEZ SARSFIELD, en cuanto establece que ante la pérdida de la cosa debida antes de la tradición, procede la resolución de la obligación para ambas partes¹¹⁰, con lo que en últimas da lugar a la regla *periculum venditoris* y en consonancia con ello dispone que antes de la tradición las mejoras son del deudor¹¹¹.

L. El caso colombiano en materia de riesgo de la cosa vendida y la divergencia de regulaciones: Código Civil-Código de Comercio

1. El régimen del Código Civil colombiano y el *periculum emptoris*

El Código Civil colombiano, que sigue el modelo de Bello, adoptó igualmente el sistema de la compraventa obligatoria, por lo que la transferencia de la propiedad

106 Proyecto Código Civil argentino, artículo 691: "Antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real, salvo las disposiciones especiales para las cosas sujetas al régimen de registración constitutiva".

107 *Ibíd.*, artículo 694: "Los riesgos de la cosa debida recaen sobre su dueño, sea éste el acreedor, el deudor o un tercero, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder".

108 Ley 10.406 de 2002.

109 Código de Brasil, artículo 1267: "A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição".

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico".

110 *Ibíd.*, artículo 233: "A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso"; *Ibíd.*, artículo 234: "Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos".

111 *Ibíd.*, artículo 237: "Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação".

Parágrafo único. Os frutos percebidos são do devedor, cabendo ao credor os pendentes".

se surte mediante el modo denominado tradición¹¹². En cuanto hace referencia a la pérdida de la cosa, el Código Civil dispone que ante la imposibilidad de la obligación de entregar un cuerpo cierto causada por el hecho de que el mismo perece, se destruye, deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación (art. 1729), salvo si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, pues en ese caso se observará lo pactado (art. 1732) y en todo caso, siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya (art. 1730).

En lo que se refiere al riesgo de la cosa debida, el Código Civil colombiano establece la regla general del atribuirlo al acreedor:

Artículo 1607. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega.

En tratándose específicamente del contrato de compraventa consagra expresamente la regla del *periculum emptoris*:

Artículo 1876. La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse al contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.

Por otra parte, debe resaltarse que la regla *periculum emptoris* no se extiende a otros tipos de contratos que comporten la obligación de dar una cosa cierta, pues a diferencia de la compraventa, en estos casos rige la regla conforme a la cual la pérdida recae sobre el dueño, como por ejemplo del contrato de obra (art. 2057), de comodato (art. 2203), del mandato (arts. 2179 y 2179), o del de arrendamiento (art. 2008), a la manera de las enseñanzas del derecho romano, conforme a las cuales salvo en la compraventa, en la que por razones ligadas a la *fides bona* regía el *periculum emptoris*, se aplicaba la regla *damnum domini* en consideración a la imposibilidad de poner a cargo del deudor no propietario de la cosa el riesgo de su pérdida.

Así mismo conviene señalar que en consonancia con la regla *commodum incommodum*, salvo estipulación de plazo o condición, "los frutos naturales pendientes al

112 Código Civil colombiano, artículo 740: "La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".

momento de la venta y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa pertenecerán al comprador" (art. 1872), quien es a su vez el que soporta el riesgo.

a. Las mal llamadas excepciones a la regla general del periculum emptoris

Corresponde en cambio el riesgo al vendedor respecto de las cosas que se venden por peso o medida respecto de aquellas que todavía no se hayan determinado por su medida: como quiera que hasta tanto no tenga lugar el acto de medirlas, pesarlas o contarlas, las cosas objeto de la venta permanecen indeterminadas (art. 1877). En este caso, la razón de esta excepción radica justamente en la falta de individualización del bien objeto de la compra, en la ausencia de determinación de la identidad de las cosas destinadas al patrimonio del comprador, por lo que los bienes aún no medidos continúan estando englobados dentro del conjunto de bienes del vendedor, lo que viene a justificar el riesgo en cabeza del *dominus*.

Cosas que se venden a prueba respecto de las que todavía no ha podido probar: conforme a lo dispuesto por el artículo 1879 del Código Civil, si se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, por lo que evidentemente la pérdida, deterioro o mejora pertenece entretanto al vendedor, como quiera que el contrato no se ha perfeccionado todavía (art. 1879).

En los eventos de venta bajo condición suspensiva: toda vez que pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor (inc. 2.º art. 1876), pues no existe razón para que se surta la transferencia del riesgo en cabeza del comprador hasta tanto se cumpla la condición, dado que la pendencia de esta suspende el perfeccionamiento del contrato y, en consecuencia, la cosa que todavía no se sabe si estará destinada al patrimonio del comprador, continúa bajo el peligro del *dominus*, en tanto que la mejora la otorga al comprador, en lo que hemos llamado equitativo reconocimiento de su posición dentro del contrato y la ausencia de responsabilidad en la pérdida de la cosa.

En el evento de obligaciones de género: siendo estas obligaciones aquellas en virtud de las cuales "se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado" (art. 1565), el riesgo debe pesar sobre el vendedor no solo por la indeterminación, sino porque se encuentran íntegramente en el patrimonio del vendedor, no han sido siquiera destinadas al del comprador, al punto que el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe (art. 1567), lo que además se encuentra en consonancia con la regla conforme a la cual *genus non perit*, por lo que el *periculum emptoris* no puede predicarse respecto de los bienes de género.

En los casos de mora del deudor: en consonancia con la regla contenida en el artículo 1876 del Código Civil el deudor no es responsable del caso fortuito del cuerpo cierto que se vende a menos que se haya constituido en mora (inc. 2.º art.

1604) como quiera los casos de mora señalados por la doctrina como excepciones a la regla del *periculum emptoris* son en verdad eventos de responsabilidad y no de riesgo.

Como puede colegirse, los eventos considerados como de *periculum venditoris*, excepciones a la regla general, son en verdad casos en los que el contrato no se ha perfeccionado aún, o existe indeterminación de la cosa vendida, o se trata de cosas respecto de las que en ningún caso resulta predicable el *periculum* como las de género, o de eventos constitutivos de responsabilidad y no de riesgo, por lo que en todos ellos resulta improcedente el traslado del riesgo al comprador, de manera que los casos señalados no pueden ser considerados como verdaderas excepciones a la regla del *periculum emptoris*.

b. El proyecto de Código de derecho privado de Valencia Zea

Mediante el Decreto 959 de 1980 el Gobierno colombiano nombró una comisión revisora del Código Civil, la cual tomó como base el proyecto de Código de derecho privado elaborado por el tratadista ARTURO VALENCIA ZEA, en cuya exposición de motivos se dejó plasmado el pensamiento del autor en cuanto se refiere a la atribución de riesgos por pérdida de la cosa debida en los siguientes términos:

El artículo 1876 del Código Civil colocaba el riesgo de la cosa vendida, una vez celebrado el contrato pero antes de la entrega, a cargo del comprador en armonía con el sistema francés pero en contradicción con los principios que rigen la tradición en Colombia. El artículo 929 del Código de comercio corrige tal desperfecto al estatuir que el riesgo de la cosa vendida pertenece al vendedor y que constituye la práctica usual en Colombia. Por tal circunstancia los artículos 767 y 768 del proyecto extienden la solución del Código de comercio a toda clase de ventas¹¹³.

Desde dicha perspectiva, el proyecto conserva el carácter meramente obligatorio de la compraventa (art. 748 del proyecto) y por ende la exigencia de llevar acabo la tradición para que se entienda surtida la transferencia de la propiedad (art. 270 del proyecto); y en cuanto se refiere a la atribución de los riesgos de pérdida de la cosa debida, dispone en el artículo 767 que: "Con la entrega de la cosa vendida pasan al comprador los riesgos por la pérdida o menoscabo fortuitos. Si el comprador de una finca es inscrito en el registro de inmuebles como propietario antes de la entrega, estos efectos se producen con la inscripción".

Adicionalmente, en el artículo 768 se introduce una excepción a la mencionada regla atribuyendo el riesgo de pérdida al comprador cuando quiera que se trate de bienes que deban ser expedidos a solicitud del comprador:

113 A. VALENCIA ZEA, *Proyecto de Código de derecho privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado, 1980, 74.

Si el vendedor a solicitud del comprador, remite la cosa a un lugar distinto del cumplimiento, el riesgo pasa al comprador tan pronto como el vendedor haya entregado la cosa al expedidor.

Pero si el vendedor se separa sin motivo justificable de las indicaciones señaladas por el comprador acerca de la forma de la remisión, dicho vendedor carga con los riesgos de la cosa.

Ahora bien, en cuanto se relaciona con la propiedad de los frutos de la cosa debida surgidos con antelación a la entrega al comprador, dispone el proyecto en su artículo 758 que:

Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, *a menos que se haya estipulado plazo para la entrega o en el evento de cierta condición*, pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo o cumplida la condición. La venta de una finca comprende sus partes integrantes y pertenencias. Los contratantes pueden modificar lo expuesto en este artículo" (se resalta).

Esta última disposición debe leerse en consonancia con el inciso primero del artículo 764 del proyecto que dispone que "la entrega de la cosa vendida debe hacerse inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él".

Como se desprende del texto del proyecto y en consonancia con lo expuesto en la exposición de motivos, el tratadista consagra la regla *periculum venditoris*, la cual armoniza con una regla en materia de acrecimientos de la cosa debida que otorga al vendedor los frutos que genere la cosa vendida antes de la entrega, con lo cual establece el equilibrio en las cargas que deben soportar las partes, aspecto que se hecha de menos en el texto del Código de Comercio cuyo texto en materia de atribución de riesgos pretende emular VALENCIA ZEA.

2. El régimen del Código de Comercio colombiano en materia de riesgos por pérdida de la cosa y el *periculum venditoris*

a. Antecedentes del Código de Comercio colombiano

La elaboración del Código de Comercio que hoy rige en Colombia y que fuera expedido por Decreto 410 de 1971 fue precedida de una larga labor de estudio de los juristas de la época, cuyos inicios se remontan al año 1952¹¹⁴, entre cuyos

114 Fecha en la que el presidente URDANETA ARBELÁEZ expidió el Decreto Legislativo 1813 del 30 de julio mediante el cual se autorizó al Gobierno nacional para crear comisiones revisoras de los distintos códigos, entre las cuales se creó por el Decreto 817 de 1953 la Comisión Revisora del Código de Comercio, producto de lo cual la Comisión presentó una serie de proyectos temáticos que sin embargo no cubrían todos los aspectos del

resultados más sobresalientes se encuentran diversos proyectos sucesivamente revisados en trabajos plasmados en un proyecto de reforma del año 1958 y su respectiva revisión llevada a cabo por la comisión originalmente conformada en 1968 y sucesivamente modificada hasta el año 1971.

El tema que nos ocupa fue abordado en diversas oportunidades por la Comisión Revisora del Código de Comercio. En un primer acercamiento la Comisión propuso un texto contenido en el artículo 26 del respectivo proyecto sobre compraventa¹¹⁵ en el que se acogía la tesis conforme a la cual el riesgo del cuerpo cierto que se debe corresponde al comprador, apoyándose en que "cuando una persona es acreedora de un cuerpo cierto, aún no habiendo llegado a ser propietaria, tiene su patrimonio en cierta manera, ligado a la suerte de aquella cosa, tanto desde el punto de vista físico (incremento por avulsión, aluvión y otra causa; disminución por pérdidas), como el económico, porque su valorización futura o su desvalorización afectan al comprador, el cual de otra parte puede considerar como ingresado a su patrimonio el valor pecuniario que representa el bien, del cual puede disponer a partir del contrato, mientras que el vendedor, sufre una natural inhibición al respecto, aún antes de haber entregado dicho bien"¹¹⁶.

La citada Comisión Revisora analizó el artículo en mención en debate en el que se plantearon posiciones divergentes. Por una parte la posición de PÉREZ VIVES, quien sostenía que "en todas las legislaciones del mundo la transferencia del dominio y la transferencia de los riesgos corren parejas. En cuanto a las legislaciones en que no se hace propietario por el contrato mismo al comprador, se dejan los riesgos de la cosa a cargo del vendedor hasta la entrega"¹¹⁷ y por otra, ROBLEDO URIBE, quien sostenía que dentro de nuestro sistema de compraventa no traslaticia era justo aplicar la regla *res perit creditori*, pues "desde el punto de vista de los principios y de la cuestión práctica resulta que desde entonces —se refiere a la compraventa— aunque no sea todavía propietario el comprador según la teoría general, corre con los riesgos de pérdida por fuerza mayor o caso fortuito. Igualmente,

Código, razón por la que con el ánimo de darle mayor continuidad al trabajo y una comprensión total de la materia se celebró el 15 de junio de 1956 un contrato que concluyó el 15 de junio de 1958 con la entrega de un proyecto de articulado de todo el Código con la respectiva exposición de motivos, proyecto que fue presentado a consideración del Senado pero que no hizo tránsito a legislación.

En 1968 se expidió la Ley 16 que concedía al Presidente de la República facultades extraordinarias para que previa una revisión del proyecto de 1958 expidiera por decreto un nuevo Código de Comercio.

115 Que fuera sometido a nuevo proceso de revisión ante la Comisión Revisora en sesión del 4 de diciembre de 1956, según consta en acta número 87, bajo la presidencia del doctor ÁLVARO PÉREZ VIVES y con la asistencia de los doctores J. GABINO PINZÓN y EMILIO ROBLEDO URIBE.

116 Exposición de motivos al proyecto ley sobre compraventa y permuta comercial, recogido en acta 084 del 26 de noviembre de 1956, 23.

117 Comisión Revisora del Código de Comercio, sesión del 4 de diciembre de 1956, acta número 87, 2.

el vendedor desde el momento de vender la cosa ha sufrido un menoscabo en su patrimonio económico, aunque no haya perdido todavía la calidad de propietario de la cosa, porque honestamente, económicamente ha perdido la disponibilidad de esa cosa, no siendo justo que se le grave también con los riesgos"¹¹⁸.

La discusión se cerró con las afirmaciones de PÉREZ VIVES, según el cual "el principio consagrado por el señor Bello '*res perit creditori*', ha sido justamente censurado y criticado, porque conserva principios emanados del derecho romano que no aparecen muy justos y cuyo origen [...] es un poco confuso"¹¹⁹ y de GABINO PINZÓN, quien dejó expresa constancia de compartir la tesis conforme a la cual el riesgo lo debe sufrir "siempre el dueño, porque mientras no se haga la tradición completa de la cosa el vendedor todavía es dueño"¹²⁰.

En este escenario y a pesar de las insistencias de ROBLEDO URIBE, la comisión aprobó la reforma al texto originalmente propuesto en los siguientes términos:

Artículo 26. En la venta de un cuerpo cierto, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo, y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador¹²¹.

Posteriormente la Comisión Revisora de 1968¹²² examinó nuevamente el tema de atribución de riesgos por pérdida de la cosa debida y acordó mantener la posición que precedentemente se había adoptado por mayoría en la reunión comentada, razón por la que procedió a aprobar un texto idéntico al modificado artículo 26, incorporándolo en el artículo 747 del nuevo proyecto, dejando expresa constancia de que dicho artículo "modifica el sistema seguido por el Código Civil según el cual los riesgos de la cosa vendida son de cargo del mismo comprador, siguiendo el aforismo latino *res perit creditori*, mientras el artículo en mención señala la regla *res perit domino*"¹²³.

Esta fue la posición que finalmente se abrió camino en el ámbito del derecho comercial y que finalmente fuera adoptada, como se verá, en el texto del Código de Comercio hoy vigente.

118 Ídem.

119 *Ibíd.*, 6.

120 *Ibíd.*, 7.

121 *Ibíd.*, 9.

122 Según consta en acta 51 del 18 de abril de 1969, bajo la presidencia del doctor EMILIO ROBLEDO URIBE y con la asistencia de los doctores ÁLVARO PÉREZ VIVES, JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ, GABRIEL ESCOBAR SANÍN y SAMUEL FINKIELSZTEIN y del secretario DANIEL MANRIQUE GUZMÁN.

123 Comisión Revisora del Código de Comercio, acta 51 del 18 de abril de 1969, 11.

b. *El Código de Comercio de 1971*

Parte igualmente el Código de Comercio colombiano de la concepción de la venta como negocio con efectos obligatorios:

Artículo 905. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

En tratándose en cambio del riesgo de la cosa de cuerpo cierto modifica la regla general establecida en el Código Civil, pues pone en cabeza del vendedor el riesgo, adoptando el *periculum venditoris* por oposición al *periculum emptoris* del Código Civil:

Artículo 929. En la venta de un 'cuerpo cierto', el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa.

Esta regla se extiende a los eventos en que el vendedor se comprometió a entregar la cosa en determinado lugar, como quiera que en este caso el contrato estará sujeto a la condición suspensiva de que ella sea entregada completa, sana y salva al comprador (art. 915 Código Civil colombiano).

Por otra parte, mantiene el estatuto mercantil la regla conforme a la cual los frutos naturales pendientes al tiempo de la entrega, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador (art. 919 Código Civil colombiano), con lo que quebranta la regla *commodum incommodum* al atribuir los riesgos de pérdida de la cosa debida al vendedor pero a su vez transferir las ventajas derivadas de los frutos de la cosa al comprador.

3. *La doctrina y jurisprudencia colombiana se inclina por una interpretación del Código Civil que converja en el periculum venditoris*

En parte de la doctrina colombiana se ha venido acentuando una convicción conforme a la cual la inclusión de la regla *periculum emptoris* genera una discordancia frente a la consagración de un contrato de compraventa no traslativo de la propiedad, de suerte que en su entender un tipo de compraventa que genere meras obligaciones debe necesariamente ir aparejado de la regla *periculum venditoris*, razón por la cual han considerado errónea la elección de ANDRÉS BELLO de conjugar esta última regla con un tipo de compraventa que requiere de un modo, la tradición, para trasladar efectivamente la propiedad, al punto que algunos autores califican de "injusta" la solución del artículo 1876 del Código Civil que atribuye los riesgos

de la cosa vendida al comprador¹²⁴ y otros incluso llegan a sostener que ANDRÉS BELLO inscribió la solución del código francés en lo atinente a la atribución del riesgo al comprador, "sin darse cuenta que había regulado los efectos del contrato de venta con principios bien diferentes, o sea que dicho contrato no es capaz por sí solo de transmitir la propiedad al comprador"¹²⁵.

Por su parte, la jurisprudencia ha entendido la previsión de la regla *periculum emptoris*, contenida en el artículo 1607 del Código Civil, como una ruptura injustificada del sinalagma contractual, al señalar que "ante los eventos de fuerza mayor que impida a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del Código Civil, texto este que, por una imperfecta adaptación del principio *res perit domino*, contraría las reglas de simetría contractual en los contratos sinalagmáticos" (Corte Suprema de Justicia, 29 de febrero de 1936, ponencia de EDUARDO ZULETA ÁNGEL).

En esta misma línea, otros autores buscan afanosamente encontrar soluciones jurídicas a este, en su entender, problema frente al que proponen dar aplicación a las reglas del sinalagma contractual propia de los contratos bilaterales, con el objeto de hacer decaer la prestación del comprador como consecuencia de la ausencia de causa y con ello evitar la aplicación de la regla del *periculum emptoris* en el caso de la pérdida de la cosa cierta debida¹²⁶.

Lo que no se toma en cuenta en estas apreciaciones es, por una parte, que la decisión de ANDRÉS BELLO de adoptar al sistema clásico de compraventa romana junto con la aplicación de la regla *periculum emptoris* fue una decisión madurada, con profundo arraigo en las fuentes romanas, como hemos demostrado, y que lejos de ser un error, un acto de injusticia o una escogencia advenediza o producto del descuido, está fundada en la consciente aplicación de los principios de buena fe y equidad y obedece al reconocimiento de elucubraciones complejas y colmadas de matices que realizó la jurisprudencia romana con el fin de proponer soluciones que atendiendo las directrices de los aludidos principios, tomen en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, con lo que en contra de lo sostenido por esta parte de la doctrina, lo que hace ANDRÉS BELLO con estas soluciones es armonizar los preceptos del riesgo en la compraventa con el entero sistema del Código Civil que se encuentra regido por los principios de buena fe y equidad.

Por otra parte, lo que se pierde de vista es que justamente la teoría del riesgo de pérdida de la cosa constituye, como se expresó, un rompimiento a la regla de la reciprocidad propia de los contratos bilaterales, esto es, una excepción a las consecuencias derivadas del carácter sinalagmático del contrato de compraventa,

124 A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones. La responsabilidad civil fuente de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1998, 314.

125 VALENCIA ZEA, *Derecho Civil, IV (De los contratos)*, Bogotá, Temis, 1998, 83.

126 A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, 2, núm. 150, y 3, núm. 338 y 561, Bogotá, Temis, 1955.

por lo que los efectos de la regla *periculum emptoris* no se pueden evitar argumentando la regla que se excepciona.

Finalmente, se deja de lado el examen de la preservación de la equidad en la atribución de los riesgos, cuando se recurre a la experiencia de otros países para avalar la tesis de que el riesgo debe radicar en cabeza del dueño, como quiera que por regla general y con independencia del sistema traslativo o no de la propiedad que asuma la compraventa, dicha atribución se compensa con el otorgamiento de los beneficios y acrecimientos derivados de la cosa vendida que se generen antes de la entrega, conforme a la regla romana *commodum incommodum* según la cual a aquel a quien corresponden las comodidades han de corresponder las incomodidades. Regla esta que muy por el contrario es flagrantemente transgredida por el ordenamiento mercantil colombiano.

III. REFLEXIÓN FINAL

La fuerza de la experiencia romana impone el acudir a los principios de equidad y buena fe como fuente de soluciones a posibles iniquidades derivadas de la ausencia de reciprocidad y también de equilibrio contractual.

Una vez más el acudir al estudio de la experiencia romana nos permite iluminar el trasfondo de las instituciones modernas, nos devela que la equidad de la regla "periculum venditoris", en cuanto propietario, no es necesariamente absoluta y que el traspaso anticipado de los riesgos a cargo de quien no es aún propietario encuentra justificación en la *fides bona* y que además puede verse justificado en ciertos casos en los que un examen de los intereses de las partes y del equilibrio contractual exija un tratamiento diverso.

En efecto, la teoría de los riesgos o *periculum* se erige en un mecanismo destinado al restablecimiento del equilibrio contractual, no ya con base en la reciprocidad del sinalagma, de la cual constituye precisamente excepción, sino con base en otras reglas que expresan igualmente equidad, como la de *commodum e incommodum*. Ha de recordarse aquí que el acreedor-comprador posee los beneficios del acrecimiento y mejoras de la cosa aún antes de la tradición, así como que la pérdida de la cosa cierta presupone la culpa del deudor por lo que este deberá comprobar causa extraña para exonerarse de responsabilidad¹²⁷ y entrar a jugar dentro del campo de los riesgos de la cosa, lo que ciertamente constituye un *incommodum*.

La anticipación de la obligación de soportar el riesgo por parte del comprador está igualmente atada a particularidades concretas del negocio relativa a la especial cualidad de la cosa vendida, como la naturaleza mortal o perecedera del objeto vendido y en algunos eventos a la naturaleza del contrato o a la posición

127 Código Civil colombiano, artículo 1730: "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya".

contractual; en todo caso esta atribución del riesgo constituye una transferencia del mismo, que señala un límite a las reglas que derivan de la bilateralidad. De suerte que no resulta tan evidente, como puede parecer inicialmente, la justicia de la regla del *periculum est venditoris*.

La individualización por parte de los juristas romanos de una serie de hipótesis en las cuales las consecuencias de la pérdida o daño de la cosa se asignan a una de las partes del contrato apoyándose en razones diversas de la propiedad del bien, pone en evidencia que la problemática derivada de tales riesgos no se resuelve, como lo han creído algunos juristas modernos, dentro de la dicotomía *dominus-no dominus* y menos aún bajo el supuesto de la perfecta equidad y justicia de la fórmula *res peri dominus*, que en nuestro sistema jurídico, tratándose de la compraventa, se identifica con aquella conforme a la cual *res peri creditoris*.

La complejidad y riqueza de matices que asume la jurisprudencia romana para proponer soluciones que atiendan las particulares circunstancias del tipo contractual, la regulación que de sus intereses hayan efectuado las partes, la naturaleza de la relación comercial que involucra a las partes, la causa del negocio, entre otros aspectos, muestra cómo el dominio de la cosa no se erige en elemento que pueda resolver equitativamente las complejidades presentes en la relaciones comerciales de las partes.

En este contexto, la asignación del peligro por pérdida de la cosa no atribuible a dolo o culpa del deudor puede estar determinada, a la manera romana¹²⁸, por presupuestos que tengan en cuenta la actividad que las partes se comprometen a desarrollar por virtud del contrato y los peligros a ella conexas, los riesgos propios de la posición contractual que se asumen en razón del contrato, el preponderante interés de una de las partes en la realización del negocio que permite equitativamente asignarle los riesgos derivados del mismo, los peligros inherentes a la cosa adquirida que deben esperarse de ordinario que sucedan, los daños generados como consecuencia de una conducta si bien no calificable como culposa, sí identificable como la causa de ellos, así como por la regla *commodum-incommodum* que busca equilibrar las cargas de las partes en términos de riesgo y del beneficio de la cosa vendida, en fin criterios estos que se alejan de la mera asignación de los riesgos con base en la propiedad de la cosa sobre la que recae el daño y que en cambio consideran diversas aristas de la relación negocial, así como la función económico-social del contrato, fundándose en la aplicación de los principios de equidad y buena fe y permitiendo con ello realizar de una mejor manera la tan anhelada justicia contractual.

Una concepción así cimentada permite establecer un hilo conductor más rico en matices e inmensamente fértil en términos de comprensión del fenómeno del

128 Nos referimos fundamentalmente al modelo propuesto por LABEÓN a que hemos aludido en los apartes precedentes.

riesgo y de la incidencia que principios como los de buena fe y la equidad tuvieron en la atribución de los riesgos a una u otra parte, rompiendo una lógica, la del *dominium*, que hoy se nos presenta como la única atendible, pero que en verdad deja de lado las complejidades de razonamientos que centran su atención en la observancia de lo pactado, no según la letra, sino según el espíritu del negocio convenido por las partes, como lo manda la *fides bona*¹²⁹, en una óptica de adecuación de la propia conducta a la plena realización del acuerdo, en la preservación del equilibrio contractual¹³⁰, en el miramiento de los deberes de solidaridad y consideración de los intereses de la contraparte¹³¹, o en la salvaguardia de la equidad contractual donde la solución propuesta tenga en cuenta la causa u origen de los riesgos o la presencia de un interés particular de quien toma la iniciativa en el negocio, todos profundamente arraigados en nuestra tradición jurídica, pero conminados al olvido bajo el peso abrumador pero achatado del criterio de la propiedad.

129 Me refiero a los riesgos inherentes a la actividad que se obliga a desarrollar el deudor o a la posición contractual que asume.

130 En lo atinente a la regla *commodum-incommodum*.

131 Que implican la asunción de los riesgos que ordinariamente se esperan.