

2. La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana

En nuestro trabajo, recientemente publicado, *La compraventa civil de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual)* (1) no pudimos hacer una adecuada mención al magnífico libro de Perlingieri: *La compravendita di cosa futura* —la referencia completa del mismo vid. a pie de página— por haber llegado a nuestras manos cuando nuestra obra estaba ya en prensa (2). Por este motivo nos sentimos obligados, ya desde entonces, a dedicarle mayor atención. Nuestro deseo de analizar y comentar muchas de las interesantes cuestiones que dicho autor aborda en su obra y a la vez tratar de evidenciar nuestros puntos de vista frente al autor han rebasado los límites de una simple reseña de su libro, tal y como fue nuestra primera intención, para dar contenido a la presente «nota crítica».

El tema de la compraventa de cosa futura no había sido tratado con detenimiento desde la publicación de otro autor italiano, Lino Salis que en 1935 sacó a la luz su *Compravendita di cosa futura* (3).

Desde la publicación del nuevo Código civil italiano de 1942 que regula la institución en su art. 1.472 de una forma que, a nuestro modo de ver, resulta la más perfecta de las contenidas en los diferentes cuerpos legales (4), era de esperar que, de nuevo, un autor italiano hiciera una revisión del problema.

El acierto de llevarlo a cabo ha correspondido a Perlingieri el cual ha realizado un detenido estudio de la regulación del nuevo Código, así como una amplia exposición y crítica de las posiciones de la doctrina en torno al tema. Además Perlinger ha planteado y resuelto, con suma agudeza, en su libro una serie de nuevas cuestiones que el instituto de la compraventa de cosa futura plantea en el terreno del Derecho mercantil.

* * *

(*) P. PERLINGIERI: *I negozi su beni futuri*, I. *La compravendita di cosa futura*. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli Edit. Jovene. Nápoles 1962.

(1) Aparecido en *Acta Salmanticensis*, serie Derecho, tomo V, núm. 2 (Salamanca, 1963).

(2) Así lo hacemos constar en nuestro trabajo, cit. supra pág. 186, nota 66. En él podrán encontrarse, no obstante, unas breves menciones a la posición de Perlingieri ante el problema de la compraventa de cosa futura en págs. 186, 189, 195, 196, 204, 206 y 211.

(3) Para otros trabajos y referencias, más breves, sobre el problema vid. nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, cit. Índice bibliográfico, págs. 225-233.

(4) Supera en este punto el nuevo C. c. italiano la concepción del contrato traslativo o transmisión de la propiedad por el consentimiento heredada en el anterior de 1865 del Código de Napoleón. Establece en su art. 1.472 que cuando la venta tiene por objeto una cosa futura la adquisición de la propiedad se verificará cuando la cosa exista y si ésta no llegase a existir la compraventa sería nula. Cfr., en una más detenida exposición, nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, cit. págs. 186-191.

El presente trabajo de Perlingieri aparece como una primera publicación de la obra que el autor inicia bajo el título general *I negozi su beni futuri*. Comienza en ella por hacer una somera referencia a los orígenes de la distinción *emptio rei speratae-emptio spei*. Viene a establecer que, en Roma (5), la distinción *emptio rei speratae-emptio spei* era una simple *quaestio facti* (6). Si los romanos llegaron a conocer tal distinción, viene a concluir en este punto, no se detuvieron en la diversidad estructural de ambos negocios.

La rápida ojeada que Perlingieri da a las fuentes jurídicas romanas no le permite captar la verdadera dimensión del problema de la compraventa de cosa futura en el Derecho romano, así como la exquisita linura y genialidad de la distinción *emptio rei speratae-emptio spei* en el pensamiento jurídico romano, tal y como se nos muestra en el texto de Pomponio D. 18, 1, 8 (9 *ad Sab.*).

A nuestro modo de ver, la compraventa de cosa futura nace en Roma perfectamente estructurada a través de dos tipos, que se pueden incluir dentro del concepto genérico de cosa futura: *emptio rei speratae* y *emptio spei*.

No nos dejaron los juristas romanos, ciertamente, una construcción teórica *ex professo* de la compraventa de cosas futuras, pero establecieron las dos categorías o tipos de compraventa de cosa futura antes mencionados, así como la distinción nitida entre ambos, tal y como se observa en el texto de Pomponio. La distinción, pues, no es una simple *quaestio facti*, como dice Perlingieri, sino que ambos tipos de negocios presentan diferencias fundamentales:

a) La *emptio rei speratae* es una compraventa condicional sometida al nacimiento del *partus* o a la producción de *fructus* (7).

b) La *emptio spei*, por el contrario, no encierra condicionalidad, es una *emptio perfecta ab origine* cuyo objeto, propiamente, es el *alea*, la *spes* (8).

En conclusión, en este punto, y contra la afirmación de Perlingieri, los juristas romanos no sólo conocieron la distinción *emptio rei speratae-emptio spei* sino que fueron quienes estructuraron estas categorías contractuales. En la genial construcción antes expuesta, la cual se mantiene, en el fondo, en el Derecho actual del continente europeo.

Que en el propósito de Perlingieri no entraba realizar un estudio del Derecho romano respecto a la institución que comentamos es algo que está de

(5) De donde arranca, sin ninguna duda, la institución; vid. nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, cit., págs. 11-12.

(6) Cfr. PERLINGIERI, op. cit., pág. 5.

(7) D. 18, 1, 8, pr.: "... *partus et fructus futuri recte emuntur, ut CUM EDITUS ESSET PARTUS, iam tunc cum contractum esset negotium venditio facta intellegatur*. En principio sólo la venta de los partos o frutos futuros constituía una *emptio rei speratae* (expresión posterior y certera síntesis de la idea romana).

(8) D. 18, 1, 8, 1: "*Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur veluti cum captum piscium vel arrium vel missillum emitur*".

manifiesto, mas, precisamente por ello, en nuestra modesta opinión, sobran en el trabajo de dicho autor, tan meritorio y valioso para el Derecho actual, esas páginas dedicadas a hacer una tran breve e insuficiente mención de los orígenes del instituto en estudio (9).

* * *

Aparte estas primeras páginas criticadas anteriormente, el libro de Perlingieri constituye una aportación fundamental para el Derecho actual en materia de compraventa de cosa futura. Su obra es además especialmente interesante y valiosa contiene una completísima bibliografía, en particular de la doctrina italiana respecto al tema.

Iremos destacando de su obra los puntos que nos han merecido mayor interés y los que nos han sugerido algún comentario o aclaración.

Desde las primeras páginas Perlingieri establece, con todo acierto (10), la especial importancia del artículo 1.472 del actual C. c. italiano respecto a la institución que nos ocupa, si tenemos presente la ausencia de una norma análoga en las legislaciones de los demás países de la Europa Occidental (11).

Resulta de gran interés el estudio que Perlingieri hace del concepto y significado de «cosa futura» en el artículo 1.472 del C. c. italiano. Establece la distinción: cosas futuras *in rerum natura* y *non in rerum natura*. interpretando en tal sentido los criterios del legislador del actual C. c. italiano. Entiende dicho autor por cosa futura *non in rerum natura*, respecto a la compraventa, aquélla que en el momento del contrato aún no tiene una existencia material; y por cosa futura *in rerum natura* la que aún no tiene una existencia jurídica-autónoma (12). Dentro de estas últimas—según Perlingieri—entrarían, por ejemplo, las *res nullius*, ya que siendo *in rerum natura* no tienen, antes de la ocupación, autonomía jurídica. En esta interpretación del concepto «cosa futura» en el 1.472 del C. c. italiano se muestra el fino jurista que es Perlingieri. Su distinción anterior viene a señalar la ambivalencia del concepto «cosa futura» para el legislador italiano que—según dicho autor—vería en él tanto cosas como derechos futuros.

Esta ambivalencia la establece el autor más precisamente en otro apartado de su obra (13). Es posible que tal criterio sea el del legislador italiano en el artículo 1.472 del C. c. (14) y en tal sentido nada hay que objetar a Perlingieri que trata de interpretarlo: sin embargo, en nuestra concepción de la institución, fruto del estudio de la línea de formación histórica de la misma, tal distinción no resulta válida para una construcción general del problema. Creemos que aquí la condición de futura ha de referirse a la

(9) PERLINGIERI, op. cit., págs. 3-6.

(10) PERLINGIERI, op. cit., págs. 6 y ss.

(11) Entre los Códigos americanos destacan, por su original regulación de la compraventa de cosa futura el chileno de 1855, el argentino de 1869 y el mexicano de 1928, vid. referencia y crítica de las disposiciones sobre el tema de todos ellos en nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, cit., págs. 174-182.

(12) Vid. PERLINGIERI, op. cit., págs. 10-17.

(13) Vid. PERLINGIERI, op. cit., pág. 22.

(14) Ya tuvimos ocasión de señalar nuestra opinión sobre este punto: *Compraventa civil de cosa futura*, cit., pág. 211, nota 1.

“cosa” y no al “derecho” de propiedad que se adquirirá (15). A nuestro modo de ver, y para una solución general del problema, hay que entender por cosa futura aquella que no existe como tal en la naturaleza, pero hay esperanza de que exista: este último punto nos parece fundamental ya que una cosa solamente es futura en cuanto hay esperanza de que llegue a existir (16).

Otro punto importante que Perlingieri aborda, como el anterior, dentro del estudio de lo que denomina «premisas constructivas del problema», es la distinción cosa genérica-cosa futura. Ante la pregunta que se formula de si una cosa genérica puede entenderse como cosa futura el autor responde, sin dudar, negativamente. En efecto, como muy bien dice Perlingieri, la futuridad alcanza relieve jurídico en la esfera de la «specificità» o más precisamente, en la esfera de la «determinabilità» actual de la *res* (17).

Apartados de interés, igualmente, en la obra de Perlingieri, son los referentes a la distinción derecho futuro-derecho condicional; de las comunes calificaciones de la situación subjetiva condicional: derecho eventual, derecho futuro, expectativa, derecho condicionado y germen de derecho. El análisis de las anteriores categorías viene realizado de forma sugestiva y minuciosa y acompañado de una bibliografía prácticamente exhaustiva sobre cada punto. En conclusión y como solución al problema central de estos supuestos (la distinción derecho futuro-derecho condicionado), Perlingieri viene a establecer (18) que la venta de un derecho condicionado no es venta de un derecho futuro, sino de un derecho presente y actual, de naturaleza provisional e instrumental, entendido como derecho al derecho.

De especial relevancia es el problema de la distinción venta de cosa futura arrendamiento de obra. Para Perlingieri la distinción ha de buscarse bajo el punto de vista de la causa. En el Derecho moderno, ciertamente, el problema de tal distinción se presenta con unos límites más imprecisos. En el Derecho romano, por el contrario, la distinción es clara y a la luz de ella es como, únicamente, a nuestro entender, puede encontrarse el camino seguro para su configuración en el Derecho actual. No hay problema respecto a la *emptio rei speratae*, la configuración de este negocio es totalmente distinta del arrendamiento. La *emptio spei*, por el contrario, presenta una indudable analogía con el arrendamiento de servicios, pero no puede confundirse con él. La figura viene estructurada desde Roma como *emptio*. Si el vendedor, en el supuesto del *iactus retis*, no quiere lanzar la red o no

(15) En este punto PERLINGIERI parece aproximarse a la tesis de RUBINO: *La compravendita* (Milán, 1952), vol. XXIII del *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu-Messineo, págs. 145-147, quien distingue en la compraventa de cosa futura un aspecto objetivo, caracterizado por la no existencia todavía del objeto en el patrimonio y otro subjetivo, caracterizado por una especial vinculación de la voluntad de las partes.

(16) Esto por la misma etimología de *futurus* = que ha de ser. Más extensamente sobre este punto en nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., págs. 211-214.

(17) Op. cit., pág. 18.

(18) Cfr. op. cit., pág. 36.

quiere entregar lo capturado, responde por la acción de compra, *ex emptio*. Por otro lado debe pensarse que no en todos los supuestos de *emptio spei* el vendedor debe realizar una actividad, como, por ejemplo, en los casos de *emptio spei obligationis* o de *emptio spei hereditatis* (19).

«El principio consensualístico y la venta de cosa futura» es otro punto de interés en el trabajo de Perlingieri. Ciertamente la institución de la compraventa de cosa futura pone en grave aprieto el sistema de la transmisión de propiedad por el consentimiento que el C. c. italiano, como reflejo del de Napoleón en este punto, mantiene; más también es verdad, como observa Perlingieri, que el artículo 1.472 no deroga tal principio consensualístico, sino que lo salva con gran habilidad (20).

Respecto a los efectos del negocio, Perlingieri entiende que se producen *ex nunc*, aunque no debe entenderse contraído *ex nunc* el negocio (21). No nos parece suficientemente clara esta exposición ni del todo cierta. El negocio, según nuestro criterio, se retrotrae una vez venida a la existencia la cosa (cumplida la condición). Hay, pues, una retroactividad general: el negocio se entiende realizado desde un principio, si bien ciertos efectos se producirán necesariamente *ex nunc* (todos aquellos que se derivan de la cosa en sí, por ejemplo, la propiedad sobre la cosa) y otros *ex tunc* (los relacionados con la obligación del vendedor de entregar la cosa, en los sistemas de *traditio*, y la responsabilidad por evicción, por ejemplo).

Respecto a la adquisición de la propiedad para la compraventa de cosa futura, establece claramente el C. c. italiano, en su artículo 1.472, repetidamente citado, que se adquirirá una vez que la cosa venga a la existencia, si bien en los casos en que la cosa objeto de la venta no estaba perfectamente individualizada o determinada era preciso admitir que la propiedad no pasa, sino con la individualización o separación de la misma (es el caso de la venta de árboles o de frutos de un fundo). Esto es lo que Perlingieri denomina «actos de determinación de la cosa»: a este propósito establece la distinción entre autonomía jurídica de la cosa (aún antes de venir a la existencia) y la existencia material de la misma,

Según nuestra opinión, la perfecta regulación del Código civil italiano, en este punto, está en separar los efectos obligatorios y los efectos reales en la compraventa. La novedad radica en que estos últimos pueden aplazarse, se admiten los efectos obligatorios *ab initio* y separadamente, en momento posterior, los efectos reales.

Hace ver Perlingieri cómo el nuevo C. c. italiano ha eliminado las dudas sobre la admisibilidad de la compraventa de cosa futura, sobre la automaticidad y sobre el momento de la adquisición del comprador, pero no ha podido salvar las dificultades sobre la construcción y naturaleza del negocio, sobre la calificación de la relación jurídica. Asimismo, considera, la

(19) Para estos supuestos y otros análogos puede verse el tercer capítulo de nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., titulado "Aplicaciones análogas de la *emptio spei* por la Jurisprudencia".

(20) Vid. la referencia que sobre la cuestión hacíamos supra nota 4.

(21) Op. cit., pág. 45. En este sentido también RUBINO: *La compravendida*, cit., págs. 152-153.

insuficiencia de la orientación doctrinal que se limita a indagar la obligatoriedad o realidad. Convenimos con el citado autor en que la naturaleza de la venta de cosa futura no se agota en su calificación de obligatoria o real y en que, por tanto, es necesario aclarar la estructura interna de la institución.

Es igualmente acertada, en nuestra opinión, la distinción que en el libro de Perlingieri se hace entre objeto del contrato y objeto de la prestación. Lo que bajo el nombre de objeto es esencial a la conclusión o formación del contrato es la «posibilidad» de la prestación (22), lo que le hace ejecutivo es la «efectividad» de la prestación la cual se traduce, desde el punto de vista del objeto, en su actualidad (23).

* * *

Hace Perlingieri una revisión, completísima, de las posiciones de la doctrina ante el problema de la compraventa de cosa futura. Para su estudio y crítica las divide en dos grandes grupos: de un lado, las teorías que niegan la naturaleza condicional de la venta de cosa futura, de otro, las teorías que explican la naturaleza del contrato utilizando el mecanismo condicional. Dentro de las primeras (24), analiza las siguientes posiciones: contrato excepcionalmente sin objeto, promesa de venta, venta meramente obligatoria, contrato de formación sucesiva o con consentimiento anticipado, contrato de compraventa futura, contrato falto de plenitud objetiva, relación traslativa compleja, negocio puro y simple, negocio «per relationem» y negocio a término.

Al referirse a las segundas (25) hace Perlingieri un detenido estudio de la teoría condicional bajo el criterio de considerar a la condición elemento accidental del negocio jurídico, criterio muy discutido a partir de los trabajos de Betti y Cariota Ferrara, principalmente (26). No acepta Perlingieri que la condición se refiera a la eficacia traslativa y menos al transferimiento del derecho como acto traslativo; cree preferible considerar condicionado por entero el contrato. Sus puntos de vista sobre el fenómeno condicional —salvo lo dicho anteriormente— nos parecen aceptables. En lo que ya no estamos de acuerdo con dicho autor es en considerar que la compraventa de cosa futura es un contrato sometido a *condicio iuris*. Ciertamente, para la *emptio rei speratae* la solución de compraventa sometida a una *condicio iuris* no parece enteramente desacertada, en una rápida consideración, pero tras meditar más seriamente el problema puede verse cómo en ninguno de los ordenamientos jurídicos —incluido el C. c. italiano— aparece, de

(22) Así PERLINGIERI: op. cit., pág. 68. Puede verse también nuestra opinión, en este mismo sentido, en *Compraventa civil de cosa futura* cit., páginas 175-6.

(23) Cfr. PERLINGIERI, op. cit., pág. 69 y bibliografía, sobre este punto, allí citada.

(24) Op. cit., capítulo II, págs. 73-125.

(25) Op. cit., capítulo III, págs. 127-158.

(26) BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico* (Turín, 1952)² (reimpresión corregida), págs. 514-554; CARIOTA FERRARA: *El negocio jurídico*, trad. de M. Albaladejo (Madrid, 1956), págs. 547-561. Una breve mención al problema en nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., pág. 194.

manera expresa, considerada la existencia de la cosa como requisito legal del contrato, sino que, por el contrario, vienen a poner, generalmente, como uno de los requisitos del contrato, un objeto posible dentro del cual se comprenden las cosas futuras.

Si no es posible aplicar la categoría de *condicio iuris* a la *emptio rei speratae* aún menos puede aquélla ser aplicada a la *emptio spei*, que es un contrato puramente aleatorio (27).

En general no nos parece acertada la sistemática que el autor ha seguido en el estudio de la doctrina, ya que trata conjuntamente figuras tan distintas como la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*. En nuestra opinión debe hacerse un estudio separado de ambas categorías, tal y como surgieron en el Derecho romano y se han mantenido después a través de toda la historia del pensamiento jurídico europeo posterior. No creemos, pues, aceptable, como pretende Perlingieri, que desde el punto de vista del objeto no aparezca ninguna diferencia entre *emptio rei speratae* y *emptio spei*. En la *emptio rei speratae* el objeto del contrato es una cosa futura de la cual se tiene esperanza de que exista (*partus* o *fructus futuri* en el pensamiento romano); en la *emptio spei*, por el contrario, el objeto es el puro azar, la *spes*, el *alea* (28).

* * *

La distinción estructural *emptio spei-emptio rei speratae* se la plantea Perlingieri al estudiar el párrafo segundo del artículo 1.472 del C. c. italiano (29). Claro es que la distinción que aquí pretende el autor está dotada de una validez parcial únicamente, referida a una norma concreta del C. c. italiano, sin considerar especialmente toda una radical distinción que se ha venido manteniendo desde Roma.

Según Perlingieri debe intentarse una distinción estructural entre dos figuras *emptio spei-emptio rei speratae*. Cree que esta tentativa debe hacerse siempre en el ámbito del fenómeno condicional. En la *emptio spei* la obligación de entrega o el efecto real están condicionados al efectivo producirse de la cosa y la condición tiene aquí naturaleza de un requisito de eficacia de la prestación del vendedor; en la *emptio rei speratae* trátase de un negocio condicionado sujeto a una condición que tiene naturaleza de verdadero y propio requisito de eficacia (30).

Concluye, respecto a este punto, que la *emptio spei* debe considerarse como una venta de cosa futura pura y simple y que, por el contrario, la *emptio rei speratae* debe ser considerada como una venta condicionada, la cual encuentra completa eficacia en el momento en que la cosa recibe existencia jurídica autónoma. La cosa futura juega el papel de objeto, su nacimiento el de condición.

(27) Una más detenida crítica a la construcción que ve en la compraventa de cosa futura un contrato sometido a una *condicio iuris* puede verse en nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., págs. 195 y 205.

(28) Contra la opinión de PERLINGIERI, op. cit., pág. 75.

(29) Op. cit., págs. 161 y ss.

(30) Op. cit., págs. 167-168.

En nuestra opinión el C. c. italiano no configura la compraventa de cosa futura, propiamente, como condicional, si bien los efectos de su construcción resultan equivalentes. Parece que el legislador italiano hubiese rehuido *ex professo*, tal calificación. La novedad de la regulación de dicho Código en esta materia está en separar los efectos obligatorios y los efectos reales en la compraventa. Según este criterio, en la compraventa de cosa futura, el vendedor se obliga a transmitir la cosa y la propiedad de la misma en un momento posterior, el de su existencia, si no puede hacerlo en ese momento su prestación se hace imposible y, en consecuencia, es nulo el contrato. En el fondo es un retorno necesario a la compraventa obligatoria romana clásica (31).

No estima acertada Perlingieri la frase siguiente del 1.472, párrafo 2.º del C. c. italiano: «Si la cosa no viene a la existencia el contrato es nulo». Cree el autor que no hay nulidad en sentido propio porque tal es sólo la debida a una causa originaria y no lo es, por tanto, la ocasionada por una causa sobrevvenida. Nuestro criterio es, frente al del autor, que la expresión antes mencionada del C. c. italiano es en sí correcta, pues entendemos que una vez producida o venida a la existencia la cosa el contrato se considera existente *ab initio*, como si existiera desde un principio incondicionadamente; de otra suerte, si la cosa no viene a la existencia, el contrato se considera nulo, inexistente *ab origine*.

* * *

Todas las cuestiones que Perlingieri plantea desde el punto de vista de las relaciones de los sujetos que intervienen en el negocio, de sus derechos y obligaciones, resultan de extraordinario interés, como puede juzgarse por el simple enunciado de algunas de ellas: naturaleza contractual de la responsabilidad de las partes antes de la existencia de la cosa; obligaciones del vendedor como unilaterales y no sinalagmáticas; obligación de proceder a la separación o corte de los frutos pendientes; calificación jurídica de la situación subjetiva del comprador antes de la venida a la existencia de la cosa; obligación del comprador de pagar el precio, el riesgo y el problema de su incidencia; etc. (32).

Ante la imposibilidad de referirnos a todos estos puntos con la debida amplitud que ello requeriría, en detrimento de los límites que nos hemos trazado en la presente nota, preferimos concretarnos ahora a uno de ellos que presenta una relevante importancia dentro del tema y ante el que nos sentimos obligados a establecer algunas consideraciones frente al autor. Se trata del problema del riesgo, del perecimiento de la cosa en la compraventa de cosa futura.

Pretende Perlingieri atribuir de forma unitaria la doctrina del riesgo a la compraventa de cosa futura bajo las siguientes razones: 1) porque una cosa es la «cosa futura» y otra las «situaciones jurídicas subjetivas» que

(31) En tal sentido vid. nuestra *Compraventa civil de cosa futura* cit., páginas 186-191.

(32) Vid. PERLINGIERI, op. cit., págs. 181 y ss.

respecto a ella pueden surgir. La futuridad de la primera no lleva consigo la futuridad de las segundas. 2) Porque la noción del riesgo no se limita a los acontecimientos que influyen materialmente sobre la cosa sino que abarca aquellas que modifican su régimen jurídico. En conclusión, mantiene insostenible la opinión de quienes señalan que el riesgo de la cosa puede surgir en el momento en que ésta venga a la existencia,

Por nuestra parte estimamos que el riesgo, en sentido técnico —lo que los juristas romanos denominaban *periculum rei venditae*— solamente mira al caso de perecimiento de la cosa (33). Ello solamente puede darse en cosas existentes, al menos en alguna medida (*fructus in herbis*, por ejemplo). Así pues, entendemos que la imposibilidad de la venida a la existencia de la cosa no puede entrar en el concepto técnico de riesgo, de *periculum*. Desde el Derecho romano este es el criterio a seguir: por lo tanto, el problema del riesgo en la compraventa de cosa futura, a nuestro entender, ha de verse así:

a) En el caso de venta de *fructus in herbis*, es decir, para los frutos que de alguna manera se encuentran ya en germen, el *periculum*, el perecimiento de la cosa sin culpa del vendedor (o sin otro tipo de responsabilidad) pasa al comprador si no hay pacto en contrario, ya que se ha contratado la venta puramente (34).

b) *Emptio rei speratae*, compraventa de cosa que se espera según el curso normal de los acontecimientos. Se trata de compraventa condicional y hasta que la condición no se cumple no se produce la *perfectio emptiois*, con la que entra en juego el principio *periculum est emptoris*. Cumplida la condición la venta se considera perfecta (35). Por tanto, hasta que no exista la cosa hasta que no se cumpla la condición) no hay riesgo, no hay *periculum*.

Venida a la existencia la cosa (cumplida la condición) y siempre que no haya responsabilidad por parte del vendedor, el riesgo es del comprador.

c) Finalmente, en la *emptio spei*, contrato puramente aleatorio, no hay aplicación del principio *periculum est emptoris* ya que el contrato se hace a pleno riesgo. Habrá, desde luego, posibilidad de actuar en caso de dolo del vendedor que impida o no realice lo necesario para la venida a la existencia de la cosa o que vaya contra la buena fe del contrato, pero esto es distinto a intentar aplicar la doctrina de los riesgos —*periculum*— a la figura más audaz del contrato aleatorio.

* * *

(33) Este es el sentido que encierra en las fuentes jurídicas romanas: riesgo específico de pérdida, perecimiento (*perire* = percer). Cosa enteramente distinta es el riesgo aleatorio; el riesgo como esencia íntima y razón de ser del contrato, como en la *emptio spei*.

(34) Este criterio parece que existía ya en época clásica en Roma, vid. D. 18, 1, 78, 3 (*Lab. 4 post. a Jav. epit.*).

(35) Hoy diríamos más propiamente quizá, "eficaz" ya que "perfecta", en la generalidad de los cuerpos legales actuales, se considera a la venta desde el momento en que las partes prestan su consentimiento. Así en el art. 1.450 del C. c. español.

En otro apartado de su interesante libro estudia Perlingieri una serie de presupuestos de impugnación del negocio de compraventa de cosa futura (36).

Entre otros trata de los siguientes: resolución, nulidad (diferencias entre éstos): violación de la obligación preliminar y resolución por incumplimiento: concurso de resolución y rescindiramiento: naturaleza y límites del rescindiramiento: resolución por excesiva onerosidad, etc. Ante la imposibilidad de referir todas las sugerencias que se derivan de la casi exhaustiva exposición del autor en este punto, vamos a concretarnos —según criterio ya utilizado en la presente nota— a una cuestión que nos ha merecido especial consideración: la referente a la resolución por excesiva onerosidad. Se pregunta Perlingieri si la resolución por excesiva onerosidad es compatible con la compraventa de cosa futura, viniendo a inclinarse por una respuesta afirmativa. De nuevo aquí nos parece más aceptable, frente al autor, la resolución contraria. Hay que tener presente que incluso la *emptio rei speratae* es un contrato en cierta medida aleatorio. Hay en él una cierta aleatoriedad en cuanto se compran —según la esencia romana de la institución— frutos o partos futuros sin una especial atención a la cantidad y calidad de los mismos (compra de una cosecha futura en bloque, por ejemplo). La aleatoriedad juega en la *emptio rei speratae* únicamente respecto a la cantidad y calidad de la cosa objeto del contrato.

Entrando ahora en el terreno del Derecho italiano —que es al que, con exclusividad, se refiere Perlingieri— estimamos que resulta aplicable a la *emptio rei speratae* el párrafo 2.º del art. 1.467 del C. c. italiano (37): de acuerdo con ésto la excesiva onerosidad no podrá ser invocada como motivo de resolución de la *emptio rei speratae* sin haber previamente demostrado que ella excede del «alea normal» del contrato.

Aún más claramente será inaplicable tal resolución para la *emptio spei* donde, precisamente, el alea constituye el propio objeto del contrato.

En este mismo orden de ideas no podemos considerar plenamente aceptable el criterio que aporta Perlingieri, de modo general, respecto a la aplicación de la rescisión por lesión —art. 1.448 del C. c. italiano— a la compraventa de cosa futura (38). En nuestro criterio, por lo que a la legislación italiana se refiere, estimamos aplicable en este caso el párrafo cuarto del citado artículo 1.448 en el que se establece que no pueden ser rescindidos por lesión los contratos aleatorios. Por tanto no puede ser aplicado el criterio de la rescisión por lesión a la *emptio rei speratae*, en lo que esta tiene de aleatoria, y de ningún modo, desde luego, a la *emptio spei*, el más puro y genuino contrato aleatorio. En estos casos solamente puede actuarse por la acción de dolo contra el vendedor si éste vendió, por ejemplo, los frutos de un fundo

(36) Op. cit., págs. 217-255.

(37) Dice el art. 1.467, 2.º del C. c. italiano: "La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto".

(38) Op. cit., págs. 237 y ss.

¡sabiendo que no se producirían o hizo para que no se produjeran o vendió el parto futuro de un animal estéril, etc. (39).

Otro punto de disparidad con Perlingieri nos surge respecto al alcance que éste pretende dar a la garantía de evicción en la compraventa de cosa futura. Por no extender excesivamente nuestras consideraciones diremos únicamente que, en nuestro modo de entender la institución, no puede hablarse de evicción en la *emptio spei* por su especial naturaleza aleatoria. En cuanto a la *emptio rei speratae* el vendedor responderá únicamente si en el momento de producirse la cosa no le pertenece o está sometida a algún gravamen que no existía en el momento del contrato (40).

* * *

Hay aún un último apartado en el libro de Perlingieri (41) que constituye, en nuestra opinión, uno de los más afortunados y útiles de toda la obra. Plantea aquí una fertilísima gama de cuestiones desde el punto de vista del contrato respecto a terceros: publicidad del contrato para bienes muebles e inmuebles; régimen fiscal del contrato; efectos de la quiebra sobre la venta de cosa futura; conflictos entre comprador y acreedor pignoraticio; entre comprador y acreedor hipotecario (antes de la existencia de la cosa); contrato de prenda sobre los frutos pendientes, etc. El estudio de todos estos aspectos constituye una valiosísima aportación al problema, aún no estudiado debidamente, de la compraventa mercantil de cosa futura sobre el que no nos sentimos autorizados a manifestarnos ni, por otro lado, sería ya aquí posible hacerlo.

* * *

Finalmente no nos queda sino reiterar nuestro sincero elogio hacia esta monografía de Perlingieri. Es una obra de extraordinaria importancia para el Derecho actual y en especial para el italiano, en el que viene a ser prácticamente exhaustiva en el tema que aborda.

Las observaciones y discrepancias que en algunos puntos hemos sostenido frente al autor —fruto de nuestro estudio de la institución desde otro punto de vista, el de su evolución histórica desde Roma— en nada han pretendido empañar el valor y el alcance, realmente notables, del presente trabajo

ALFREDO CALONGE

(39) No obstante todo lo anterior, que responde plenamente, a nuestro modo de ver, a la concepción romana clásica de la institución, la *laesio enormis*, proveniente de la última época del Derecho romano, ha jugado un importante papel en nuestro tema en determinadas épocas de la historia del pensamiento jurídico europeo (así en España, con los teólogos-juristas del XVI, también, en cierta medida, en el resto de Europa con el lusnaturalismo racionalista de los siglos XVII-XVIII) en las que se tiende a una valoración ética interna más que a una solución rigurosamente jurídica de la compraventa de cosa futura.

(40) Más extensamente en nuestra *Compraventa civil de cosa futura*, vid. Índice de materias: "evicción".

(41) Op. cit., págs. 257-311.