

## PERICULUM EST EMPTORIS Y FRAG. VAT. 16

(Pap. 3 resp.)

En la preparación de nuestra tesis doctoral sobre *periculum est emptoris* nos ha llamado especialmente la atención este fragmento de Papiniano y, por ello, hemos preferido hacer del mismo una publicación separada. Su sentido jurídico es sobremanera profundo; en materia de riesgos contractuales, dentro del Derecho Romano, el pasaje nos revela todo un pensamiento clásico. Merece un estudio especialísimo por una serie de razones que sólo en él se dan: ha llegado a nosotros sin pasar por la Compilación, es plenamente clásico, prueba fehacientemente nuestra postura sobre el momento en que nace el riesgo, demuestra cómo *periculum* era equivalente a riesgo de perecimiento que se daba fundamentalmente en las cosas genéricas<sup>1</sup>, etc.: encierra toda una problemática profunda y aún no desentrañada. Por ello, vamos a ofrecer una interpretación lo más

---

1. En nuestra tesis doctoral, todavía en formación, dedicamos un capítulo a la determinación del momento en que el riesgo sobrevenido se transfería al comprador: allí demostramos, de modo especial a la luz de las fuentes (D. 18, 6, 8; C. 4, 48, 6; D. 18, 6, 7 pr.; I. 3, 23, 3; D. 43, 24, 11, 12, etc.), que el *periculum* era un perecimiento real, sustancial, jurídico-patrimonial, que tenía lugar *ante traditionem*, una vez que el contrato nacía a la vida jurídica, atribuido de modo general al comprador. Hablar de *periculum post traditionem rei* (como ha hecho una parte de la doctrina al negar la clasicidad del *periculum emptoris* y afirmar el origen justiniano del riesgo antes de la entrega: en este sentido Arnó, Haymann, Beseler, Konstantinovitch, Betti) es afirmar una verdad inconcusa, la de que "las cosas perecen para su dueño o poseedor de hecho", principio que no tiene nada que ver con el del *periculum est emptoris*.

Este perecimiento se daba fundamentalmente en las *res quae pondere numero mensura constant*, y en este sentido, el texto que analizamos es elocuente.

acertada posible. El pasaje se reduce a un *responsum* de Papiniano contenido en los Fr. Vat. 16: *Vino mutatio periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel conditionem emptio- nis impletam id evenerit. Quod si mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vini vendidit, nullum emptoris interea periculum erit.*

Como hace notar Meylan <sup>2</sup>, el texto es, según opinión general, el que más nos puede orientar para la comprensión del régimen de los riesgos en el Derecho romano clásico.

Los autores que han sostenido la tesis de que *periculum est emptoris* es una regla justiniana, ya que en la época clásica sólo la *traditio* hacía pasar el riesgo, no han tenido en cuenta suficientemente la importancia de este texto. La *traditio* para nada se menciona en el fragmento. En cambio, sí se menciona, como criterio determinante del *periculum*, la conclusión del contrato. Los clásicos sí conocían el *periculum emptoris ante traditionem*, como nos demuestra un jurisconsulto clásico, Papiniano, en un *responsum* que no pudo ser alterado posteriormente. El texto, por sí solo, sirve de prueba eficaz contra la tesis de Arnó <sup>3</sup>, Haymann <sup>4</sup> y seguidores.

Observa el propio Meylan <sup>5</sup> cómo autores de relevancia, al tratar el tema del *periculum emptoris*, han olvidado este texto. Así Hoetink <sup>6</sup>. Otros, apenas se detienen en su análisis, como Rabel <sup>7</sup>, y no faltan quienes lo estudian desde puntos de vista concretos. En este sentido, Schulz <sup>8</sup> lo relaciona con la *custodia venditoris*: la alteración del vino se puede equiparar a una situación de fuerza mayor, similar a la muerte natural de un esclavo, y que viene a marcar el límite hasta donde llega la responsabilidad del vendedor por custodia.

2. MEYLAN, *Fr. Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente*, en *Iura*, I (1950), p. 253.

3. ARNO, en varios trabajos publicados entre 1879 y 1910, el primero de los cuales, *Le teoria del "periculum rei venditae" nel diritto romano classico*, apareció en *Giurispr. Ital.*, XLIX (1897), IV, pp. 209 ss.

4. HAYMANN, *Textkritische Studien zum röm. Obligationenrecht*, II, "Periculum est emptoris", en *ZSS.*, XLI (1920), pp. 44 ss.

5. Cfr. MEYLAN, *Fr. Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente*, en *Iura*, I, cit., pp. 253 a 254.

6. HOETINK, *Periculum est emptoris*, thèse de Leyde (Haarlem 1928).

7. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, en *ZSS.*, XLII (1921), p. 551.

8. SCHULZ, *Krit. Vierteljahrschr.*, L (1912), pp. 71 ss.

El fragmento consta de dos partes y se hace preciso entrar en el estudio de cada una de ellas por separado.

En el párrafo segundo se contempla el supuesto siguiente: venta de unas ánforas de vino *corpore non demonstrato*, en cuya situación no hay riesgo para el comprador, si aquél se deteriora. De un análisis del mismo se deduce en seguida la existencia de una situación contrapuesta a la expresada en el párrafo primero. La contraposición es de fondo, y ésta nos lleva a otra terminológica claramente implícita que se concretaría en estos términos: *Vino mutato periculum emptorem spectat <corpore demonstrato>, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit*. En el primer párrafo —*corpore demonstrato*— el riesgo de alteración del vino es siempre para el comprador. En principio, pues, se contemplan en el fragmento, como observa Meylan<sup>9</sup>, dos hipótesis distintas: *corpore demonstrato* (§ 1.º): *periculum emptorem spectat*. *Corpore non demonstrato* (§ 2.º): *nullum emptoris interessa periculum erit*.

Del párrafo segundo y de su contraposición con el primero, inferimos que la *demonstratio corporis* es fundamental a efectos de atribuir el riesgo al comprador. El término *interesa* pone de relieve esta idea. Dicho término guarda una relación formal con la frase *corpore non demonstrato*: mientras no exista la *demonstratio*, no hay riesgo para el comprador.

La primera cuestión a dilucidar, contenida en el apartado segundo, será, por tanto, qué se entiende por *corpore non demonstrato*. Aclarado este punto, es el propio Papiniano quien, en relación con él, imputa o no al comprador el riesgo del vino cambiado.

Queda después un segundo problema, que encierra un enigma para los autores que han pretendido resolverlo. Ninguna solución hasta ahora ha sido satisfactoria, y se hace preciso intentarla, porque, sin ella, el *responsum* no quedará totalmente esclarecido: es el párrafo ... *quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit*.

¿Qué podemos entender por *demonstratio corporis*?

---

9. Cfr. MEYLAN, *Fr. Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente*, en *Iura*, I, cit., p. 258.

Ya Levy <sup>10</sup> se planteó la cuestión, y ante la oscuridad de la frase, hizo una reconstrucción que, por supuesto, no deja de pertenecer al mundo de lo conjeturable y, por otra parte, creo no es posible añadir ni quitar nada, ya que se trata de una respuesta lapidaria que no tiene por qué exponer más, ni lógica, ni filológicamente.

Arangio-Ruiz <sup>11</sup> dice que, según la distinción hecha por Papiniano, hay que entender la diferencia entre los dos tipos en el sentido de que *corpore demonstrato* las ánforas por entregar habrían sido sacadas del almacén, o bien marcadas o puestas a disposición del comprador en el mismo lugar. Por el contrario, *corpore non demonstrato*, la separación aún no se había realizado. Si se hubiese tratado de venta de géneros, lo habría expresado con más claridad. La expresión *corpore non demonstrato*, sigue diciéndonos el mismo autor, parece en realidad aludir a una individualización posible y sólo por razón de comodidad retardada.

También Meylan <sup>12</sup> habla de un cierto grado de individualización. Pero lo que se hace preciso es determinar qué grado o forma de individualización exige Papiniano para atribuir el riesgo al comprador.

Creemos que el vocablo *corpus*, tratándose de cosas genéricas, es equivalente al de *genus*. No hace falta que se exprese, como quiere Arangio-Ruiz <sup>13</sup>; es inverosímil que el texto se halle en contradicción con otros muy numerosos del Digesto donde se contemplan situaciones similares conceptualmente: ventas de vinos donde ni aparece el término *genus* ni el de *corpus*. Sin embargo, tanto en el Digesto, como en el pasaje de los Fragmentos Vaticanos que contemplamos, se trata de cosas genéricas (concretamente, vino), que son objeto del tráfico jurídico, y si el riesgo se ciere sobre ellas, corresponderá al comprador después de su individualización, una vez que la indeterminación desaparezca y surja la *species*. Bien se trate de *corpus* o de *gēnus*, ambos términos son filológicamente imprecisos, de múltiple y supletoria significación, que fácilmente un jurisconsulto ro-

10. SECKEL y LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en ZSS, XLVII (1927), pp. 194 ss.

11. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I (Napoli 1952), p. 123.

12. MEYLAN, *op. cit.* en *Iura*, I, p. 258.

13. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, cit., p. 123.

mano, perfecto conocedor de su lengua, podía utilizar indistintamente, máxime si tenemos en cuenta que las expresiones jurídicas carecen de aquel rigor formal característico de los prosistas latinos, y que, además, el lenguaje jurídico romano encierra toda una temática llena de casuismo, de múltiples conceptos, a veces distintos, a veces excesivamente similares, y el lenguaje tiene que adaptarse a este fondo lleno de matices. *Corpus* y *genus*, por su imprecisión, variedad de significados, generalidad conceptual y puntos de coincidencia, vienen a significar lo mismo en el aspecto jurídico que contemplamos: sustancia, armazón, cantidad indeterminada.

Creemos, por tanto, que, en relación con las cosas genéricas, y por lo que se refiere al pasaje contemplado, en cuanto al vino, *corpus* es equivalente a *genus*.

El otro término, *demonstrare*, estamos de acuerdo con Arangio-Ruiz y Meylan, que hace alusión a individualización o determinación, pero es necesario matizar más y ver a qué forma de individualización puede referirse Papiniano, teniendo en cuenta que nos movemos en un terreno difícil, ya que la comparación con otros textos, en este sentido sobre todo, no es posible, toda vez que el fragmento no ha pasado por el retoque justiniano, y, por tanto, sólo negativamente podemos ver alguna relación con ellos, en cuanto es muy difícil se halle en contradicción con las opiniones de los jurisconsultos clásicos, siendo así que Papiniano era uno más, y contemporáneo de algunos cuya opinión es uniforme en la Compilación, en el sentido de que para ellos es la *mensura*, la *degustatio*, los únicos medios de concreción del *genus*.

*Demonstrare*, terminológicamente, es equivalente a probar algo, ponerlo en evidencia; sin embargo, esto no indica nada. Jurídicamente, la significación es otra, pero puede tener una relación con su sentido literal, en cuanto se refiere a que los elementos determinantes de la concreción del género aparecieran, se presentaran indefectiblemente. ¿Cuáles son esos elementos? La *mensura*, o la *degustatio*<sup>14</sup>. ¿Por qué Papiniano se iba apartar de la línea clásica, general

---

14. En el capítulo dedicado en nuestra tesis doctoral al *periculum* en relación con la *emptio generis* deducimos que hablar de *periculum generis* es un contrasentido (*genus perire non censetur*). El *periculum* sólo tiene razón de ser una vez que el *genus* se ha transformado en *species*. Este acto, denominado "concreción del *genus*", tiene lugar mediante la *mensura*, *ad pondus*, *ad nume-*

a este respecto, por lo demás clarísima y totalmente lógica en el plano jurídico? Si, como hemos tenido ocasión de observar, en el fragmento no se hace alusión para nada a la *traditio* como determinante del riesgo, y sí a la perfección del contrato, ésta, en las cosas genéricas, como el vino, sólo se origina mediante la *mensura* o la *degustatio*. Se trata únicamente de averiguar a cuál de ellos puede referirse.

Puede hacer alusión a *mensura* y ser equivalente la expresión *corpore non demonstrato* al *antequam admetiatur* o *donec admetiatur* de las fuentes. Sin embargo, la identificación no parece aquí adecuada, ya que se habla de número de ánforas, precio determinado, lo cual da a entender que se vendía tal cantidad a tanto precio: es decir, la medida estaba hecha.

Puede hacer alusión a la *degustatio*: tantas ánforas de vino de tal precio cuya calidad no había sido probada o degustada por el comprador. El supuesto es normal, teniendo en cuenta que la *degustatio*, como facultad del *emptor*, aparece citada constantemente por

---

*ratio* y *degustatio*, factores que a su vez originan la *perfectio emptionis*, determinante del riesgo para el comprador. La *emptio pondere numero mensura*, mientras llegue el momento de la concreción, viene a ser una especie de venta condicional, al menos desde el punto de vista de la eficacia de los efectos, en la que el *periculum* no tiene cabida. Si la *degustatio* no era exigida por el comprador (aquella era una facultad unilateral de éste, y como tal, renunciabile), la *mensura* por sí sola concretaba el *genus*, originaba la *perfectio* y, como consecuencia, el *periculum emptoris*. Si la *degustatio* era exigida (y lo era normalmente, como se deduce del D. 18, 6, 4, 1: ... *difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet* ...) aquella era suficiente para perfeccionar la venta y acarrear el *periculum emptoris*. Toda esta teoría está probada por multitud de textos clásicos, algunos antiquísimos, cuyo núcleo esencial procede de Sabino, y demuestra cómo el *periculum emptoris* era plenamente clásico y debió tener su originaria y más amplia expresión en las cosas genéricas, fácilmente perecibles y de gran tráfico en el mundo comercial romano. Véanse, por ejemplo, los textos siguientes: D. 18, 1, 35, 5; D. 18, 1, 35, 7; D. 18, 6, 1, 1; D. 18, 6, 1, 2; D. 18, 6, 4, 1; D. 18, 6, 4, 2; D. 18, 6, 1, 4; D. 18, 6, 5, etc.

La concreción del *genus* implica *perfectio*, como hemos afirmado, no *traditio*. Esta vendría en un momento posterior, cuando las mercancías dejaran de integrar la esfera posesoria del vendedor y pasaran a ser propiedad o posesión del comprador: si en esta situación la *res empti* perece, perece para el comprador, no como consecuencia del principio *periculum est emptoris*, sino por aplicación de una máxima que nada tiene que ver con aquél: *res perit domino*.

las fuentes en la venta de vinos. Tanto la *degustatio*, como la *mensura*, determinan la *perfectio emptionis* en las ventas genéricas: cuando la *degustatio* era exigida —y lo era normalmente— la *mensura* era insuficiente para clausurar la condicionalidad, dejar paso a la *emptio perfecta* y atribuir el riesgo al comprador. Por el contrario, si la *mensura* no era necesaria, la *degustatio* bastaba por sí sola para originar la venta perfecta, y *post degustationem, periculum est emptoris*.

Creemos, dentro, claro está, de un terreno hipotético, pero perfectamente admisible, que el *nullum emptoris interea periculum erit* relacionado con *corpore non demonstrato*, tiene su entronque jurídico en la *degustatio*. Papiniano se expresaría así: “Si el vino sufrió alteración, el riesgo es para el comprador una vez degustado (*corpore demonstrato*)... Pero si se vendieron a un precio fijo mil ánforas de vino perteneciente a una cantidad aún no degustada (*corpore non demonstrato*), mientras llega el momento de degustarla (*interea*), no hay riesgo para el comprador”.

Como podemos observar, el fragmento es perfectamente explicable dentro de nuestra postura, según la cual, la *degustatio* marcaba el momento en el que el *genus* se transformaba en *species*, nacía el contrato perfecto y el riesgo era para el comprador.

*Corpore demonstrato* = género concretado mediante la *degustatio*, o lo que es igual, equiparable a *species*. En este caso, *periculum est emptoris*. *Corpore non demonstrato* = género no degustado, es decir, aún sin nacer la *species* y, por tanto, sin que el *periculum* sea para el comprador, porque, en realidad, no puede aquél existir: *genus nec perire nec deterius fieri censetur*.

Hemos visto el sentido de la expresión *corpore non demonstrato* y explicado el párrafo segundo en este aspecto, así como la relación que pueda tener con el párrafo primero. Hemos concluido que *corpore non demonstrato* es equivalente a *genere non degustato*, y que nuestra postura en torno al momento en que surge el riesgo, y concretamente el *periculum rei generis demonstrati*, se enmarca perfectamente en la respuesta de Papiniano.

No existe duda alguna que el pasaje nos demuestra cómo el riesgo era para el comprador desde que el contrato se originaba, pero debemos entrar en el estudio de la problemática compleja que encierra el párrafo primero, y, que, aparentemente, contradice nues-

tra postura en torno al momento en que nace el *periculum* en la *emptio generis*.

*Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit* (Papiniano 3 resp. Fr. Vat. 16). ¿Cómo es posible que el riesgo pase al comprador, si aún no se ha cumplido la condición? Parece chocar fuertemente con nuestra postura en relación con el riesgo en las cosas genéricas. Defendemos en nuestra tesis doctoral la teoría según la cual la *emptio generis* es una especie de venta *sub condicione*, al menos desde el punto de vista de los efectos. Si bien es cierto que se ha discutido la posible identidad entre *emptio generis* y *emptio condicionalis*, no hay duda que se puede llegar a una regulación común, al menos por lo que respecta a la eficacia de sus consecuencias jurídicas: cumplida la condición, concretado el género mediante la *mensura* y *degustatio*, desaparecía la condicionalidad y la *emptio* devenía *perfecta*; sólo después de la perfección, el riesgo era atribuido al comprador. Existiendo una condición, hallándose el género sin especificar, la *emptio* no era *perfecta*: en este sentido, es elocuente el pasaje de Gayo recogido en D. 18, 1, 35, 5 (10 ed. prov.), donde, tratando de fijar el momento de la perfección de la *emptio generis*, se dice: *Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris*. Sólo la *perfectio emptionis* determinaba el traspaso del riesgo al comprador (D. 18, 6, 8; C. 4, 48, 2, etc.). Pues bien; si mientras el género no se concretaba por la *mensura*, *adnumeratio*, *adpondus* y *degustatio* en su caso, la *emptio generis* era una especie de venta condicional, incompatible con la *perfectio emptionis* y, como consecuencia, con el *periculum* atribuido al comprador, no se explica la situación aquí contemplada: *periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit*.

No hay contradicción, ni mucho menos. El texto tiene una interpretación aún no intentada, y que será objeto de un estudio detenido. Pero antes, siguiendo a Meylan<sup>15</sup>, haremos una breve exposición:

15. MEYLAN, *op. cit.* en *Iura*, I, pp. 255 ss.

de las soluciones aportadas *ad hoc*, incluida la del autor citado. También veremos la postura de Betti y Arangio-Ruiz. Expondremos, finalmente, nuestra interpretación.

Seckel y Levy<sup>16</sup> dicen que el *dies pretii solvendi* y la condición suspensiva marcan un momento en la relación contractual, en el que la cosa vendida puede perderse para el comprador.

Para Krückmann<sup>17</sup>, el *dies pretii solvendi* es el momento en que se va a pagar el precio, y este pago originará la transferencia de la propiedad. Si el comprador soporta los riesgos desde la conclusión del contrato, esto da a entender que aquí está el momento determinante del interés expresado por aquél en que el pago se realice y la transferencia de la propiedad se opere. La conjetura de Krückmann implica que el riesgo de alteración química del vino debe seguir la suerte de la propiedad de la cosa.

Ello implica, observa Meylan<sup>18</sup>, admitir una tesis muy controvertida: que el traspaso de la propiedad de la cosa dependa normalmente en la época clásica y en todas las ventas, del pago del precio.

Appleton<sup>19</sup> afirma que la frase *dies pretii solvendi* es de difícil interpretación, prestándose a múltiples conjeturas.

Para M. Romano<sup>20</sup>, en el § 16 de los *Fragmenta Vaticana*, Papiniano se limitó a poner de manifiesto que la atribución de los riesgos no dependía de la atribución de la propiedad. En opinión de Meylan, esto es absurdo, pues el jurisconsulto no habla para nada de relación entre riesgos y propiedad<sup>21</sup>.

Rabel<sup>22</sup>, en pro de su teoría acerca del *periculum*, considerando

16. SECKEL y LEVY, *op. cit.* en ZSS, XLVII (1927), pp. 218 ss.; 194 ss.

17. KRÜCKMANN, *Periculum est emptoris*, en ZSS, LX (1940), p. 55. (Cfr. MEYLAN, *op. cit.* en *Iura*, I, pp. 255-256.)

18. MEYLAN, *op. cit.* en *Iura*, I, p. 256.

19. APPLETON, *Les risques dans le vente*, en RHD, V (1926), p. 396.

20. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana* (Padova 1937), p. 169.

21. Esta postura de Romano choca totalmente con el mismo sentido literal del fragmento: cfr. MEYLAN, *op. cit.* en *Iura*, I, p. 256.

22. RABEL, *op. cit.* en ZSS, XLII (1921), p. 551: trata Rabel de probar, a la luz de este texto, su eclecticismo en torno a la fijación del momento contractual en que el *periculum* corre a cargo del comprador. Aquí se pondría de manifiesto la vacilación de los clásicos.

que los clásicos en este sentido no adoptaron una postura uniforme, pone de manifiesto cómo Papiniano conocía no sólo el mecanismo de la *traditio* para transferir los riesgos, sino también el del *dies pretii solvendi*.

Vassalli<sup>23</sup>, partiendo de que ambas circunstancias —*dies pretii solvendi* y *condicio impleta*— las consideró Papiniano antitéticas a la conclusión del contrato, se plantea la pregunta siguiente: ¿De cuándo el término fijado para el pago del precio puede ser obstáculo a la perfección de la venta? Concluye diciendo que esta expresión: *quavis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit* es una “frase jurídicamente desafortunada”, impropia de un jurisconsulto, sobre todo de un maestro de Derecho.

La opinión común trata de explicar la oposición presentada en el texto entre el momento de concluir el contrato, decisivo para transferir el riesgo de alteración química del vino, y el día de cumplirse la condición, diciendo que tiene como finalidad marcar la diferencia existente entre la solución contemplada en el fragmento y la que se daría si acaeciera una pérdida total del vino vendido. Las fuentes ponen de manifiesto que en el contrato de venta condicional, hasta desaparecer la condición, las obligaciones no surgen y la venta se tiene por inexistente<sup>24</sup>. Esto quiere decir, nos dice Meylan<sup>25</sup>, haciéndose eco de la *communis opinio*, que la oposición marcada por Papiniano entre el momento de conclusión del contrato y aquél en que la condición se realiza, sólo puede tener este sentido: el riesgo de mutación química del vino es un riesgo de deterioro y no de pérdida total. De ahí que el riesgo corra a cargo del comprador, aún *pendente condicione*, en el § 16 de *Frag. Vat.*: se trata de un simple *periculum deteriorationis*. Por el contrario, en el caso de pérdida total, el riesgo no sería para el comprador en tanto la condición no se realice.

Del mismo modo hay que explicar la oposición, existente en el

---

23. VASSALLI, *Dies vel condicio*, en *Studi Giuridici*, I (Milano 1960), pp. 248-249.

24. Paul. D. 18, 6, 8 pr.; Marcell. D. 18, 1, 6, 1; Gai. III, 179; Ulp. D. 46, 2, 14 pr.; Pomp. D. 45, 1, 31; 46, 4, 12. (Cfr. MEYLAN, *op. cit.* en *Iura*, I, p. 260.)

25. MEYLAN, *op. cit.* en *Iura*, I, p. 260.

texto, entre el día de la conclusión del contrato y el día fijado para pagar el precio.

El *responsum* querría indicar que *corpore demonstrato*, el riesgo de alteración del vino, simple riesgo de deterioro, es para el comprador antes del día fijado para el pago del precio o antes de que la condición se cumpla. Mientras que si fuera una situación de pérdida total, aquél no soporta el riesgo hasta que llegue el término fijado para pagar el precio. Por tanto, según esta teoría generalizada, el *dies pretii solvendi* y la *condicio* aparecen como dos momentos a partir de los cuales el riesgo pasa al comprador, al menos en las ventas de vinos, cuando se da una situación de pérdida total. Por el contrario, en circunstancias de simple menoscabo, *periculum est emptoris quamvis —ante— diem pretii solvendi vel condicionem emptio-nis impletam id evenerit*.

Hace notar Meylan<sup>26</sup>, que el *responsum* de Papiniano no demuestra claramente si la *mutatio vini* es un riesgo de deterioro o de simple pérdida. De ahí que no se pueda apoyar esta tesis en bases sólidas. Propone este autor una solución al problema de *Frag. Vat. 16*, que vamos a exponer brevemente en sus líneas fundamentales<sup>27</sup>.

Parte Meylan de la tradicional distinción entre las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi*. Se deduce del pasaje de las Instituciones de Justiniano, 3, 23, 3, que si el esclavo vendido huye o es arrebatado violentamente antes de la entrega, rebasado el límite de la custodia normal, el riesgo es para el comprador. Esto nos da a entender que en la *res Mancipi* los riesgos son para el comprador desde el momento de la conclusión del contrato. La perfección o conclusión del contrato es el criterio determinante para atribuir los riesgos de deterioro o pérdida total al comprador siempre que se trate de una *res Mancipi*<sup>28</sup>. En este tipo de cosas, Meylan<sup>29</sup> se adhiere a la tesis, según la cual, *periculum est emptoris* antes de la entrega.

En las *res nec Mancipi* el criterio es otro: hasta el *dies pretii*

26. *Op. cit.* en *Iura*, I, p. 262.

27. Para un estudio más detallado de la postura de Meylan vid. *op. cit.* en *Iura*, I, pp. 262 ss., y "Paul. D. 21, 2, 11 pr. et la question des risques dans le contrat de vente", en *Mel. De Visscher, RIDA*, III (1949), pp. 203 ss.

28. Cfr. *op. cit.* en *Iura*, I, p. 263, y *op. cit.* en *RIDA*, III, p. 204.

29. Del estudio de su postura se deduce esta consecuencia, aun cuando no haga una afirmación expresa.

*solvendi* es el vendedor quien, en la venta de tales cosas, soporta el riesgo de pérdida total; a partir del término fijado para pagar el precio, el comprador soporta el *periculum*. Meylan<sup>30</sup> trata de probar su postura, y afirma que aquélla se confirma negativamente en el pasaje D. 19, 5, 20 (atribuido a Ulpiano); positivamente en una respuesta de Paulo (D. 21, 2, 11 pr.), donde se pone de manifiesto que en ausencia de un término fijado para la *solutio pretii*, el riesgo de pérdida total de fundos provinciales corre a cargo del comprador desde el momento de la exigibilidad del precio. Esto explica, sigue diciéndonos el romanista suizo, la razón de que la jurisprudencia, a partir de Alfenio Varo (D. 18, 6, 13, 15), sintiese la necesidad de poner a cargo del comprador, desde la *traditio*, los riesgos de pérdida total que se produjeran en determinadas circunstancias objetivamente susceptibles de ser descartadas para el poseedor de la cosa vendida.

Resumiendo, diremos que las conclusiones de Meylan<sup>31</sup> se reducen a estos puntos: *a*) los riesgos de deterioro pasan al comprador en todas las ventas desde la conclusión del contrato; *b*) idéntico sistema se aplica en las *res Mancipi*, tanto en situaciones de pérdida, como de simple deterioro; *c*) en las ventas de *res nec Mancipi*, distintas del vino, el *periculum emptoris* se verificaría solamente en el acto de pagar el precio, que coincidiría, normalmente, con el transferimiento de la propiedad: supuesto de pérdida total. Para Meylan, por tanto, el nacimiento del contrato determina el traspaso del riesgo únicamente en las *res Mancipi*. En las *res nec Mancipi* sería el *dies pretii solvendi*, y Papiniano lo seguiría con criterio general —como lo demuestra el *quamvis*—, con la sola excepción del vino, que seguiría el sistema de la conclusión del contrato. La adquisición para el comprador de la propiedad de una *res nec Mancipi* está subordinada a la doble exigencia de la tradición y del pago del precio.

Betti<sup>32</sup>, pone de manifiesto que la frase *quamvis ante...* reclama, lógicamente, un *post quem*, que no se puede considerar equiparable a conclusión del contrato, y está llamada a denotar la existencia de

30. Cfr. *op. cit.* en *Iura*, I, pp. 262-263; *op. cit.* en *RIDA*, III, pp. 204 ss.

31. La opinión de este autor en *op. cit.* puede reducirse concisamente a estos puntos. Como se observa, no manifiesta una idea que esté suficientemente probada.

32. BETTI, *Periculum: Problemi del rischio contrattuale*, en *IUS*, f. III (1954), pp. 369 a 370.

un tipo concreto de alteración: la *degustatio*, pasada por alto en el texto. Coincidimos con Betti en que el término *demonstrare* es identificable a *degustare*.

Arangio-Ruiz<sup>33</sup>, a propósito del párrafo primero del fragmento, afirma que el riesgo del vino transformado incumbe al comprador, aunque la venta se halle bajo los efectos de una condición entendida en su sentido verdadero. Este sistema tiene perfecta aplicación en el caso presente, por tratarse de un riesgo de deterioro, que siempre corresponde al comprador, aunque haya acaecido *pendente condicione*. Muy distinto sería el régimen en caso de perecimiento propiamente dicho. El *dies pretii solvendi* tiene un sentido distinto en relación con los textos de la Compilación. Trata simplemente de fijar un término para el pago del precio. El ilustre romanista, en pugna con la tesis de Meylan, dice que el único sentido posible de la decisión de Papiniano es únicamente éste: la fijación de un término para el pago del precio, no excluye el paso inmediato del *periculum* al comprador. Niega Arangio-Ruiz que el texto haga referencia al traspaso de la propiedad; ni al pago efectivo del precio, ni tampoco considera admisible suponer que la respuesta de Papiniano hubiera sido distinta si se hubiera tratado de una *merx* que no fuese vino.

¿Qué podemos decir de estas teorías, someramente expuestas? Es absurdo relacionar el *dies pretii solvendi*, como hace Krückmann, con el traspaso de la propiedad. El riesgo corre a cargo del *emptor*, sin tener en cuenta si la propiedad se traspaasa o no. Aparte de no mencionarse para nada semejante hipótesis, es ilógico plantear así la cuestión: si el comprador era dueño del vino alterado, es natural que el riesgo fuera para él. El fragmento encierra una problemática más profunda, como se deduce del contexto y del jurista que dictamina. Que el *dies pretii solvendi* origine el traspaso de la propiedad, puede ser admisible, pero no se trata de eso. La cuestión es muy distinta y Krückmann no la vislumbra: se trata de atribuir el *periculum* al comprador, independientemente de que aquél suceda antes de llegar el término fijado para pagar el precio, y mucho más independientemente de que la *solutio pretii* origine propiedad en favor del *emptor*. Este autor elude el fondo de la temática existente en el

---

33. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II (Napoli 1956), cfr. p. 275.

párrafo primero y trata de buscar una solución que no convence, porque en lugar de entrar en aquélla, se queda en otros puntos al margen de la cuestión planteada<sup>34</sup>.

Si la interpretación del fragmento se presta a múltiples conjeturas, como dice Appleton<sup>35</sup>, ello no obsta para buscar aquélla que aparezca más normal y acertada.

Afirmar que los clásicos no resolvieron de modo uniforme el riesgo por *periculum* y que el *dies pretii solvendi* pudo ser un medio más, determinante del riesgo, como afirma Rabel<sup>36</sup>, equivale a no penetrar en el sentido de las fuentes a este respecto donde la línea a seguir es clara: *post perfectam (o contractam) venditionem, periculum est emptoris etiam ante traditionem*: partir del nacimiento del contrato. En este mismo texto, determina el riesgo sin tener en cuenta para nada otros factores. El *dies pretii solvendi* no genera el surgimiento de la responsabilidad por *periculum*; antes al contrario, éste nace a pesar de que sobrevenga antes de dicho término.

Tampoco es cierto que Papiniano considerara el *dies pretii solvendi* o la *condicio impleta* como presupuestos antitéticos a la conclusión del contrato; el problema es más sencillo: se trata de traspasar el riesgo del vino alterado, a pesar de existir esas circunstancias; si ellas no existieran, el riesgo sería igual para el comprador; aquéllas no se oponen, sino que revelan aún más la inevitabilidad del

34. KRÜCKMANN, *op. cit.* en ZSS, LX, p. 55.

35. APPLETON, *op. cit.* en RHD, V (1926), p. 396.

36. RABEL, *op. cit.* en ZSS, XLII (1921), p. 551.

37. *Emptio perfecta = emptio contracta*, afirmamos contra la postura de Seckel y Levy. El término *contracta* es clásico (Gai. III, 139), mientras el vocablo *perfecta* inicia su aparición en la época postclásica (D. 18, 1, 35, 5, texto procedente de los comentarios de Gayo al edicto provincial, y por tanto, con abundantes alteraciones postclásicas) y se generaliza en la etapa justiniana (D. 18, 6, 8: fragmento claramente interpolado, lleno de alteraciones procedentes de la Compilación). Conceptualmente, expresan siempre la misma idea (D. 18, 6, 8, 1): por lo que respecta a los riesgos, *post contractam (perfectam) venditionem, periculum est emptoris* (D. 18, 6, 8 pr.: D. 43, 24, 11, 12; I. 3, 23, 3; C. 4, 48, 1). La identidad conceptual entre ambas expresiones no reside sólo en la prueba que nos ofrecen las fuentes, ni en la paridad de efectos, sino también en la esencia de los dos conceptos: cuando se da la *conventio de pretio*, aparece el fenómeno de la *emptio perfecta* o *contracta* (I. 3, 23, 3; Gai. III, 139; D. 18, 1, 35, 5).

*periculum emptoris*. Vasalli<sup>38</sup> no enjuicia bien el sentido de ambas expresiones. Las dos circunstancias, como cláusulas accesorias a la compraventa, se agregaban muy frecuentemente por las partes contratantes. Era natural que Papiniano las hiciera constar en su dictamen, para evitar posibles controversias. Mencionarlas era normal, y, por ello, no eran impropias de un jurisconsulto; tampoco eran frases desafortunadas, ya que las fuentes las expresan con frecuencia y siempre encerrando una significación jurídica apropiada.

La opinión tan generalizada en los autores<sup>39</sup> —que Arangio Ruiz<sup>40</sup> aplica por lo que respecta a la *condicio impleta*—, según la cual en el término *periculum* hay que comprender tanto el riesgo de deterioro como el de pérdida, no tiene razón de ser. El término *periculum* deriva de *perire* = perecer, perderse, desaparecer; *periculum* equivale a riesgo de perecimiento<sup>41</sup>: la cosa se pierde realmente (*villa exusta*), sustancialmente (*vinum mutatum*), patrimonialmente (*res empta quae furto perierit*), existencialmente (*homo mortuus*). Envuelve un solo significado: perecimiento, más o menos acentuado, oscilando entre la simple alteración y la transformación esencial. A veces, el perecimiento se dará únicamente en el plano jurídico, por ejemplo, el caso de la *fuga servorum*, analógicamente

38. VASSALLI, *Studi Giuridici*, I (Milano 1960), pp. 248-249.

39. BESELER, *Beiträge*, III (1913), p. 200; BETTI *Dir. rom.* (1935), p. 363; APPLETON, *RHD*, V (1926), p. 396, entre otros, parten de este supuesto.

40. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, op. cit., p. 275.

41. El *periculum*, como se deduce de su raíz *perire* y de las fuentes (concretamente del contenido del libro 18, título 6.º del Digesto, donde se hace alusión fundamentalmente, ya desde los tiempos de Sabino, a mercancías, como el vino, que perecen según su naturaleza específica), es un riesgo sobrevenido por desaparición de la finalidad que la *res empta* ostentaba, un riesgo de perecimiento que afectaba a la cosa comprada en el intervalo que podía mediar entre el nacimiento del contrato y la entrega de aquella cosa comprada, supuesta una custodia normal por parte del vendedor enmarcada en los límites de una diligencia humanamente exigible. Dicho riesgo sobreviene por unas causas expresamente consignadas en las fuentes jurídico-romanas (*ruina, incendium, naufragium, furtum, mors, fuga servorum, res quae pondere numero mensura constant, inundatio*). Este riesgo de perecimiento, así entendido, era el *periculum emptoris*, técnicamente delimitado, y que el pensamiento jurídico de Roma atribuyó, ya desde los tiempos preclásicos, al comprador.

igual al mundo de la realidad fáctica; sin embargo, el perecimiento, metafísicamente, es idéntico en ambos campos: en el plano de la realidad jurídica, el perecimiento se concreta en un sentido patrimonial.

Por tanto, no se da un riesgo de pérdida y otro de simple deterioro, sino un solo riesgo más o menos acentuado. Decir que el *periculum vini mutati*, como sostiene esta tesis generalizada, corre a cargo del comprador *pendente condicione et nondum pretio soluto* por ser un riesgo de simple alteración química, mientras que en caso de riesgo por pérdida total, el *periculum* no sería para el comprador hasta que la condición se realice o el precio se pague, equivale a incurrir en un error de fondo, jurídico y sustancial, porque la *mutatio vini* implica un agriarse o enmohecerse el vino, originando una sustancia distinta (vinagre, por ejemplo) que servirá también para fines distintos. Error jurídico, porque la *merx*, objeto del contrato, ha variado, variando el negocio jurídico con ella y la utilidad económica que lleva implícita toda relación contractual, cuya razón de ser radica en que favorece el tráfico jurídico y las operaciones comerciales. Sustancial, porque el *vinum mutatum* es igual a agriado, y en el plano ontológico, vino y vinagre son sustancias diversas. El que compra vino, lo compra para servirse de él según su finalidad específica. Al agriarse, ésta desaparece, y como tal mercancía, no tiene razón de ser. *Vinum mutatum* = vino cambiado, lógicamente, igual a agriado, es decir, perdido como tal vino en cuanto a su naturaleza intrínseca y en cuanto a su finalidad.

No hay razón, pues, para identificar el término mudado a deteriorado; más bien se refiere a pérdida. Incluso dándole aquel significado, no se puede hacer una distinción esencial entre ambos términos: el deterioro es la misma situación de pérdida, pero en grado menos acentuado. En algunas mercancías no es posible hacer ni esta diferencia cuantitativa, y así, un estado es idéntico al otro: perderse es deteriorarse y viceversa, caso, por ejemplo, del *vinum mutatum*.

Podemos concluir que, aun en la consideración (como veremos después, inadmisibles para nosotros) de que se trate de término para pagar el precio y de condicionalidad, la *mutatio vini* de Papiniano supone un concepto único: riesgo de mercancía inservible según sus fines, que corre siempre, y a pesar de aquellas circunstancias, a cargo del comprador.

No es, por tanto, admisible la opinión de Meylan <sup>42</sup>, que dice es imposible saber si Papiniano hacía alusión a pérdida o a simple deterioro. Hacía referencia al vino agriado, que ha sufrido un deterioro acentuado hasta llegar a una pérdida, mejor un perecimiento, al hacerse inservible en cuanto a su verdadera finalidad.

Por último, tampoco nos parece acertada la tesis de Meylan <sup>43</sup>. Es arbitraria y no encuentra apoyo serio en las fuentes, la doble manifestación del *periculum*, según se trate de *res Mancipi* o de *res nec Mancipi*. Ya lo hacen notar Arangio-Ruiz <sup>44</sup> y Betti <sup>45</sup>. Que en las ventas de *res nec Mancipi*, el *dies pretii solvendi* hiciera recaer sobre el comprador el riesgo de pérdida total no tiene fundamento alguno en los textos que el mismo Meylan aporta —que pueden ser los más favorables a su postura—. y ni remotamente hacen alusión al *dies pretii solvendi*. El pasaje de Ulpiano (D. 19, 5, 20, 1), que Meylan aporta para demostrar negativamente su teoría, contempla el caso de robo de unas mulas entregadas al posible comprador para que las probara y, *perfecta emptione*, el vendedor tiene acción contra el comprador para reclamar el precio: *perfecta fuit emptio competere ex vendito actionem*. En el pasaje de Gayo D. 18, 1, 35, 5, se habla de *frumentum, vinum, oleum, argentum*, y tales cosas (*nec Mancipi*) una vez pesadas, medidas y contadas originan la *perfectio emptionis* y, como en tantos pasajes hemos tenido ocasión de ver, *post mensuram, adnumerationem, adpondus, periculum est emptoris*. Desde la conclusión del contrato, tanto en las *res Mancipi*, como *nec Mancipi*, los riesgos son para el comprador. Meylan, sólo en situaciones de pérdida de *res Mancipi*, admite como criterio la conclusión del contrato para trasladar el riesgo al comprador.

Tampoco el pasaje de Paulo, contenido en D. 21, 2, 11 pr., demuestra positivamente su tesis de que en las *res nec Mancipi*, el *dies pretii solvendi* genere los riesgos a cargo del comprador.

Se trata de unos predios situados en Germania (*res nec Mancipi*) que el comprador pagó tan sólo parcialmente. Por decreto imperial fueron después confiscados al heredero del comprador, y, a pesar

42. Vid. *op. cit.* en *Iura*, I, p. 262.

43. Vid. *op. cit.* en *Iura*, I, pp. 262 ss.; *op. cit.* en *RIDA*, III, pp. 204 ss.

44. ARANGIO-RUIZ. *La compravendita in diritto romano*, II, *op. cit.* cfr., p. 256.

45. BETTI, *op. cit.* en *IUS*, f. III, cfr., p. 270.

de ello, se le reclama por el resto del precio. Se trata únicamente de averiguar si el vendedor perderá aquella parte del precio no entregado, o si, por el contrario, es el comprador quien debe reintegrarlo. La solución está dada por Paulo en el sentido de que *futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ... pretium praediorum peti posse*.

El comprador, como la compraventa es perfecta, obligado a soportar el riesgo. No se habla para nada de *dies pretii solvendi* como determinante del *periculum emptoris* en las *res nec Mancipi*. Se trata simplemente de obligación de pagar el precio, esencia del *periculum* o en lo que consiste el *periculum*, que no puede confundirse con el momento a partir del cual nace aquél a cargo del *emptor*, como quiere Meylan. El *contractam*, al igual que en las *res Mancipi*, determina, en las *nec Mancipi*, el *periculum emptoris*. ¿Por qué, pues, someter ambos tipos de cosas a un régimen jurídico distinto por lo que respecta al riesgo del comprador? Tampoco se hace en el fragmento de Paulo mención alguna del transferimiento de propiedad, como coincidente con el momento de pagar el precio; se trata, simplemente, de que el comprador pague el precio restante de los fundos provinciales *post contractam emptionem, no quia, soluto pretio, dominium emptori transferatur*<sup>46</sup>.

No es necesario entrar más a fondo en la crítica de la postura de Meylan. Con sus mismas armas, hemos tratado de rebatirla. No se puede hacer un régimen distinto según sean *res Mancipi* o *res nec Mancipi*, porque las fuentes rechazan tal supuesto, y, sobre todo, hacer del *dies pretii solvendi* el factor determinante para el traspaso del *periculum* al comprador en las *res nec Mancipi*, es, como dice

---

46. Meylan no hace una exposición de textos, como sería necesario, para probar una tesis que se presenta como original. No se trata de basar toda una teoría en dos fragmentos aislados, y forzar la interpretación de los mismos, sino de examinar múltiples textos donde precisamente se habla de *periculum emptoris* sin tener en cuenta ni el *dies pretii solvendi*, ni la clasificación en *res Mancipi* y *nec Mancipi*. Vid. *op. cit.* en *IURA*, I, pp. 253 ss.; *op. cit.* en *RIDA*, III, pp. 203 ss. Cuando demos fin a nuestra tesis doctoral y la publiquemos, se podrán ver allí multitud de textos donde se demuestra cómo el *periculum* sobrevenido lo soportaba el comprador, una vez que el contrato nacía en uno u otro tipo de cosas.

Arangio-Ruiz<sup>47</sup>, “una tesis inverosímil y con una apoyatura ilusoria en las fuentes”.

¿Cuál puede ser el sentido de la expresión: *quavis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit?* He aquí nuestro punto de vista acerca de *Frag. Vat. 16*.

Creemos que Papiniano hacía referencia a dos situaciones, desde luego posibles real y lógicamente, pero poco frecuentes en Roma, tratándose de cosas genéricas, dado que normalmente hacían alusión a ventas de fundos: el caso de *lex commissoria (ante diem pretii solvendi)* y de *in diem addictio (vel condicionem emptionis impletam)*. Se trataba de dos cláusulas accesorias, que, como se sabe, podían existir en la compraventa, y, en virtud de las cuales, uno de los contratantes se reserva la posibilidad de regresar a la situación anterior al nacimiento del contrato, dando la venta por no celebrada si se verifican determinadas circunstancias dependientes, como dice Arangio-Ruiz, del comportamiento de una parte, de la casualidad e incluso de la propia voluntad<sup>48</sup>.

La *lex commissoria* es una cláusula en virtud de la cual el vendedor puede, si dentro de un cierto tiempo no se le ha pagado el precio, considerar el contrato como no existente: *Si ad diem VII Kalendas Apriles pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit* (D. 18, 3, 2).

La *in diem addictio* es una cláusula en virtud de la cual el vendedor, si dentro de un cierto plazo se le presenta una oferta mejor, puede aceptar dicha oferta, apartándose así del contrato celebrado con el primer comprador: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Ianuarias proximam meliorem condicionem fecerit* (D. 18, 2, 1).

En realidad, la dura controversia aún hoy día planteada en torno a la naturaleza jurídica de estos *pacta adiecta emptionis*, no afecta, como veremos, al problema del *periculum*. Nos limitaremos a recoger aquellas conclusiones más importantes y que más visos de certeza puedan tener, a efectos de enjuiciar debidamente la cuestión planteada. Excedería los límites de nuestra tesis y, por otra parte, el tema, aunque muy discutido, da lugar actualmente a que se puedan

47. Vid. *Compravendita*, II cit., p. 256.

48. Vid. *Compravendita*, II cit., p. 400.

sacar unos principios más o menos claros, pero suficientes para entender la respuesta de Papiniano. No tratamos, por tanto, de exponer toda una temática en torno a si se trataba de verdaderas condiciones y si, dentro de ellas, tales cláusulas podían considerarse como condiciones resolutorias o suspensivas. Vamos directos al problema del *periculum emptoris* y concretamente a la mejor interpretación del pasaje en cuestión de los *Fragmenta Vaticana*, sirviéndonos, por lo que respecta a estas cláusulas, de las investigaciones hasta hoy hechas.

Como observa D'Ors<sup>49</sup>, la problemática de la *in diem addictio* se halla engarzada actualmente en la teoría de las condiciones, concretamente en la diferencia entre condiciones suspensivas y resolutorias.

Aun cuando la *lex commissoria* no siempre presenta caracteres similares a la *in diem addictio* (ya lo hace notar Wieacker<sup>50</sup>), no obstante veremos cómo aquélla tampoco contradice nuestra postura acerca del *periculum*.

Los romanistas actuales, observa Arangio-Ruiz<sup>51</sup>, están de acuerdo en reconocer que de una primera fase en torno al concepto de condición suspensiva, se ha pasado a otra posterior, donde se habla de condición resolutoria. A propósito de la primera, se suele hablar de *emptio condicionalis* y, por lo que se refiere a la segunda, se considera *emptio pura*. El paso de condición suspensiva a resolutoria, en lo que se refiere a la *in diem addictio*, se reconoce unánimemente, fué obra de Juliano; por lo que se refiere a la *lex commissoria*, se debe a Neracio Prisco.

El tema fué estudiado científicamente a partir de Longo<sup>52</sup>. Para este autor, la *in diem addictio* se consideró, en una primera etapa, condición suspensiva (Sabino); a partir de Juliano, como condición resolutoria. Justiniano hacía depender su interpretación de la voluntad de las partes.

49. D'ORS, *In diem addictio*, en este ANUARIO, XVI (1945), p. 194.

50. WIEACKER, *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kauffrecht* (Berlín 1932), pp. 22 y 62 ss. (Cfr. D'ORS, *op. cit.*, en este ANUARIO, XVI, p. 208.)

51. Vid. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, II cit., p. 405.

52. LONGO, *Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria nella vendita romana*, en *BIDR*, XXXI (1921), pp. 40 ss.

Senn<sup>53</sup> habla de una *lex dicta* dominante hasta Juliano, que, a partir de este jurisconsulto, se transforma en una especie de pacto, que resolvería *sub condicione* el contrato.

Wieacker<sup>54</sup>, Sieg<sup>55</sup>, Levy<sup>56</sup>, Archi<sup>57</sup> sostienen una postura similar a la de Longo. Henle<sup>58</sup>, por su parte, sigue una postura casi idéntica: Sabino y Pomponio, la configuran como condición suspensiva; Juliano, como resolutoria. Para estos autores, en general, la *lex commissoria* sigue una evolución histórica similar.

D'Ors<sup>59</sup> admite, siguiendo la tesis general, que a partir de Sabino la *in diem addictio* se configuró como condición suspensiva, aunque prefiere hablar, al igual que Senn<sup>60</sup>, de *lex rei suae dictae*. Para el citado autor, los jurisconsultos clásicos en general (Pomponio, Javoleno, Africano, Marcelo, Papiniano, Paulo) siguen a Sabino, considerándola como condición suspensiva. Ulpiano, al igual que todos los jurisconsultos romanos, siguió la tesis de la condición suspensiva, de Sabino. Del mismo modo, el Emperador Alejandro Severo. Afirma el ilustre romanista español que ésta es la figura de la *in diem addictio* auténticamente clásica. Por otra parte, Ulpiano recoge una figura especial ideada por Juliano: la venta pura con pacto resolutorio. En las fuentes no encontramos más que un concepto de la *in diem addictio* propiamente dicha, que es el de Sabino, y que no es precisamente una condición suspensiva, sino una *lex contractus*, que no debe confundirse con aquélla. Junto a la tesis de Sabino aparece la figura de Juliano: simple pacto resolutorio adjunto a una venta pura. Posteriormente, los compiladores bizantinos con-

53. SENN, *L'in diem adictio*, en *NRH*, XXXVII (1913), pp. 275 ss.

54. WIEACKER, *Lex commissoria* cit., p. 22. (Cfr. D'ORS, en este ANUARIO, XVI (1945), p. 199.)

55. SIEG, *Quellenkritische Studien zur Bessersgebotsklausel (in diem addictio) im römischen Kaufrecht* (Hamburgo 1933). (Cfr. D'ORS, en este ANUARIO, XVI (1945), pp. 199-200.)

56. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, en *Symb. O. Lenel* (1934), p. 108 cit. D'ORS, en este ANUARIO, XVI (1945), p. 200.

57. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite con in. d. a. y l. c.*, en *Studi Ratti* (1934), pp. 325 ss.

58. HENLE, *Die rechtliche Natur der i. d. a. beim Kaufverträge*, en *Festschr. Koschaker*, II, pp. 169 ss.

59. D'ORS, vid. *op. cit.*, en este ANUARIO, XVI (1945), pp. 220 ss.

60. SENN, *op. cit.* en *NRH*, XXXVII (1913), pp. 275 ss.

fundieron ambas figuras, considerándolas como dos posibles configuraciones de la *in diem addictio*, cuya interpretación dependería de la voluntad de las partes contratantes. Es probable, no obstante, que ya en época postclásica se empezara a tergiversar el criterio clásico antes expuesto.

Por lo que respecta a la *lex commissoria*, Papiniano ve en ella una condición resolutoria; eso mismo ocurre con Alejandro Severo.

Podemos concluir de esta breve exposición, que realmente la jurisprudencia romana no habló para nada de condición suspensiva o resolutoria, según el concepto hoy en día admitido. El concepto romano de condición tiene una similitud con el concepto moderno de condición suspensiva. La distinción entre ambos tipos de condiciones es obra de los intérpretes modernos. Los jurisconsultos romanos no dieron una configuración autónoma a la figura de la condición resolutoria como opuesta a la suspensiva. Probablemente, como afirma D'Ors<sup>61</sup>, vieron dos tipos de ventas a este respecto: una, sometida a una *lex contractus* que no se identificaría con una condición suspensiva (concepto desconocido en Roma); otra, pura, con un pacto agregado de naturaleza resolutoria (que tampoco puede asimilarse a una condición resolutoria como elemento incorporado a la naturaleza misma del negocio jurídico).

Creemos que el *periculum emptoris* tiene perfecta cabida tanto en la *in diem addictio*, como en la *lex commissoria*. Demostremos tal afirmación, partiendo de la consideración clásica que antes hemos admitido: hemos visto que no se trata de auténticas condiciones. Concretamente, por lo que se refiere a la tesis de Sabino, no se trataba de condición suspensiva; si así fuera, ciertamente el riesgo jamás sería para el comprador hasta que aquella desapareciera y la *emptio* deviniera *perfecta*. Era una especie de pacto ajeno a la esencia de la compraventa, que no afectaba para nada a los posibles riesgos que pudieran surgir. No se trata para Sabino de configurar las ventas con pactos accesorios, como ventas condicionales. No estamos ante un concepto técnico de condición suspensiva, cuyo presupuesto excepcionaría sin duda el *periculum emptoris*.

Por lo que respecta a las ventas puras con cláusula resolutoria, no hay dificultad alguna: si la venta es pura, es perfecta (... *et pure*

61. Cfr. D'ORS, en este ANUARIO, XVI (1945), p. 272.

*venit, perfecta est emptio*, dice Paulo) y *perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet* (D. 18, 6, 8). Esta afirmación está probada por Juliano en los pasajes siguientes: D. 18, 2, 2, 1; D. 18, 2, 4, 1; D. 18, 2, 4,4; D. 43, 24, 11, 12.

Para los que sostienen que se trataba de compraventas imperfectas por estar afectadas de condición suspensiva, aparte de no penetrar científicamente en el pensamiento romano (clásico, a este respecto), se les puede objetar lo siguiente: tanto la *in diem addictio*, como la *lex commissoria*, eran cláusulas que se daban normalmente en ventas de fundos. Si Papiniano, en una situación de riesgo por vino alterado, aplica estos pactos, es muy probable que estuviera contemplando un caso límite, que excepcionalmente la temática normal del negocio condicional, toda vez que mientras el precio se pagaba o el mejor postor aparecía, una mercancía, como el vino, perecería frecuentemente cuando el plazo fuera largo. Se requería, eso sí, que el género se hubiera concretado antes, para que la cosa pudiera perecer.

¿Encaja el *dies pretii solvendi* o el *condicionem emptionis impletam* dentro de la *lex commissoria* y de la *in diem addictio*? Opinamos que sí, por las razones siguientes: 1.º la redacción del contexto es similar a la de los fragmentos del Digesto o del Código que tratan de estas cláusulas: a) *lex commissoria (ante diem pretii solvendi)*, vg. D. 18, 3, 4 pr. (Ulp. 32 ad ed.): *Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum... (ante diem pretii solvendi, Fr. Vat. 16).*

D. 18, 3, 5, 1 (Neracio 5 membr.): *lege fundo vendita dicta ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit... (ante diem pretii solvendi, Fr. Vat. 16).*

D. 18, 1, 6, 1 (Pomp. 9 ad Sab.) ... *ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset... (ante diem pretii solvendi, Fr. Vat. 16).*

C. 4, 54, 3 (Imp. Alexander A. Felici): *qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset... (ante diem pretii solvendi, Fr. Vat. 16).*

C. 4, 54, 4 (Imp. Alexander A. Juliano) *Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere... No hay posibilidad de *lex commissoria*, por dejarse pasar el *dies pretii solvendi*. Debe de ser*

*intra, ante o ad diem*, como expresan las fuentes, *pretii solvendi*. Por eso en este texto, a *sensu contrario*, no se da la *lex commissoria* para reclamar la cosa.

D. 18, 3, 2 (Pomp. 35 ad Sab.): *Si ad diem pecunia soluta non sit... (ante diem pretii solvendi, Fr. Vat. 16).*

b) *In diem addictio (condicionem emptionis impletam).*

D. 18, 2, 1 (Paul. 5 ad Sab.): *Ille fundus centum est tibi emptus... meliorem condicionem fecerit... (condicionem emptionis impletam).*

*condicio facta = condicio impleta = mejor proposición.*

D. 18, 2, 4, 4 (Ulp. 28 ad Sab.) ... *et ideo, si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior condicio allata fuerit... (condicionem emptionis impletam). Condicio allata = condicio impleta = mejor oferta.*

D. 18, 2, 2, (Ulp. 28 ad Sab.): ... *Sin antem hoc actum est ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur... (condicionem emptionis impletam). Condicio oblata = condicio impleta = mejor propuesta.*

2.º Hay una razón de tipo sistemático: el fragmento se halla entre otros referentes a estos pactos de la compraventa, vg. Fr. Vat. 3: *Venditor qui legem commissoriam exercere noluit...*

§ 4: *Qui die transacto legem commissoriam exercere voluit...*

§ 11: *Convenit ad diem pretio non soluto venditori alterum tantum praestari.* No es un caso de *lex commissoria*, ya que en ésta, si el precio no se paga dentro de un determinado plazo, se tiene el contrato por no celebrado (*fundus inemptus sit*). En el caso contemplado, si el comprador no paga al vendedor en dicho plazo, queda obligado a pagar otro tanto (*alterum tantum praestari*). En un pasaje del Digesto (19, 1, 13, 26), Ulpiano presenta una respuesta de Papiniano similar al párrafo 11 del Vat. Fr. Se dice allí: *Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestantur...*: Si no paga el comprador al vendedor en el plazo señalado, se paga el doble. Papiniano, tanto en el Digesto, como en los *Frag. Vaticana* no presenta un caso de *lex commissoria*, ya que en ésta, si el comprador no paga en el plazo, se tiene la venta por no realizada, mientras que en las respuestas contempladas, la venta subsiste y el comprador se obliga a pagar el importe o el doble del precio.

Pero, además, hay otra razón: el párrafo segundo del mismo fragmento 11: *diversa causa est commissoriae legis, cum in ea specie non fenus illicitum exerceatur, sed lex contractui non improbabilis dicatur*. Redacción similar a la que Ulpiano atribuye a Papiniano en el Digesto: ... *diversamque causam commissoriae esse ait, quum ea specie, inquit, non foenus illicitum contrahetur, sed lex contractui non improbata dicatur* (19, 1, 13, 26): En el caso de la *lex commissoria*, la causa es distinta: en esta situación no se contrata un interés ilícito, sino que se establece para el contrato un pacto no reprobado.

Este segundo párrafo hace alusión a la *lex commissoria* en su sentido verdadero y nos prueba cómo sistemáticamente Papiniano está haciendo alusión a los *pacta adiecta emptionis*.

§ 14: *lege venditionis inempto praedio facto fructus interea perceptos iudicio venditi restitui placuit, quoniam eo iure contractam in exordio videtur, sicuti in pecunia quanto minoris venierit ad diem pretio non soluto. Cui non est contrarium, quod iudicium ab aedilibus in factum de recipiendo pretio mancipi redditur, qui displicuisse proponitur quod non erit necessarium, si eadem lege contractum ostendatur*.

El vendedor tiene la *actio venditi* contra el comprador, cuando, transcurrido el plazo para pagar el precio, éste no se haya pagado. Disfruta de la acción, a pesar de tenerse la venta por no realizada (*inempto praedio*). Es un texto sumamente importante, ya que al referirse a la *lex venditionis*, está haciendo alusión a la *in diem addictio*, o al menos, como observa D'Ors<sup>62</sup>, el principio puede aplicarse a la *in diem addictio* clásica, según la concepción de Sabino. Por otra parte, al hablar del *ad diem pretio non soluto*, recoge la cláusula de la *lex commissoria*.

El texto parece hacer alusión a otra cláusula de naturaleza afín a la *lex commissoria* y la *in diem addictio*: el *pactum displicentiae* (*quia displicuisse proponitur*).

3.º Por último, hay una razón de tipo lógico-dogmático: el tráfico en gran escala de este tipo de cosas en Roma, muy frecuente por una parte, y en grandes cantidades, por otra, llevaba consigo que las ventas se hicieran muy frecuentemente afectadas por cláusulas

62. Vid. D'ORS, en este ANUARIO cit., pp. 220 ss. Cfr. pp. 222, 272.

las de *lex commissoria* y de *in diem addictio*, ante un retraso en el pago del precio o ante la aparición de mejores postores.

Concluyendo, por tanto, diremos que el párrafo primero del fragmento 16, hace alusión a un caso de *periculum emptoris* a pesar de la existencia de estos dos pactos: *lex commissoria* e *in diem addictio*: *Vino mutato, periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit*, implicaría afirmar que el riesgo es para el comprador, a pesar de que dentro del plazo no se pague el precio o apareciera un mejor postor.

¿Cuál sería el sentido del fragmento tal como Papiniano presenta su *responsum*?

*Vino mutato <corpore demonstrato = postquam genus degustatum fuerit> periculum emptorem spectat, quamvis [ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam] <intra certum diem pretium solutum non sit vel melior condicio allata sit> id evenerit. Quodsi mille amphoras certo pretio [corpore non demonstrato] <genere non degustato> vini vendidit, nullum emptoris interea periculum erit.* El sentido jurídico sería el siguiente:

“El riesgo de perecimiento del vino sobrevenido por agriarse, una vez que la mercancía ha sido probada en su calidad (y ha devenido, como consecuencia, perfecto el contrato) corresponde al comprador, aunque dicho riesgo sobrevenga dentro del plazo concedido para pagar el precio o se pueda mientras tanto presentar un mejor postor (en cuyas circunstancias, la venta se tendría por no hecha). Por el contrario, si se vendió una cantidad determinada de vino a un precio fijo, pero sin haber sido aún degustada (y la compraventa, por tanto, aún no es perfecta), mientras (*interea*) llegue el momento de probar su calidad (*degustatio*), no corre a cargo del comprador el riesgo por perecimiento que pueda sobrevenir si el vino se agría.”

MARIANO ALONSO PÉREZ

(Del Seminario de Derecho Romano de Salamanca.)