

***¿AESTIMATIO AUTEM PERICULUM FACIT EIUS QUI
SUSCEPIT?: ANÁLISIS DE D.19,3,1,1 ULP. 32 AD ED.***

PAULA DOMÍNGUEZ TRISTÁN
Barcelona - España

¿AESTIMATIO AUTEM PERICULUM FACIT EIUS QUI SUSCEPIT?:
ANÁLISIS DE D. 19, 3, 1, 1 ULP. 32 AD ED.

Problema discutido por la doctrina es el de quién soporta el “*periculum rei*”¹ en el denominado “*aestimatum*” del Derecho romano “clásico”, en otras palabras, si el *accipiens* responde de la pérdida “fortuita” de la cosa que, previa valoración, le ha sido entregada para ser vendida, obligándose a su vez a restituir la misma cosa o el precio estimado². Siendo el tema de este congreso “La responsabilidad civil”, hemos considerado de interés centrar nuestra atención en el análisis de D. 19, 3, 1, 1 Ulp. 32 ad. ed.; por una parte, porque éste es el texto en que ULPIANO manifiesta, a modo de regla o principio general, que la *aestimatio* hace la pérdida del que tomó a su cargo la cosa -*Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit*-, y por otra, porque la afirmación relativa al “*periculum*” ha sido objeto de distintas interpretaciones, lo que ha dado lugar a que la romanística solucione de manera diversa la cuestión del “*periculum*” en el “*aestimatum*”, esto es, en el más tarde designado “contrato estimatorio”.

Así pues, una de las cuestiones que mayor controversia ha suscitado en doctrina es la de si la regla o principio que formula ULPIANO, en D. 19, 3, 1, 1, sobre el “*periculum*”, puede considerarse como la opinión genuina de dicho jurista respec-

¹ Sobre el significado del término “*periculum*” en las fuentes que se refieren a diversos contratos, como la *emptio venditio*; *locatio conductio*; *mandatum*; *commodatum*; *depositum*; *pignus*; *mutuum*; *contratos verbis*; contratos innominados -*aestimatum*-, vid. MAC CORMACK, *Periculum*, ZSS, 96 (1979) pp. 129-172, pp. 132-166. Para dicho autor -p. 132- hablar de “*periculum*”, en materia de contratos, es hablar de “possibility or chance” de pérdida; así pues, considera que ambos elementos están comprendidos en la palabra “riesgo” que suele ser la traducción más natural del “*periculum*”. Sin embargo, MAC CORMACK advierte -p. 168- que uno de los aspectos más confusos sobre el “*periculum*”, y objeto de discusión, es el que se centra en las nociones de “riesgo” y “responsabilidad”. Así, nos dice que algunos romanistas entienden el “*periculum*” por la distinción entre dichas nociones (cfr. KASER; HONSELL y ALZÓN), y otros, por su equivalencia (cfr. MIQUEL y STREICHER). En cualquier caso para MAC CORMACK lo que es confuso es la falta, por un lado, de una definición clara del “riesgo” y de la “responsabilidad”, y por otro, de la distinción entre dos cuestiones: la primera, concierne al significado que es asignado al “riesgo” y a la “responsabilidad”, cuando dichos términos son utilizados como instrumentos para el análisis del sistema legal romano; la segunda, se refiere al significado asumido por el término “*periculum*” en los textos en que es utilizado. El autor, tras reconocer que no es fácil determinar, a partir de las fuentes, qué contenido debe darse al término “*periculum*” y, por ello, el peligro de interpretar éste de conformidad con la noción preconcebida de “riesgo” y “responsabilidad”; opina que la mejor aproximación a dicho término es evitar el lenguaje de “riesgo” y “responsabilidad”, y así tratar de averiguar la noción básica que encierra el “*periculum*” en los contextos legales. A su modo de ver, esta noción básica es “chance of loss” y el principal problema para el investigador es averiguar la naturaleza de la pérdida. Asimismo MAC CORMACK -p. 132- puntualiza que el término “pérdida” puede significar “pérdida física” del objeto del contrato, pero también, como ocurre con frecuencia, “pérdida económica” que resulta de la pérdida física.

² En general sobre dicho tema, vid. bibliografía citada por OSUCHOWSKI, en *Notes critiques sur l'interprétation du D. 19, 3, 1, 1, Atti congresso Verona* (1948), vol. III, Milano, 1951, pp. 369-385, p. 370, n. 3; y DE LA ROSA, en *Contribución a la interpretación de D. 19, 3, 1, 1 en relación con D. 19, 5, 17, 1, Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Ursicino Álvarez*, Madrid (1978) pp. 405-413, p. 405, n. 1.

to al tema del riesgo por pérdida “fortuita” de la cosa en el “*aestimatum*”³; o aunque se reconozca la autenticidad y “clasicidad” de dicha regla, esto es, que la misma es expuesta por ULPIANO en sus comentarios *ad edictum*, debe concluirse que los compiladores la extrajeron de otro fragmento, perteneciente también a dichos comentarios, para insertarla en D. 19, 3, 1, 1, y de este modo modificar el contenido originario de dicho texto⁴; o bien hay que entender que el principio “*Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit*” es un añadido justiniano⁵ o, cuando menos, que los compiladores amputaron algunas palabras del genuino fragmento D. 19, 3, 1, 1⁶.

Como observa DE LA ROSA, “contribuye a enturbiar la solución del problema el hecho que exista en las fuentes romanas dos textos de ULPIANO, procedentes ambos del comentario al edicto, donde este jurista acuerda dos soluciones contrapuestas entre sí ante el tema que nos ocupa, produciéndose así una aparente antinomia en su pensamiento”⁷. En otras palabras, la polémica doctrinal sobre quién soporta el “*periculum rei*” en el “*aestimatum*” responde a que ULPIANO, en D. 19, 3, 1, 1 32 *ad ed.*⁸ y D. 19, 5, 17, 1 28 *ad ed.*⁹, parece contradecirse cuando se pronuncia sobre la responsabilidad de las partes por pérdida “fortuita” de la cosa en el supuesto del “*aestimatum*”. Algunos autores, como OSUCHOWSKI¹⁰, llegan incluso a afirmar que la opinión de ULPIANO en D. 19, 3, 1, 1 contradice otras opiniones expresadas en las fuentes jurídicas sobre el “*periculum rei*” en el “*aestimatum*”, tal y como

³ En esta línea, se manifiestan entre otros: ACCARIAS, *Theorie des contracts innominés*, 4ª ed., Paris, 1886, p. 281; COVIELLO, *Del contratto estimatorio*, RISG, 15 y 16 (Torino, 1893) pp. 3-38 y pp. 363-419, pp. 21 y ss.; FORMIGGINI, *La estima nella conclusione dei contratti*, Torino, 1893, p. 85; MOMMSEN, *Beitrag zum Obligationenrecht*, I, Brunschweig, 1893, p. 280; PALAZZO, *Il contratto estimatorio*, AG, 74 (1905) pp. 159 y ss., pp. 159-166; BUCKLAND, *Aestimatum*, *Mélanges Cornil*, 1 (1926) pp. 138 y ss., p. 145; SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, 17ª ed., trad. de W. Roces, Madrid, 1928, p. 339 y p. 366, n. 1; BETTI, “*Periculum*”. *Problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano*, Studi in onore di P. De Francisci, I, Milano, 1956, pp. 131-197, p. 151; DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, vol. III, Bari, 1982, p. 637, n. 96, p. 1040, p. 1042, n. 92; y BURDESE, *Sul riconoscimento dei c.d. contratti innominati*, IURA, XXXVI (1985) pp. 14-69, p. 56.

⁴ OSUCHOWSKI, *Notes critiques...*, cit., pp. 369-385, representa -a nuestro entender- el máximo exponente de dicha opinión. LOMBARDI, en *L'actio aestimatoria* e i “*bonae fidei iudicia*”, BIDR, LXIII-vol. II- (1960) pp.129-180, y MUÑOZ M. PLANAS, en *El contrato estimatorio*, Madrid, 1963, pp. 65-69, hacen suyo el planteamiento de OSUCHOWSKI.

⁵ DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación...*, cit., pp. 412-413, constituye, sin lugar a dudas, uno de los principales defensores de esta postura.

⁶ Dentro de los romanistas que sostienen y argumentan este tipo de interpolación cabe destacar todavía a SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrecht*, III, Leipzig, 1846, p. 608, así como a DE PELSMAEKER, que en un trabajo muy posterior, *Algunas notas sobre el “aestimatum”*, Sevilla, 1939, p. 14, recurre también a esta crítica de interpolaciones. Vid. además *Index Interpolationum*, I, Weimar, 1929, col. 369.

⁷ DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación...*, cit., p. 405.

⁸ *Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.*

⁹ *Si margarita tibi aestimata dederis, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

¹⁰ OSUCHOWSKI, *Notes critiques...*, cit., pp. 369-370.

lo corroboran, a su entender: D. 12, 1, 11 pr. *Ulp. 26 ad ed.*¹¹; D. 19, 5, 17, 1 *Ulp. 28 ad ed.*, ambos del mismo jurista, y *Paul. Sent.* 2, 4, 4¹².

En D. 19, 3, 1, 1 *Ulp. 32 ad ed.* podemos leer que la estimación hace la pérdida del que tomó a su cargo la cosa -*Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit*-, así pues -*aut igitur*-, o deberá devolver sin menoscabo la misma cosa -*ipsam rem debebit incorruptam reddere*-, o la estimación convenida -*aut aestimationem de qua convenit*-.

Y en D. 19, 5, 17, 1 *28 ad ed.*, el mismo ULPIANO, tras manifestar que si yo te hubiere dado apreciadas unas perlas -*Si margarita tibi aestimata dederō*-, para que o me devuelvas las mismas -*ut aut eadem mihi adferres*- o el precio de ellas -*aut pretium eorum*-, y después se hubieren perdido antes de venderlas -*deinde haec perierint ante venditionem*-, se pregunta de quién será la pérdida -*cuius periculum sit*?-, a lo que el jurista responde, por boca de LABEÓN y manifestación escrita de POMPONIO -*et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit*-, que si verdaderamente yo como vendedor te hice el ruego -*si quidem ego te venditor rogavi*-, la pérdida es mía -*meum esse periculum*-, que si tú a mí -*si tu me*-, es tuya -*tuum*-, y que si ninguno de nosotros hicimos el ruego -*si neuter nostrum*-, sino que sólo consentimos -*sed dumtaxat consensimus*-, te obligas únicamente a responderme del dolo y de la culpa -*teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes*-. Pero la acción por esta causa será ciertamente la *praescriptis verbis* -*actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis*-¹³.

El que el objeto de nuestro trabajo sea el estudio de D. 19, 3, 1, 1 y, en concreto, la regla que se formula sobre la responsabilidad de las partes por pérdida “fortuita” de la cosa -*periculum rei*- en el “*aestimatum*”, justifica, a nuestro modo de ver, que renunciemos tratar aquí las múltiples cuestiones que se plantean respecto a la “noción de *aestimatum*”, a la luz de las situaciones de hecho contempladas en las fuentes¹⁴. Sin embargo, ello no obsta para que seamos conscientes de la relevancia jurídica que todo ello comporta y, sobre todo, de su incidencia en la solución del “*periculum rei*”¹⁵. Por todo lo expuesto, pasamos ya a centrar nuestra atención en D.

¹¹ *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdidideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui propósito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu uteris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.*

¹² Texto en que la solución del “*periculum rei*” es muy similar a la de D. 19, 5, 17, 1, ya que en el mismo se puede leer: *Si rem aestimatam tibi dederō, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit: si quidem ego te rogavi, meo periculo perit: si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit.*

¹³ *Vid. Index Interpolationum*, I, Weimar, 1929, col. 376.

¹⁴ Dicha cuestión será objeto de estudio en un próximo artículo, lo que creemos permitirá completar y enriquecer el presente trabajo. *Vid.* las diversas situaciones de hecho que se contemplan en D. 12, 1, 11 pr. *Ulp. 26 ad ed.*; D. 13, 6, 5, 3 *Ulp. 28 ad ed.*; D. 19, 3, 1 pr. *Ulp. 28 ad ed.*; D. 19, 5, 13 pr. *Ulp. 30 ad ed.*; D. 19, 5, 17, 1 *Ulp. 28 ad ed.*; y *Paul. Sent.* 2, 4, 4.

¹⁵ Basta apuntar aquí que, a excepción de D. 19, 3, 1, 1 y D. 19, 5, 13 pr., la doctrina no es unánime a la hora de calificar como “*aestimatum*” las distintas situaciones de hecho que son enunciadas en los fragmentos indicados en la nota anterior. En definitiva, y como con acierto observa BURDESE, en *Sul riconoscimento...*, cit., p. 57, los diversos casos propuestos en las fuentes no pueden reconducirse a una única “causa”. Así pues esta circunstancia determina que el problema del “*periculum rei*” no sea solucionado del mismo modo por la romanística, pues no es pacífica la interpretación de los supuestos de hecho previstos en los textos.

19, 3, 1, 1, en la contradicción que, a primera vista, parece existir entre el mencionado texto y D. 19, 5, 17, 1 en lo que se refiere al tratamiento del “*periculum rei*”¹⁶.

En palabras de DE LA ROSA, “ya en época intermedia los glosadores advirtieron la antinomia de los fragmentos D. 19, 3, 1, 1 y D. 19, 5, 17, 1 llevando a cabo múltiples tentativas de conciliar ambos textos”¹⁷; así pues, y de la mano de dicho autor¹⁸, cabe agrupar en tres corrientes las opiniones de la doctrina más antigua: 1ª) la que entiende que el “*periculum*”, también por “caso fortuito”, recae siempre sobre el *accipiens*¹⁹; 2ª) la que sustenta que el “*periculum*” por “caso fortuito” no ha de soportarse por el *accipiens*²⁰; y 3ª) la que defiende posiciones eclécticas²¹.

DE LA ROSA resume, a nuestro juicio con acierto, el estado de la doctrina más antigua, en los siguientes términos²²: el máximo representante de la primera postura es BARTOLO, que considera que ambos textos contemplan hipótesis diversas y que a tenor de D. 19, 3, 1, 1, único válido al “*aestimatum*”, el *accipiens* responde del “caso fortuito”; el de la segunda es AZÓN, que mantiene que en ambos fragmentos no se contemplan supuestos diferentes y que el *accipiens* nunca responde por “caso fortuito”; y el de la tercera es CUJACIO, que sólo reconoce la responsabilidad del *accipiens* por “caso fortuito” en el supuesto excepcional del negocio concluido a instancias de aquél.

Nosotros, tal como veremos, nos adherimos a los que consideran que del “*periculum*” responde siempre el *accipiens*, esto es, en todo caso y, por tanto, también el que se produce por “caso fortuito”, pues como arguyen sus defensores, en los dos textos a los que nos estamos refiriendo se contemplan hipótesis diversas.

La doctrina posterior ha continuado pronunciándose sobre dicha cuestión, y a estos efectos, cabe destacar -como hace DE LA ROSA- la opinión de aquellos autores que juzgan genuinos ambos textos y que, por tanto, tratan de armonizarlos de modo argumentado. En esta línea se manifiestan, entre otros, ACCARIAS; COVIELLO; FORMIGGINI; MOMMSEN; PALAZZO; y SOHM, quienes sostienen que mientras en D. 19, 3, 1, 1 se encuentra formulada la regla general que se aplica al “*aestimatum*”, D. 19, 5, 17, 1 tiene un valor más restringido al establecer una simple limitación. Por ello, concluyen que el *accipiens* responde siempre de la pérdida “fortuita” de la cosa frente al que se la entregó²³.

¹⁶ LOMBARDI, en *L' “actio aestimatoria...”*, cit., pp. 129 y ss., realiza un estudio de D. 19, 3, 1 y D. 19, 5, 17, pero desde una óptica procesal, esto es, que centra su *excursus* en diversas cuestiones relativas a la claridad de la “*actio aestimatoria*”.

¹⁷ DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación...*, cit., p. 406.

¹⁸ *Id.* n. anterior, pp. 407-409.

¹⁹ Cfr. BASSIANUS; ACCURSIUS; BARTOLO; Jasón del MAYNO; y KELLER, todos ellos citados por DE LA ROSA, en *Contribución a la interpretación...*, cit., p. 407, notas incluidas.

²⁰ Cfr. AZÓN y PLACENTINUS, citados por DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 408 y notas.

²¹ Cfr. CUJACIO y BURGUNDUS, citados por DE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 408-409 y notas.

²² DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación...*, cit., p. 409.

²³ *Vid.* referencia bibliográfica en n. 3.

Dentro de este primer sector hay autores que, sin negar la genuinidad de ambos fragmentos, interpretan los mismos de forma diversa a la expuesta. *Vid.* dichas opiniones, en DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación...*, cit., pp. 409-410.

Nosotros, nos adherimos a aquellos otros romanistas que entienden que el principio “*Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit*”, contenido en D. 19, 3, 1, 1, es el único que se aplica al caso de pérdida “fortuita” de la cosa en el “*aestimatum*”; entre otras razones, porque el supuesto de hecho contemplado en D. 19, 3, 1, 1 es distinto del de D. 19, 5, 17, 1²⁴. De este modo coincidimos con los mismos en que sólo el primero de los fragmentos se refiere al “*aestimatum*”, ya que el segundo, tal y como constata la Palingenesia de LENEL²⁵, es un texto del libro 28 *ad ed.* de ULPIANO que, al igual que D. 13, 6, 5, 3 *Ulp. 28 ad ed.*, estaría comprendido bajo la rúbrica “*Commodati vel contra*”, y en el que se contempla un caso de comodato con entrega, previa estimación, de una cosa; en otras palabras, un supuesto de “comodato atípico”²⁶. A nuestro entender, D. 13, 6, 5, 3 constituye un argumento decisivo en favor de la postura aquí defendida sobre la calificación del supuesto de hecho de D. 19, 5, 17, 1. En dicho fragmento -D. 13, 6, 5, 3- ULPIANO, tras afirmar de modo general que el comodato contiene las más de las veces la sola utilidad de aquél a quien se da en comodato -*Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur*-, y por esto juzga más verdadera la opinión de QUINTO MUCIO -*et ideo verior est Quinti Mucii sententia*- que cree que se ha de responder así de la culpa como de la diligencia -*existimantis et culpam praestandam et diligentiam*-; puntualiza con el citado jurista, en la línea de la decisión contenida en D. 19, 3, 1, 1, que si acaso se dio estimada la cosa -*si forte res aestimata data sit*- de todo riesgo se ha de responder por aquél que aceptó responder de la estimación -*omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit*-. En definitiva, y como nos dice ULPIANO, que se suma a la opinión de QUINTO MUCIO, el comodatario soportará “*omne periculum*” cuando la cosa entregada haya sido “*aestimata*”.

A nuestro modo de ver, el término “*aestimatio*” de D. 19, 3, 1, 1 sólo puede interpretarse como elemento esencial que configura el más tarde denominado contrato estimatorio, lo que concuerda a su vez con la obligación alternativa del *accipiens* de restituir la misma cosa o bien la suma estimada, a la que también se refiere D. 19, 3, 1, 1 -*aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit*-. Por ello, somos de la opinión que en caso alguno puede entenderse, tal y como hacen, a nuestro juicio de modo erróneo, OSUCHOWSKI²⁷ y MUÑOZ M. PLANAS²⁸, que ULPIANO en D. 19, 3, 1, 1 se refiriera, en realidad, a la “*aestimatio venditionis causa*”, lo que en último término vendría a justificar la solución esgrimida por el jurista respecto al “*periculum*”; ya que en tal caso, estimación que se añade a un contrato de compraventa, el *accipiens* sólo se obligaba a pagar

²⁴ En este sentido, cfr. entre otros: BUCKLAND, *Aestimatum...*, cit., p. 145, BETTI, “*Periculum...*”, cit., p. 151; DE ROBERTIS, *La responsabilitá...*, cit., pp. 1040-1041; y BURDESE, *Sul riconoscimento...*, cit., p. 57.

²⁵ *Pal. II*, p. 582.

²⁶ Cfr. DE ROBERTIS, *La responsabilitá...*, cit., pp. 1040-1041, n. 88.

²⁷ OSUCHOWSKI, *Notes critiques...*, cit., pp. 369 y ss.

²⁸ MUÑOZ M. PLANAS, *El contrato estimatorio...*, cit., p. 412.

la suma o precio estimado²⁹. De ser así las cosas carecería de sentido, y ULPIANO incurriría en contradicción, mencionar la obligación alternativa del *accipiens*, a la que precisamente se hace referencia en el mismo texto.

Así pues, y por lo dicho con anterioridad, entendemos que D. 19, 3, 1, 1 y, por tanto, la regla que en él se formula sobre el “*periculum rei*”, hay que interpretarla en conexión con la situación de hecho que se contempla en D. 19, 3, 1 pr. -*cum res aestimata vendenda datur*-, y que no es otra que el “*aestimatum*”, esto es, la entrega de una cosa estimada para que sea vendida.

Al margen de los autores que consideran que los compiladores habrían mutilado algunas palabras de D. 19, 3, 1, 1³⁰, o de aquellos otros que denuncian la última parte de D. 19, 5, 17, 1, esto es, la que limita la responsabilidad del *accipiens* a la simple culpa³¹, cabe destacar frente a las posturas aquí expuestas, en particular, la de OSUCHOWSKI³² y DE LA ROSA³³.

OSUCHOWSKI, además de denunciar la desconexión que, a su juicio, existe entre los fragmentos D. 19, 3, 1 pr. y D. 19, 3, 1, 1³⁴, considera que la construcción de D. 19, 3, 1, 1 denota ciertas incorrecciones desde el punto de vista de la “dogmática jurídica”. Dicho autor, tras afirmar que D. 19, 3, 1, 1 se compone de dos partes, una, desde *aestimatio* a *suscepit*, y otra, desde *aut* a *convenit*, manifiesta que la segunda proposición no justifica la frase de la primera parte mencionada, porque entiende que en la “*aestimatio venditionis causa*”, al que según él se referiría la frase relativa al “*periculum*”, el *accipiens* no se obliga alternativamente, sino sólo a restituir la suma estimada. En la misma línea sostiene también que aunque la segunda parte de D. 19, 3, 1, 1 -*aut igitur...convenit*- sea presentada como la justificación del principio o regla expuesta en la primera -*Aestimatio autem...suscepit*-, no puede servir de base a dicho principio ni tampoco ser su consecuencia³⁵.

²⁹ OSUCHOWSKI, en *Notes critiques...*, cit., p. 378, afirma que los términos “*aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit*” indican bien que se trata del resultado final de una deducción hecha por el jurista sobre la responsabilidad del “*periculum*” en caso de “*aestimatio*”; ya que la conjunción “*autem*” aboga en favor de esta interpretación. Por ello, acaba concluyendo que dicho pasaje debió ser extraído de un texto más largo de ULPIANO, relativo a la “*venditionis causa*”. En la misma línea se manifiesta después MUÑOZ M. PLANAS, *op. cit.*, n. anterior, al sostener que la frase *aestimatio autem...suscepit* fue insertada por los compiladores, de manera que ULPIANO nunca la aplicó al “*aestimatum*”. Para este autor, se puede decir que en el “*aestimatum*” clásico el *accipiens* no responde siempre del “*periculum casus*”, ya que entiende que la responsabilidad por “caso fortuito” se regiría por lo dispuesto en D. 19, 5, 17, 1. También a juicio de MAC CORMACK, *Periculum...*, cit., p. 166, probablemente D. 19, 3, 1, 1 no se refiere al contrato innominado de “*aestimatum*”.

³⁰ *Vid.* n. 6.

³¹ En este sentido, cfr. por todos, DE ROBERTIS, *La responsabilidad...*, cit., pp. 634 y ss. Para este romanista la cuestión de responsabilidad en D. 19, 5, 17, 1 se complica por la manipulación de la “*aestimatio*”. A su entender, la afirmación de la culpa como criterio general de imputación es introducida de modo equívoco en incisos conclusivos de claro origen “emblemático”, esto es, justiniano. Además también considera sospechoso e incongruente el tercer supuesto proyectado en el mencionado texto: <*neuter nostrum*>. En general, sostiene que D. 19, 5, 17, 1 es un fragmento corrupto y, en palabras del autor, “casi inservible”.

³² OSUCHOWSKI, *Notes critiques...*, cit., pp. 369 y ss.

³³ DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación...*, cit., pp. 412-413.

³⁴ OSUCHOWSKI, *Notes critiques...*, cit., pp. 376-378.

³⁵ *Id.* n. anterior, pp. 378-380.

Sobre la afirmación de OSUCHOWSKI respecto a la segunda parte de D. 19, 3, 1, 1, cabe matizar, a nuestro modo de ver, que a tenor de la conjunción que une la segunda frase del texto con la primera, esto es, “*aut igitur*”, no puede cuestionarse que esa segunda proposición es formulada como una consecuencia que se desprende de la regla expresada en la primera frase. Sin embargo, dicho romanista argumenta que la frase “*aut igitur...convenit*” no puede ser consecuencia del “*periculum*” a que se hace referencia en la primera proposición, ya que el *accipiens* se obliga de modo alternativo, no por causa del “*periculum casus*”, sino porque la restitución de la misma cosa o de la suma estimada integra el contenido del “contrato” concluido y, por tanto, constituye el núcleo esencial del vínculo jurídico creado entre las partes.

Coincidimos con OSUCHOWSKI que en el “*aestimatum*” el *accipiens* asume una obligación alternativa no por razón del “*periculum casus*”, sino porque la restitución de la misma cosa o de la cantidad estimada constituye, utilizando la terminología del citado autor, “el contenido del contrato” y “el nudo esencial del vínculo jurídico”. Sin embargo, consideramos que ello no impide conectar directamente, tal y como hace ULPIANO -a modo de causa-efecto-, el “*aestimatum*” -D. 19, 3, 1 pr.- con el “*periculum casus*” -D. 19, 3, 1, 1-; e indirectamente vincular al “*periculum*” la obligación alternativa del *accipiens*. En definitiva, y sobre la base de D. 19, 3, 1, 1, se comprende, como observa DE ROBERTIS, que el régimen de la responsabilidad en el denominado contrato estimatorio sea configurado -tal y como se describe- a cargo del *accipiens*; y que ello encuentre su razón de ser bien en la lógica de la relación o en la naturaleza del objeto -la “*res*” o la relativa “*aestimatio*”- dado “*in solutione*”³⁶.

En último término, la opinión de OSUCHOWSKI le lleva finalmente a concluir que puesto que el objeto de la restitución es sólo la suma estimada, en Derecho romano clásico no se pueden unir dogmáticamente esas dos proposiciones contradictorias ni atribuírselas a ULPIANO³⁷. Dicho parecer cobra sentido siempre que, como hace él -a nuestro juicio de modo erróneo-, se entienda que la regla formulada sobre el “*periculum*” se refería, en el texto originario, a la denominada por los romanistas “*aestimatio venditionis causa*”. Pero si interpretamos de modo sistemático D. 19, 3, 1, 1 en relación con D. 19, 3, 1 pr., nos damos cuenta, como el propio OSUCHOWSKI reconoce, que el supuesto contemplado en D. 19, 3, 1 pr. es el del “*aestimatum*”, esto es, y como manifiesta ULPIANO, “la entrega de una cosa para que sea vendida” -*cum res aestimata vendenda datur*-.

DE LA ROSA, a la luz de las distintas soluciones de los autores sobre el tema objeto de debate, y que el mismo expone en su trabajo a modo de síntesis³⁸, opina que ambos textos, D. 19, 3, 1, 1 y D. 19, 5, 17, 1, han sido manipulados por los com-

³⁶ DE ROBERTIS, *La responsabilidad...*, cit., p. 1042.

³⁷ OSUCHOWSKI, en *Notes critiques...*, cit., 379. A juicio de dicho autor, D. 19, 3, 1, 1 se compone de expresiones auténticas de ULPIANO por lo que respecta al “*periculum*” en el caso de la “*aestimatio venditionis causa*” -*aestimatio autem periculum...suscepit*- y también por lo que se refiere a la obligación alternativa del *accipiens* cuando la cosa estimada le haya sido entregada para ser vendida -*aut igitur...convenit*-, que nada tiene en común con la “*aestimatio venditionis causa*”. OSUCHOWSKI observa que el motivo de lo que se dice en D. 19, 3, 1, 1 es que dicho texto de ULPIANO ha sido objeto de modificación por el compilador.

³⁸ DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación...*, cit., pp. 405-412.

piladores. El primero, y utilizando sus propias palabras, “lo habría sido con la inserción de la frase *aestimatio autem...suscepit*, ya que si bien se trata de un principio conocido en el Derecho clásico, no resulta aplicable cuando la cosa estimada se entrega para ser vendida, supuesto típico del “*aestimatum*”, ya que el *accipiens* no se convierte en propietario, sino que sólo actúa de intermediario entre el *tradens* y un tercero”. Por lo que respecta al segundo fragmento D. 19, 5, 17, 1, y en la línea de la doctrina general, DE LA ROSA entiende que “el inciso final *actio autem...praescriptis verbis*” es un claro añadido justiniano”, así como también -a su modo de ver- la frase <*si neuter...praestes*>, en la que se contempla un tercer supuesto que no es recogido en el texto paralelo de *Paul. Sent.* 2, 4, 4³⁹.

DE LA ROSA concluye que el verdadero pensamiento de ULPIANO sobre si el *accipiens* responde o no del “*periculum*” producido por “caso fortuito” en el contrato estimatorio, se contiene en D. 19, 5, 17, 1, fragmento que, en esencia, coincidiría con el de *Paul. Sent.* 2, 4, 4, lo que su juicio es muy significativo y determinante⁴⁰.

A nuestro modo de ver, partiendo que DE LA ROSA considera un añadido justiniano el tercer supuesto contemplado en D. 19, 5, 17, 1 <*si neuter nostrum*>, precisamente porque el mismo no es referido en *Paul. Sent.* 2, 4, 4; no acabamos de entender qué es lo que le lleva a afirmar que, a tenor de lo dispuesto en D. 19, 5, 17, 1, en concordancia con *Paul. Sent.* 2, 4, 4, en el Derecho romano clásico el *accipiens* no responde del “*periculum*” cuando éste se produce por “caso fortuito”. Así pues, creemos que la objeción más grave que puede esgrimirse frente a dicha argumentación radica en que tanto en uno -D. 19, 5, 17, 1- como en otro texto -*Paul. Sent.* 2, 4, 4-, el término “*periculum*” se utiliza sin especificarse la causa que motiva la pérdida de la cosa cuando el negocio se realiza bien a petición del *tradens*, bien a iniciativa del *accipiens*; en otras palabras, la responsabilidad por pérdida de la cosa no se hace depender del *dolus* ni de la *culpa*⁴¹.

En este sentido MAC CORMACK⁴² observa que ULPIANO, en D. 19, 5, 17, 1, tras utilizar el término “*periculum*” como una “noción general” en el entramado de la cuestión preeliminar que plantea -*cuius periculum est?*- y responder a dicha pregunta con las decisiones de LABEÓN y POMPONIO, ambas configuradas en términos de “*periculum*”; al final del texto en lugar de hablar del “*periculum*” nos dice que cuando ninguna de las partes haya tenido la iniciativa del negocio, pero ambas hayan consentido, el *accipiens* estará obligado sólo por la pérdida de la cosa que se produ-

³⁹ *Id.* n. anterior, pp. 412-413.

⁴⁰ DE LA ROSA, *Contribución a la interpretación...*, cit., p. 413.

⁴¹ En esta línea, MAC CORMACK, en *Periculum...*, cit., p. 169, manifiesta que el término “*periculum*” expresa, en primer término, “chance of loss” y que las causas de la pérdida pueden ser varias, así: “*vis maior*”; accidentes; incumplimiento de la obligación de mantener a salvo la cosa -*custodia*-; *culpa* o simplemente incumplimiento del deber. Sin embargo, el autor advierte -p. 170- que en materia de *pignus* y “contratos innominados” se añade una nueva complicación, ya que los textos que se refieren a ellos parecen distinguir explícitamente entre la pérdida producida por *culpa* y la que queda comprendida en el “*periculum*”. Entre los factores que, a su entender, pueden contribuir a explicar este uso diverso, cabe destacar que los fragmentos relativos al *pignus* y a los “contratos innominados” permiten deducir que algunos de los juristas más antiguos (cfr. Alfero, Labeón y Pomponio) restringen el “*periculum*” a casos en que la pérdida se haya producido sin *culpa*.

⁴² MAC CORMACK, *Periculum...*, cit., pp. 163-164.

ce por el *dolus* y la *culpa*. A juicio de MAC CORMACK, puesto que aquí encontramos una adición de ULPIANO, que parece reflejar un punto de vista distinto, cabe preguntarse por una parte, si con ello el jurista lo que quiere decir es que el término “*periculum*” es inapropiado cuando la causa de la pérdida es la *culpa*, y por otra, si la nueva conclusión de ULPIANO es una consecuencia de que LABEÓN y POMPONIO restringen el término “*periculum*” a los casos en que la pérdida no se ha producido por medio de la *culpa*. MAC CORMACK concluye que hay varias razones para contestar a ambas cuestiones en sentido afirmativo, pues argumenta que si el criterio decisivo para soportar el “*periculum*”, según LABEÓN y POMPONIO, es la iniciativa en la proposición del negocio; sin embargo, y a su entender, es difícil de ver cómo este criterio puede ser relevante cuando la pérdida se ha producido mediante la *culpa*. En este sentido observa el autor que ULPIANO también parece diferenciar entre la esfera del “*periculum*” y la del “*dolus y culpa*”, y que aunque esto no se pueda demostrar claramente con D. 19, 5, 17, 1, puede argumentarse -a su entender- que el jurista utiliza los términos *dolus* y *culpa* porque en las circunstancias que él está considerando, la pérdida no recae sobre el *accipiens* a menos que haya mediado *culpa*. MAC CORMACK opina que un argumento más contundente en favor de esta interpretación se obtiene del tipo de terminología que se utiliza en el fragmento siguiente, esto es, D. 19, 5, 17, 2 *Ulp. 28 ad ed.*⁴³.

Coincidimos con MAC CORMACK que en D. 19, 5, 17, 2 se utiliza el término “*periculum*” de forma que contrasta con el de “*dolus*” y “*culpa*” y que, por tanto, dicho contraste tiene sentido sólo si “*periculum*” viene a significar “pérdida causada sin *culpa*”⁴⁴. Si esto es así debería de admitirse con MAC CORMACK⁴⁵, que en el texto precedente, D. 19, 5, 17, 1, ULPIANO también distingue entre pérdida producida sin *culpa*, designada con el vocablo “*periculum*”, y pérdida producida por *culpa*, en que la responsabilidad es expresada en términos de “*dolus*” y “*culpa*”.

De este modo consideramos que a tenor de la interpretación realizada por DE LA ROSA, nada impide concluir que en los “dos casos comunes” que se contemplan en D. 19, 5, 17, 1 y *Paul. Sent* 2, 4, 4, el término “*periculum*” designa la responsabilidad por pérdida “fortuita” de la cosa, esto es, la que se produce sin que haya mediado dolo o culpa. Sin embargo, como reconoce MAC CORMACK, ello no significa que hubiera un acuerdo lingüístico, al menos en el periodo clásico tardío, de limitar el “*periculum*” a la pérdida causada sin *culpa*, y por ello, en palabras del propio autor, “it was possible (where convenient) to include *culpa* as a ground of loss entailing *periculum*, either along with accident or even on its own”⁴⁶. En cualquier caso, y a tenor de lo dicho, entendemos que el término “*periculum*” utilizado en D. 19, 3, 1, 1, no permite distinguir entre pérdida “fortuita” de la cosa y pérdida producida por *culpa*.

⁴³ D. 19, 5, 17, 2 *Ulp. 28 ad ed.*: *Papinianus libro octavo quaestionum scripsit, si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum // agere. secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.*

⁴⁴ MAC CORMACK, *Periculum...*, cit., p. 164.

⁴⁵ *Id. op. cit.* n. anterior, p. 165.

⁴⁶ MAC CORMACK, *Periculum...*, cit., p. 171.

Por otra parte, y aunque no sea objeto de nuestro estudio, si nos planteamos respecto al “*aestimatum*” si el *accipiens* respondería por “*custodia*” de la cosa entregada, a nuestro modo de ver, no cabe la menor duda que sí, ya que según lo dispuesto en D. 19, 3, 1, 1, con el vocablo “*periculum*” se expresa la responsabilidad de pagar la valoración estimada de la cosa, que subsiste con independencia de la causa por la que se produce la pérdida⁴⁷. En esta línea MAC CORMACK, tras reconocer que la obligación de mantener a salvo la cosa -“*custodia*”- y la responsabilidad que nace de ella, está definida por una serie de reglas y que, por tanto, no era necesario introducir la noción de “*periculum*” para formular la decisión de la responsabilidad, no excluye, sin embargo, que en alguna ocasión se considerase conveniente incluir la pérdida por “descuido” de mantener a salvo la cosa (“*custodia*”) en el “*periculum*” y, en este sentido, que se utilizase la expresión “*periculum custodiae*”, o el término “*periculum*” en el contexto en que la cosa hubiera sido robada⁴⁸.

Por todo lo expuesto hasta aquí concluimos con DE ROBERTIS, que mientras en D. 19, 3, 1, 1 la responsabilidad se delinea “*ratione periculi*”, recayendo siempre sobre el *accipiens*; en D. 19, 5, 17, 1 se articula entre la “*culpa*” y el “*periculum*”, y además dicha responsabilidad se distribuye de modo diverso, bien a cargo del *accipiens* bien a cargo del que entrega la cosa, en función de la iniciativa en la propuesta del negocio⁴⁹. En definitiva, y como constata el mencionado autor, la contradicción entre ambos fragmentos es evidente pero fácilmente superable, ya que es el principio sistemático el que nos impone preferir, a propósito de la reconstrucción del Derecho de la Compilación, el texto “*in sede materiae*” -D. 19, 3, 1, 1-; encontrando esta orientación su respaldo decisivo en el segundo fragmento -D. 19, 5, 17, 1-, corrupto e inservible, que en caso alguno concierne al “*aestimatum*”⁵⁰.

⁴⁷ En la misma línea se manifiesta MAC CORMACK, en *Periculum...*, cit., p. 166.

⁴⁸ *Id.* n. anterior, *Periculum...*, cit., p. 170.

⁴⁹ DE ROBERTIS, *La responsabilidad...*, cit., p. 1040.

⁵⁰ *Id.* n. anterior.