LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA COSA A DOS O MÁS PERSONAS DIVERSAS CONFORME AL ARTÍCULO 1096 CC

Por

ADOLFO A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES
Profesor contratado doctor
Universidad de Murcia

Adiaz-bautista@um.es

e-Legal History Review 29 (2019)

RESUMEN: El artículo 1096 del Código Civil, en su último párrafo prevé la responsabilidad por caso fortuito del deudor que se constituye en mora o se encuentre obligado a entregar la misma cosa a dos o más personas, lo cual significa -a sensu contrario- que cuando el deudor de cosa cierta no incurra en mora ni esté obligado frente a varios acreedores, responderá sólo por dolo o culpa. La exégesis del artículo no resulta sencilla dentro de nuestro sistema de transmisión de la propiedad mediante título y modo. La explicación se encuentra, según nuestra opinión, en el proyecto de código civil de García Goyena, de cuyo artículo 1006 se tomó este inciso (con un posible error ortográfico) y en el aparente conflicto entre los principios *res perit domino* y *periculum est emptoris.* El análisis de ambos principios en las fuentes romanas nos permitirá establecer su alcance y significado habciéndolos compatibles en nuestro Derecho.

PALABRAS CLAVE: mora, riesgos en la compraventa, caso fortuito, periculum

SUMARIO: I. Significado y consecuencias del artículo 1096.3 CC. II. *Res perit domino* vs. *Periculum est emptoris.* III. Conclusiones.

OBLIGATION TO DELIVER A DETERMINATE THING TO TWO OR MORE DIFFERENT PEOPLE ACCORDING TO ARTICLE 1096 CC

ABSTRACT: The last paragraph of the article 1096 of the Civil Code provides for liability for casus *fortuitus* for the debtor who incurs default or is obliged to deliver the same certain thing to two or more persons, which means *-a sensu contrario-* that if the debtor of a certain thing does not incur default nor be bound by several creditors, he will only answer for fraud or fault. The exegesis of the article is not simple within our system of transfer of ownership. The explanation is, in our opinion, in the draft of the civil code of García Goyena, from whose article 1006 this subsection was taken (with a possible orthographic error) and in the apparent conflict between the principles *res perit domino* and *periculum est emptoris.* The analysis of both principles in Roman sources will allow us to establish their scope and meaning, making them compatible in our Law.

KEYWORDS*: mora, risks in the sale, casus fortuitus, periculum, debtor's default*

SUMMARY: I. Meaning and consecuences of article 1096.3 CC. II. *Res perit domino* vs. *Periculum est emptoris*. III. Conclusions

Recibido: 30/10/2018

Aceptado: 22/11/2018

I. SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS DEL ARTÍCULO 1096.3 CC

De acuerdo con el artículo 1096 CC *in fine*, cuando el deudor de una cosa determinada incurre en mora *o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas*, *serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.*

El supuesto de hecho es una situación tal en la que el deudor esté obligado de manera incompatible a dar una misma cosa a varias personas. La expresión "personas diversas" excluye las situaciones de pluralidad de acreedores (mancomunidad o solidaridad) que quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta norma, siendo por tanto dudoso determinar a quién corresponde el objeto. Esta situación de doble compromiso (e imposible cumplimiento con todos ellos) puede devenir de muchas circunstancias: lo más probable es que se derive de la negligencia (o dolo) del deudor que prometió una misma cosa a varias personas[1], pero también podemos imaginar otros escenarios en los que un deudor resulta comprometido a entregar una misma cosa a varias personas diversas[2].

Una interpretación sistemática del precepto (que incluye este supuesto de "doble promesa" junto a la *mora debitoris*) nos llevaría a considerar que el legislador está pensando en supuestos de actuación ilícita del deudor y prevé la responsabilidad por caso fortuito como sanción[3], sin embargo la norma es objetiva al usar el verbo "hallar". Al parecer al legislador no le importa la razón del doble compromiso, tan sólo el hecho constatable de que el deudor se encuentra comprometido con dos o más personas de tal manera que no puede cumplir con todas ellas. Pero también cabría pensar que existe una errata en el texto legal y que la intención del legislador fuera prever el caso en el que el deudor "se hubiere" comprometido ante dos o más personas, es decir, que fuera culpable o responsable de la situación en que se encuentra, sancionándole en este caso con la asunción del riesgo de pérdida por caso fortuito. La redacción en este caso sería "***se haya comprometido** a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas…*" en cuyo hipotético caso el artículo 1096 regularía la asunción de riesgos por el deudor como consecuencia de dos posibles acciones ilícitas del deudor: la *mora debitoris* o la promesa frente a dos acreedores incompatibles.

[1] Probablemente, una doble venta.

[2] Por ejemplo un vendedor de una cosa determinada que, antes de la entrega, recibe una herencia gravada con el legado de entregar esa misma cosa propiedad del heredero a un tercero.

[3] Este carácter sancionador de la atribución de responsabilidad ya fue advertido por Mariano Alonso Pérez en *El riesgo en el contrato de compra-venta*, Madrid, 1972, Página 90

Esta hipótesis podría apoyarse en la redacción del artículo 1006 del proyecto de código civil de García Goyena, del cual se transcribe casi literalmente el último inciso de nuestro 1096 cambiando el original "*haya*" por el vigente "*halla*". La diferencia es prácticamente irrelevante, pero abona la idea de que la redacción original pensaba en una actuación negligente del deudor, lo cual en el proyecto, como declara el propio autor en el comentario[4], es coherente con el sistema de traslación del dominio por el mero consentimiento que prevé en su artículo 981, traslación que en este caso no se ha podido producir por culpa del vendedor.

Obviado este posible error de traslación del texto de García Goyena al Código de 1889, Martín Pérez[5] justifica su presencia en el artículo 1096 en el hecho de que la doble venta carece de la nota de realizabilidad (*emptio perfecta*) que justifica la transmisión de los riesgos al comprador y que analizaremos más adelante.

La doctrina civilística considera por su parte, que esta atribución del riesgo al deudor no es una sanción derivada de la situación de mora y por tanto sólo deberá hacerse cargo en el caso de que no acredite que la cosa se habría perdido igualmente de haber entregado con anterioridad la cosa al acreedor.

Se trata por tanto, según este planteamiento, de penalizar la pérdida *propter moram* y no la mera desaparición *post moram*[6]. Ciertamente, la doble previsión del artículo (caso de *mora debitoris* y falta de especificación del acreedor) parece excluir el carácter sancionador de la atribución de los riesgos. Sin embargo, desde un punto de vista objetivo, que defendemos en este trabajo, en ambos casos tiene sentido la atribución de los riesgos al deudor conforme al principio *res perit domino* pues la obligación de entrega de la cosa carece en ambos casos de la perfección necesaria para traspasar el riesgo al acreedor, lo cual es coherente con las fuentes clásicas, como trataremos de justificar más adelante, y suprime lo que consideramos justificación del traspaso de riesgos: una presunción implícita de *mora creditoris*. Por otra parte, el tenor literal del precepto incluye la previsión de que el deudor "se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas…" lo cual admite múltiples interpretaciones.

---

[4] Declara García Goyena en sus comentarios: "Que esta excepción no se lee en los Códigos extranjeros. Que es una justa pena de la mala fe del vendedor. Y una consecuencia del párrafo último del artículo 981. Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Tomo III, Madrid, 1852, pág. 43

[5] José Antonio Martín Pérez, Artículo 1096, [recurso electrónico] http://vlex.com/vid/articulo-1-228501, pág. 20 (última consulta 30/10/2018)

[6] *Vid*. Rafael Verdera Server, artículo 1096, en Rodrigo Bercowitz, *Comentarios al Código Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 510. En el mismo sentido, Manuel Albaladejo*, Curso de Derecho Civil español común y foral,* Bosch, Barcelona, 1977, pág. 99, en sentido contrario, con cita de Alonso Pérez, *vid.* Martín Pérez, *ibid.*

En nuestra opinión no puede descartarse la atribución al deudor moroso de la pérdida por caso fortuito en todos los casos, y su correspondiente deber de indemnizar al acreedor, pues ello sería coherente con el principio *res perit domino*, de manera que si la cosa se pierde en poder del deudor sin culpa de éste, la obligación de resarcir al acreedor cesará sólo cuando el acreedor esté perfectamente delimitado (así como de que el objeto esté totalmente definido) y puesto a su disposición el objeto de la deuda. Pero sobre todo, *a sensu contrario* la norma legal parece indicar que, si el deudor no incurre en mora ni se halla sujeto a entregar la cosa a dos personas diversas, el riesgo de perecimiento fortuito de la cosa recae en el comprador[7]. La razón, según entendemos, es la apreciación, en tal caso, de mora o retraso del acreedor en adquirir la cosa[8], lo cual haría compatible el principio *res perit domino* así entendido, con el brocardo *periculum est emptoris*, como veremos.

II. *RES PERIT DOMINO* VS. *PERICULUM EST EMPTORIS*

La palabra latina *periculum* parece derivar de la raíz indoeuropea **-per* que contiene una idea de incertidumbre en una actividad humana[9]. De manera amplia se considera *periculum* el riesgo de destrucción de una cosa o, con carácter más general, de que se produzca cualquier infortunio[10]. En las fuentes históricas se utiliza el término en este sentido atécnico que ya encontramos en Gayo 4,57[11] como riesgo de pérdida de un proceso[12]. Pero incluso en este sentido amplio o no estrictamente jurídico, podemos encontrar en todos los casos una nota de suceso imprevisible e inevitable que conlleva la ausencia de responsabilidad. La propia idea de pérdida fortuita de una cosa trae consigo la conclusión de que no debe responder nadie por el daño, salvo situaciones

[7] En coherencia, entendemos, con los artículos 1113.1 y 1176 CC, que establecen la exigibilidad de las obligaciones puras y los efectos de la mora del acreedor

[8] En ello concuerda, creemos, la descripción que realiza Pomponio de la *mora creditoris* en Dig. 19.1.3.4 (Pomponius 9 ad sab.) *... mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere...*

[9] Palabras derivadas presuntamente de la raíz indoeuropea serían *pirata, empírico, perito*… en todas ellas hay un componente de riesgo, pero también el beneficio de la experiencia que se deriva de ello. El *periculum* así sería el riesgo que hay que asumir si se quiere obtener un resultado satisfactorio

[10] Armando Torrent Ruiz, v. Periculum *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, Madrid, 2005, pág. 891

[11] Gai. 4.57: *At si in condemnatione plus positum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est...*

[12] De este modo se comprende que, sólo entre los fragmentos del Código y la Collatio atribuidos a Diocleciano, podamos encontrar 38 textos en los que se utiliza el término *periculum* o sus variantes. Vid. Adolfo Díaz-Bautista et al., *Glosario de las constituciones de Diocleciano*, Iuris Universal, Murcia, 2016, pág. 115.

excepcionales de responsabilidad objetiva[13]. Cuando una cosa se pierde sin dolo ni culpa de nadie, el dueño debe soportar su pérdida sin poder reclamar, con carácter general, a un tercero como responsable. Se comprende así el principio general *res perit domino*, entendido como norma general de ausencia de responsabilidad por la pérdida fortuita de las cosas.

Advierte TORRENT[14] que, *en determinados contratos bilaterales como la emptio venditio y la locatio conductio[15] el problema adquiere otros perfiles planteándose la cuestión de si devenida imposible la prestación por causa inimputable a una parte deba la otra cumplir con la suya.*

La cuestión por tanto no es ya *quién debe sufrir la pérdida de la cosa* sino si este incumplimiento no culpable del deber de entrega del vendedor supone la ineficacia del negocio jurídico y por tanto la extinción del deber de pago del comprador o por el contrario éste debe seguir pagando el precio sin obtener nada a cambio. Indica Torrent[16] que, en Derecho clásico, el vendedor respondía por custodia[17] y por tanto asumía frente al comprador el riesgo de que la cosa se perdiera antes de la entrega por cualquier motivo salvo *vis maior* (Paul. D. 18.6.15.1[18]). Sin embargo en Derecho justinianeo[19] la pérdida de la cosa debida que no obedeciera a dolo o culpa del vendedor recaía sobre el

---

[13] Con toda claridad lo explica Ramón Rodríguez Montero, *responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho Romano (una aproximación con perspectiva histórica)*, Andavira, Santiago, 2015, pág. 87 ss, donde considera la regla *res perit domino*, como norma *natural y obvia.*

[14] Torrent Ruiz… *Idem.*

[15] Donde rige el principio *periculum est locatoris*, como puntualiza Rodríguez Montero, *op. cit.* pág. 105

[16] Torrent Ruiz… *Idem*

[17] Señala Guzmán Brito que, *en el latín de los juristas, la palabra custodia ofrece dos significados primarios y generales: por un lado, vigilancia, conservación, cuidado generalmente de cosas, por otro lado, posibilidad de tenencia efectiva, normalmente de cosas*. Si bien, más adelante, aclara que el término *custodia* sólo aparece referido a la posesión de bienes muebles, nunca de inmuebles. De esta segunda acepción es de donde, el profesor Guzmán Brito, deriva la etimología de la *responsabilidad por custodia*, que se circunscribe, entonces, a la pérdida de una cosa mueble debida a otro por hurto o robo de un tercero, sin entrar a considerar la actuación diligente o no del tenedor de la cosa. Alejandro Guzmán Brito, La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla "*periculum est emptoris*", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 24, 1, 1997, pág. 180. Rodríguez Montero, *op. cit.* pág. 105 sugiere que la regla *periculum est emptoris* (entendiendo incluida la fuerza mayor y el caso fortuito, pero no la custodia) pudo ser introducida por Labeon y seguida por los proculeyanos.

[18] D.18.6.15.1 *Paulus libro tertio epitomatorum Alfeni.* Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

[19] Y así pasaría al Derecho común, como vemos, por ejemplo en el Fuero de Soria (fragmento 369), el Fuero Real (3.10.17) y particularmente, las Partidas (5.5.23-27). Vid. Juan Antonio Arias Ramos- Arias Bonet, La compraventa en Las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del Título V de la Quinta Partida, en *Comentario de la Ley del Notariado,* sec. I, Estudios Históricos, Madrid, 1965, pág. 373

comprador (Paul. D. 18.6.8.pr.[20]) quien debía pagar el precio pactado aun no recibiendo nada a cambio[21].

Las fuentes distinguen que la pérdida de la cosa por fuerza mayor o caso fortuito[22] se produzca antes o después de la *perfectio emptionis*[23], pues, como señala Torrent, la pérdida producida antes de la *perfectio* ocasiona la nulidad de la compraventa (Cel. D. 50.17.185[24]). Advirtiendo del debate que suscita el principio *periculum est emptoris*, el profesor Torrent aventura que, probablemente, subyace al mismo la idea de que el comprador ya es, en cierto modo, propietario de la cosa desde el momento de la perfección, aun antes de haberse producido la *traditio*[25]. Sólo desde ese punto de vista

[20] D.18.6.8pr. *Paulus libro trigesimo tertio ad edictum.* Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit: sane si exstet res,licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

[21] Como se advierte claramente en Inst 3.23.3: *Cum autem emptio et venditio contracta sit, periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.*

[22] La expresión *caso fortuito o fuerza mayor* es clásica en Derecho común si bien no resulta fácil distinguir ambas figuras en Derecho moderno. Rivero Hernández cita a Santos Briz que ofrece distintos criterios para distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor (que proceda de la naturaleza o de un tercero, que el suceso recaiga sobre el objeto o el sujeto de la obligación, etc.) para acabar señalado que en el moderno Derecho civil español resulta casi imposible distinguir ambos conceptos. Realmente, a efectos prácticos, suele ser más útil el concepto genérico de *periculum* que engloba todo suceso imprevisible o inevitable que tratar de establecer una distinción que, por lo general, carece de trascendencia práctica. (*Vid*. José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones.* Vol. I, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 241 ss.)

[23] Juan Manuel Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2011. Pág. 18, explica con claridad la diferencia entre *emptio contracta* y *emptio perfecta*, remontando el origen de la discusión sobre los riesgos a un hipotético paso de la compraventa real (propia del Derecho arcaico) a la compraventa consensual, producido, probablemente, con motivo de la expansión y desarrollo comercial de Roma. Lacruz Berdejo, por su parte, (*op. cit,* pág. 37) advierte con cita de Jörs-Kunkel que esta solución no satisface a toda la doctrina.

[24] D.50.17.185 *Celsus libro octavo digestorum* Inpossibilium nulla obligatio est.

[25] La misma idea sugiere Gema Tomás Martínez, El riesgo en la compraventa. Una reflexión sobre la vigencia de la regla *periculum est emptoris* en el actual Derecho de contratos, en *El Derecho comercial, de Roma al Derecho Moderno. IX Congreso Internacional y XII Iberoamericano de Derecho Romano,* Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2007, pág. 981. Amparo Montañana Casaní, La regla *periculum est emptoris* en *Instituta* 3 23(24) 3, en *Revista General de Derecho Romano,* 26(2016), n.1, hace una extensa y detallada relación de la doctrina romanística, indicando que Windscheid sostuvo que la compraventa, aun no siendo traslativa del dominio, *"tiene una cierta naturaleza alienadora, la cosa comprada, al menos para las partes se considera salida del patrimonio del vendedor. Por tanto la regla respondería al principio res perit domino"*. En ello, indica la profesora Montañana, concuerdan más recientemente, Cannata, Zimmerman y Cardilli. En nuestra opinión, sin embargo, ello parece contradecir el carácter puramente obligacional que la doctrina destaca en el primitivo contrato de emptio-venditio, lo cual, al parecer,

(que quiebra la concepción clásica de la adquisición por título y modo) pueden conciliarse los principios *res perit domino* y *periculum est emptoris*.

Por su parte, D' ORS interpreta el principio *periculum est emptoris* de manera diametralmente opuesta. Según este autor, *Si la entrega se hace imposible sin su culpa* [del vendedor]*, el contrato se considera resuelto, y el comprador, por su parte, no queda obligado a pagar el precio, o puede repetirlo si ya lo pagó*[26]. En defensa de su argumentación invoca D. 19.2.33[27] advirtiendo que el caso tratado en D.21.2.11pr. no es aplicable pues se trata de una finca ya entregada al comprador.

La doctrina civilística es casi unánime en la interpretación del principio *periculum est emptoris* en el sentido expuesto por Torrent. Albaladejo[28] explica que podría interpretarse el principio de *periculum est emptoris* en el sentido de que, perdida la cosa sin culpa del vendedor, el comprador asume el infortunio de no adquirir la cosa, quedando extinguido el derecho del vendedor al precio por efecto de la cláusula resolutoria de los contratos sinalagmáticos (art. 1124 CC). Sin embargo, continúa el autor, *según la opinión más*

---

deriva de la intensa relación comercial con los *peregrini* que no podían acceder a la propiedad civil. Por ello los textos insisten en que el vendedor está obligado a poner al comprador en posesión de la cosa y a responder en caso de evicción pero no se obliga a hacer propietario al comprador, lo cual será, en su caso, un efecto de la conjunción de *iustus titulus* y *traditio.* Vid. Kaser, (*Op. cit.*) pág. 551

[26] Álvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano,* 7ª ed., Eunsa, Pamplona, 1989, pág. 544. Sin embargo más adelante aclara: *Pero la responsabilidad del vendedor se agrava cuando se trata de una cosa mueble, pues incumbe al vendedor el conservarla hasta hacer la entrega, y responde de ella por custodia ,quedando a cargo del comprador tan sólo la pérdida por fuerza mayor.* En nota 2, afirma que *La extensión del concepto de custodia a inmuebles no parece clásica.* Coincide con ello Fernando Betancourt, *Derecho Romano clásico,* 4ª ed., Universidad de Sevilla, 2014, pág. 626, añadiendo que la responsabilidad por custodia en la venta de cosa mueble aparece en torno al siglo II. En idéntico sentido, Jorge Adame Goddard: La regla *periculum est emptoris* en la compraventa de mercaderías, en *México Anuario jurídico* 11(1984) Bepress, pág. 239.. En otro sentido, *vid*. Max Kaser, *Römisches Privatrechts,* Erster Abschnitt, Verlag Beck, Munich, 1971 pág. 552, también Rodríguez Montero, *op. cit.* pág. 105. Francisco Rivero Hernández, en José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil II,* 2ª ed, Barcelona, Bosch, 1986, pág. 36, sostiene que *en la compraventa romana, por su especial concepción, las obligaciones de comprador y vendedor actuaban como obligaciones unilaterales autónomas, y si el vendedor quedaba relevado de su obligación al devenir imposible la entrega de la cosa, el comprador no se liberaba de la suya, independiente de la otra, por ser genérica,* genus numquam perit.

[27] D.19.2.33 *Africanus libro octavo quaestionum.* Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus Iteneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis,

[28] Manuel Albaladejo, *Derecho Civil para las facultades de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales,* Bosch, Barcelona, 1965, pág. 305. En sentido contrario, defendiendo la interpretación mayoritaria del artíículo 1452 CC, vid. Lacruz Berdejo, *Cit.* páág. 41, nota 2.

generalizada… acogiendo precedentes históricos que arrancan del Derecho Romano, en el caso de pérdida no culpable de la cosa vendida el deber del comprador de pagar el precio subsiste, invocándose para ello el artículo 1452 CC[29].

Respecto de la regla *periculum est emptoris*, contenida en D.18.6.8.pr (*perfecta emptione, periculum est emptoris*[30]), el profesor Guzmán Brito[31] la interpreta en el mismo sentido que Torrent, afirmando que *si la especie o cuerpo cierto que se ha vendido perece, sin culpa del vendedor, antes de su entrega al comprador, la obligación de aquél se extingue, pero subsiste la de éste, de modo que el comprador ha de pagar todo el precio, aunque nada recibe a cambio.* El origen de la crítica a esta regla lo cifra el autor en el iusnaturalismo racionalista[32], afirmando que, como consecuencia de ello, diversos códigos (argentino, portugués, italiano y alemán) establecieron la resolución del contrato de compraventa en caso de pérdida fortuita de la cosa vendida, minorando (o suprimiendo) así el rigor del principio romano. Para defender la validez de esta regla y su justificación, el profesor Guzmán Brito[33] cita la responsabilidad por custodia del vendedor por la cosa vendida hasta el momento de su tradición al comprador entre otros casos de responsabilidad objetiva, mencionando como fuentes D. 18.6.3, 19.1.31.pr., 19.1.36, 39.2.38 pr., 47.2.14.pr, 18.1.35.4 e Inst. 3.23.3ª. Se trataría por tanto *de distribuir entre el comprador y el vendedor el conjunto de riesgos que pueden afectar a la cosa. Así el riesgo derivado del hurto o del robo de la cosa, se carga a la cuenta del vendedor… el riesgo dependiente del caso fortuito o de la fuerza mayor, en cambio, se carga a la cuenta del comprador.*[34] Como conclusión práctica de esta teoría de los riesgos en la

[29] Lacruz Berdejo *op. cit.* pág. 36, advierte de que *esta es la cuestión más delicada, no sólo irresuelta de forma directa el Código, sino particularmente complicada por la interferencia de antecedentes históricos remotos (Derecho romano) y próximos (proyecto de 1851) con un sistema de compravante en el Código distinto al de aquellos, cruce de principios que aquí resultan opuestos...*

[30] Cuya clasicidad ha sido discutida en el pasado, principalmente por Arno, *vid.* Antonio Guarino.: *Diritto privato romano*, Nápoles, 1970, pág. 940.

[31] Ibid. 193

[32] Cita para ello Guzmán Brito a Puffendorf.

[33] Guzmán Brito, *op. cit.* pág. 185. Sobre la base de D. 4.9.1pr. (Ulp. 14 *ad ed*) aventura una explicación a la responsabilidad objetiva por custodia: *si la alegación de haber sido hurtada o robada una cosa que se debe a otro permitiera la exoneración de responder, de modo que la obligación de entregar, extinguida por la imposibilidad de cumplimiento, no se viera sustituida por la de indemnizar el valor, eso haría que el destino de la obligación de entregar quedara por entero sujeto a la voluntad del obligado*. *Ello porque siempre es posible simular un hurto o un robo*

[34] Cita para ello, como fundamento, D.47.2.14pr. (*Ulp.* 29 *Sab.*), del cual excluye, como interpolada la frase *mandare eum plane… quae sententia vera est*, presentando el texto ulpianeo de tal modo que, precisamente, está destinado a distribuir los riesgos de la compraventa entre comprador y vendedor del modo expuesto. En el mismo sentido, Ricardo Panero Gutiérrez: *Derecho Romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 572

compraventa, el profesor santiagueño[35] afirma que, si la cosa mueble vendida se pierde por hurto o robo de un tercero, habiendo desplegado el vendedor la diligencia ordinaria, el vendedor deberá indemnizar al comprador por el perjuicio causado si bien éste deberá pagar el precio pactado. Es decir, normalmente, se producirá una compensación entre precio e indemnización que dejará sin efecto el contrato de compraventa. Por su parte, si la cosa se pierde en poder del vendedor por caso fortuito o fuerza mayor (distintas del robo o hurto) entonces el comprador habrá de pagar el precio sin recibir nada a cambio.

Recapitulando, por tanto, nos encontramos con diversos planteamientos doctrinales: por un lado D'Ors sostiene que la expresión *periculum est emptoris* no conlleva -en caso de pérdida fortuita de la cosa vendida- la subsistencia de la obligación de pago por parte del comprador, al menos en el caso de inmuebles. Por su parte, Torrent afirma que la regla procede de Derecho justinianeo[36], siendo de cuenta del vendedor todos los riesgos hasta la entrega de la cosa. Finalmente, Guzmán Brito, explica que, si bien el comprador debe asumir el riesgo y por tanto pagar el precio de la cosa adquirida que perece por caso fortuito, este concepto no incluye, en las fuentes romanas, el robo ni el hurto, sino los otros supuestos de pérdida no culpable.

Para que el vendedor quedara liberado de los riesgos (o de parte de ellos) de perecimiento fortuito de la cosa, era necesario que la *emptio* fuera perfecta. Hoy día, los juristas estamos imbuidos de la ideología del moderno Derecho Civil, el cual recoge, junto con la tradición romanística, la influencia canónica y las aportaciones doctrinales del *ius commune*. Para nosotros hablar de perfección de la compraventa es hablar de un mero acuerdo de voluntades por el que las partes concuerdan en el objeto y en el precio[37]. Sin embargo las fuentes sugieren que los juristas romanos entendían otra cosa por compraventa perfecta[38]. Una compraventa era perfecta en Derecho Romano cuando la obligación de entrega era plenamente eficaz, es decir, no estaba sometida a condición ni a término suspensivos o bien éstos ya se habían cumplido. En el caso de que el objeto de la compraventa fuera una cosa específica la vigencia de la obligación de entrega sería

---

[35] Guzmán Brito, *op. cit.* pág. 199

[36] Sin embargo, la presencia del principio *periculum est emptoris* formulado con rotunda claridad en los rescriptos de Diocleciano, como veremos más adelante, parece sugerir que la instauración es anterior a Justiniano. Posiblemente el principio sufrió una desconocida y lenta evolución a lo largo del Derecho clásico. Sin embargo, la presencia del principio *periculum est emptoris* formulado con rotunda claridad en los rescriptos de Diocleciano, como veremos más adelante, parece sugerir que la instauración es anterior a Justiniano. Posiblemente el principio sufrió una desconocida y lenta evolución a lo largo del Derecho clásico. Mariano Alonso Pérez, *periculum est emptoris* y FV 16 (Pap. 3 *resp*), en *Anuario de Historia del Derecho,* 1961, pág. 364, n. 1, defiende la clasicidad del principio en contra de lo sostenido por Arno, Haymann, Beseler, Konstantinovich y Betti, afirmando (pág. 365) que los autores que defienden el origen justinianeo de la regla han pasado por alto el texto que comenta y que justifica, por sí mismo, la clasicidad del principio.

[37] Artículos 1254, 1258, 1278 y 1450 del Código Civil

[38] Seguimos aquí lo expuesto por Abril Campoy, *cit.*

bastante para traspasar los riesgos al comprador. En cambio, cuando la cosa vendida fuera una cantidad de un género, es necesaria la "especificación" con carácter previo para que la compraventa sea perfecta. Dentro de ello cobra especial importancia la *degustatio*, procedimiento por el cual el comprador aprobaba la calidad del producto y confirmaba su adquisición, quedando de algún modo determinado el producto adquirido.

Visto de esta manera, la compraventa perfecta en la que el riesgo de pérdida se traspasaba (total o parcialmente) al comprador, consistía en una situación jurídica en la que el comprador podía retirar en cualquier momento la mercancía y por tanto, si dilataba dicho momento era, de algún modo, responsable de lo que le ocurriera[39]. Se trataba, de alguna manera, de un caso de *mora accipiendi*, lo cual aporta una cierta justificación al principio *periculum est emptoris*[40].

De este modo se puede comprender mejor la insistencia de los juristas en que el traspaso de los riesgos sólo se predicaba de las compraventas perfectas:

C.4.48.1 (ALEX. 223)

> **Post perfectam venditionem** omne commodum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet. Auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant, et ita, si ei denuntiatum est, ut causae agendae adesset, et non absente emptore contra eum pronuntiatum est.

III. CONCLUSIONES

Sentado el principio jurídico *res perit domino* que excluye cualquier responsabilidad ajena en la pérdida fortuita de cosa propia, surge el problema jurídico en las consecuencias de la pérdida no culpable de una cosa propia pero debida a un tercero, particularmente por la concurrencia de un contrato de compraventa. La aplicación estricta del principio *res perit domino*, combinada con nuestro sistema de traslación del dominio,

[39] En este sentido, es clara la dicción del artículo 333 del Código de Comercio: *Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y* ***teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos****, serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor.* Rivero Hernández (Lacruz Berdejo *op. cit.* pág. 39) cita a Cossío para defender que aún hoy, con la regulación del Código Civil, no puede considerarse que siempre se trasladen los riesgos al comprador una vez perfeccionada la compraventa, pues *el momento a partir del cual soporta los riesgos el comprador debe ser, no el de perfección del contrato, sino aquél en el que surge la obligación de entregar la cosa vendida*, invocando para ello el artículo 1095 CC.

[40] En este contexto, creemos, siguiendo a Martín Pérez (*cit.* Pág. 20), cobra sentido la previsión del artículo 1.096 CC, ya que en ambos casos (mora del deudor e indeterminación del acreedor) la compraventa no es "perfecta" en el sentido clásico; el acreedor no "puede" tomar posesión de la cosa y por tanto no puede presumirse esa especie de *mora creditoris* de la que hablamos, por lo que no sería coherente hacerle correr con ninguno de los riesgos. Interpretado así el precepto legal poco importa que la pérdida sea *propter moram* o simplemente *post moram* puesto que la "ratio iuris" que enunciamos sería aplicable a ambos supuestos.

llevaría a afirmar que, hasta el momento de la entrega, la pérdida fortuita de la cosa debida debe ser soportada por el deudor, quedando por tanto el comprador liberado de la obligación de pagar el precio e incluso podría devengarse para el vendedor el deber de indemnizar los perjuicios que el incumplimiento causase, ello sería además coherente con el régimen establecido en el artículo 1124 CC. Empero, las fuentes nos hablan de un traslado de la responsabilidad por *periculum* al comprador una vez perfeccionada la compraventa, lo cual de un modo u otro ha llegado a nuestro Código Civil. Tal previsión, formulada bajo el brocardo *periculum est emptoris* plantea muchas dificultades interpretativas. Entre ellas, como hemos tratado de señalar más arriba, qué se entiende por *periculum* (si incluye la custodia junto a fuerza mayor y caso fortuito, o no), y qué se considera "*emptio perfecta*", advirtiendo que nuestro concepto moderno de perfección del contrato de compraventa (artículo 1450 CC) no es el que utilizaban los juristas romanos, que distinguían entre *emptio contracta* y *emptio perfecta*[41]*.* También cabe detenerse en qué consideramos *mora* de acreedor o deudor, para el supuesto de que no se haya producido intimación. Aclarado ello, advertimos que la nota común en todos los casos en que se hace cargar al comprador con las consecuencias de la pérdida fortuita (obligándole a pagar el precio a cambio de nada) tienen en común el que la cosa, antes de perderse, estaba a su disposición, por lo que la única razón para que no se hubiera producido la traditio es el retraso del comprador en la toma de posesión, lo cual acerca su posición a la *mora accipiendi* (entendida en el sentido que se refleja en D. 19.1.3.4). Con base en el artículo 1096 del Código Civil podríamos afirmar que en caso de *mora debitoris* el vendedor asume el *periculum* y en el opuesto de *mora creditoris* los riesgos se traspasan al comprador.

En particular, la aplicación de estos dos principios, en apariencia contradictorios, a la regulación del artículo 1096.3 CC nos lleva a considerar que el legislador de 1889 cometió un error en la traslación del texto del artículo 1006 del proyecto de García Goyena sustituyendo la expresión original "*se haya comprometido"* por la vigente "*se halla comprometido"* lo cual, unido al cambio de régimen de transmisión de la propiedad operado con el código de 1889 respecto del proyecto de 1851, viene a enturbiar aún más la exégesis de la norma, al hacer responsable de los riesgos al deudor comprometido con dos o más personas sea o no culpable de dicha pluralidad de obligaciones, difuminándose así la intención originaria del legislador de atribuir la responsabilidad por caso fortuito como sanción al deudor negligente que incurre en mora o se obliga simultáneamente con varios. Pese a ello, la norma tal como viene redactada puede considerarse coherente dentro del contexto de compatibilidad entre los principios *res*

[41] Esta distinción fue acuñada por Seckel y Levy con base en D.18.6.8 (Paul. 33 *ad Ed.*), según cita Goddard, *op. cit.* pág. 240, n. 10, donde señala la opinión contraria de Arangio Ruiz.

perit domino y *periculum est emptoris* siempre que se considere que el traslado de los riesgos al comprador sólo se produce en el caso de que la cosa debida esté perfectamente delimitada y definido el acreedor, es decir, que la cosa sea exigible “desde luego” (art. 1113.1 CC) y por tanto, que el acreedor se encuentre en mora (1176.1 CC)