

EL RIESGO EN LA COMPRAVENTA DE
 VINO EN EL DERECHO ROMANO

PATRICIO LAZO*
 Universidad de Antofagasta

RESUMEN

El autor se propone el examen de las principales circunstancias que, a propósito de la compraventa de vino, inciden en la transmisión del riesgo de su enmohecimiento o acidez. El método seguido es el examen exegetico de los textos conservados en el Digesto, no obstante que, a juicio del autor, se advierte en algunos de ellos una manipulación que dificulta la comprensión cabal de su contenido. El trabajo ofrece propuestas de interpretación de los textos relativos a esta materia.

PALABRAS CLAVE: Vino (compraventa de) - Riesgo (transmisión del) - *Admensio* - *Degustatio*.

ABSTRACT

The author attempts to look at the chief circumstances which, in relation to the bargain and sale of wine, affect the transmission of risk from its becoming moldy or sour. The method used is the exegetical analysis of the texts preserved in the Digesto, notwithstanding it is noticed that, according to the author, a thorough comprehension of its contents becomes difficult because of its manipulation. The article suggests interpretation of the texts concerning this matter.

KEY WORDS: Wine (purchase and sale) - Risk (transmission of) - *Admensio* - *Degustatio*.

* Profesor de derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antofagasta. Dirección postal: Campus Universitario "Coloso", Antofagasta, Chile. Correo electrónico: patricio.lazo@uantof.cl

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

A propósito de la compraventa del vino, las fuentes nos ofrecen una rica casuística relativa al riesgo de que aquél se altere en razón de enmohecimiento o acidez. Por regla general, será el comprador quien soporte este riesgo, tal como lo afirma D. 18, 6, 1 pr. (Ulp., 28 *ad Sab.*): “*Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum periculum, quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa*”, (rell.)

Puede observarse que en el texto son atribuidos al comprador cinco hipótesis de riesgo, aunque sólo tres de ellas vienen especificadas. Así, el comprador debe asumir con la carga del riesgo de i) acidez (*acuerit*), ii) de cualquier otro vicio (*vel quid aliud vitii sustinuerit*), iii) de derramamiento (*effusum*), iv) de fractura de los envases (*vel vasis contusis*), y v) de cualquier otra causa (*vel qua alia ex causa*).

Como se aprecia, las hipótesis ii) y iv) no se especifican, pero su determinación debe hacerse siguiendo sus antecedentes, a modo de una interpretación extensiva. Con todo, hay que advertir que la determinación del momento a partir del cual el comprador comienza efectivamente a soportar el riesgo no aparece en otros fragmentos tan sencilla como puede seguirse del pasaje citado; más aún, la hipótesis concreta puede estar rodeada de numerosos elementos que incidan en más de una dificultad para la determinación de este momento. Consecuencia lógica de todo ello es que en algunos de los casos analizados por los juristas, el riesgo deba soportarlo el vendedor, por no haber concurrido las condiciones que determinan la transmisión del riesgo al comprador. El problema, por tanto, se reconduce a conocer los criterios de que se sirven los juristas para decidir el momento en que el riesgo es atribuido al comprador. Tal análisis es objeto de este trabajo.

Las reglas distributivas del riesgo propias de la compraventa de vino que me propongo analizar hacen referencia a los siguientes criterios: la *degustatio*, la *admensio*, la convención de las partes, la mora y la culpa o el dolo.

II. “DEGUSTATIO”

La *degustatio* consiste en la prueba destinada a establecer la calidad del vino. Un conocido texto de Paulo ofrece una clara separación entre ella y la *admensio*: D. 18, 1, 34, 5 (Paul., 33 *ed.*) “*Alia causa est degustandi, alia metiendi: gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, mensura vero non eo proficit, mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur*”.

La *degustatio* ocupa, a tenor del texto transcrito, un lugar central en la determinación del traspaso del riesgo. Sin embargo, un tema controversial en la doctrina es la determinación de su naturaleza. Este problema se puede reducir a la pregunta de si la *degustatio* debe ser considerada como un *naturale* de la venta de vino, o bien como un elemento accidental de la misma.

En la romanística hay tres posiciones bastante nítidas: de una parte se ubica Yaron, quien sostiene que la *degustatio* era un *naturale* de la venta de vino¹, que

¹ YARON, R., *Sale of Wine*, en *Studies in The Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta* (Oxford 1959; reimpr. Aalen 1977), p. 71 ss.

tenía lugar durante el tiempo intermedio que iba entre el acuerdo de las partes y la entrega de aquél y cuyo efecto era el hecho de que a partir de ese momento el comprador carecía de la facultad de rechazar arbitrariamente el vino². Una segunda posición es la de quienes sostienen que se trataba de un elemento accidental, por lo que siempre era objeto de un pacto. En este sentido se pronuncian Arangio-Ruiz³ y Talamanca⁴. Finalmente, en el plano de una *media sententia* se encuentran Emil Seckel y Ernst Levy⁵, quienes –seguidos por Kaser⁶–, sostienen que, para decidir la cuestión acerca de la naturaleza de la *degustatio*, es necesario entender previamente si se trataba de una venta de *vinum amphoriarum* (en envases), o bien de *vinum doliare* (en barril)⁷. Tratándose de este último, la *degustatio* era un elemento natural, por lo que el vendedor debía soportar el riesgo del *acor* hasta la degustación; por el contrario, tratándose de la venta de *vinum amphoriarum*, la *degustatio* no consistía en un “naturale” del negocio, por lo que debía ser el comprador quien soportase, a partir de la conclusión del contrato, todas las hipótesis de riesgo, diferenciadas a su turno de las contenidas en el deber de custodia del vendedor, el que subsistía. A su turno, tratándose de la venta de vino por envases, el vendedor podía asumir el riesgo del *acor*, estableciendo para ello un plazo de garantía; si éste no era fijado, entonces, a consecuencia del parecido entre esta situación y la de la venta de vino en barril, se consideraba necesaria una degustación previa. Todo ello traía como consecuencia que la venta de vino en ánforas, en virtud de esta clase de pacto tenía un tratamiento similar a la de la venta de vino en barriles y por ello, a partir del período *quodsi non designavit tempus*, ambos tipos de venta venían a recibir un tratamiento conjunto.

En mi opinión, hay sólidas razones para pensar que la *degustatio* era un elemento accidental, al modo de una condición suspensiva, de tal modo que si después de la prueba el comprador se mostraba conforme, la compra se hacía perfecta y, por consiguiente, pasaba el comprador a soportar el riesgo del perecimiento de la cosa.

III. “ADMENSIO” Y TRASPASO DEL RIESGO

A diferencia de lo que ocurre con la *degustatio*, la relación que la *admensio* guarda con el riesgo se ve normalmente oscurecida, toda vez que en algunos textos en los cuales ella viene tratada, se la relaciona de modo incompatible con la responsabilidad por custodia. A ello debe agregarse que la relación que guar-

² YARON (n. 1), p. 76.

³ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano* (2ª ed., Napoli, 1956), I, p. 274.

⁴ TALAMANCA, Mario, s. v. *Vendita (diritto romano)*, en *ED.* 46 (1993), p. 423 s.

⁵ SECKEL, Emil / LEVY, Ernst, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en *ZSS.* 47 (1927), pp. 210 s.

⁶ KASER, Max *Römisches Privatrecht* (2ª ed., München, 1971), I, p. 553 n. 68.

⁷ Esta conjetura fue aceptada por KRÜCKMANN, Paul, *Periculum emptoris*, en *ZSS.* 60 (1940), p. 24 cit. por KASER (n. 6), p. 553 n. 68.

dan entre sí *degustatio* y *admensio* no aparece clara en algunos textos, todo lo cual hace aún más difícil la elucidación de los problemas vinculados al riesgo. Según Astolfi⁸, la manera en que concurren a la determinación del riesgo tanto la degustación como la medición puede plantearse así: la *mensura* determina el objeto vendido (*certa res*) desde un punto de vista cuantitativo, en tanto que la *degustatio* hace lo propio desde un punto de vista cualitativo y tanto una como otra operación determinan el momento en el cual nace la compraventa. Sus efectos, a partir de este momento, serán los siguientes: la medición provoca que el comprador cargue con el riesgo relativo a la cantidad del vino, en tanto que la degustación provoca este efecto, pero en relación con la cantidad del vino.

El texto que, junto con ser el más importante en relación con el problema que nos ocupa, es también el que mayores problemas exegéticos ofrece, es D. 18, 6, 1, 1. (Ulp., 32 *ad Sab.*) El contexto de este fragmento es una venta de vino que incluye la *admensio*; se trata ésta de una cuestión que implica no pocas consecuencias. Ofrezco el texto a continuación, segmentado en cuatro incisos: (i) "*Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet* (ii) *priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit* (iii) *post mensuram factam venditoris desinit esse periculum*: (iv) *et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia*".

El jurista expone la materia de su comentario con el inciso i), en el que se establece que el vendedor debe responder por custodia hasta el momento de la medición del vino. El inciso ii) comenta la afirmación anterior, señalando lo siguiente: hasta que la medición no tenga lugar, el vino se tendrá "casi como si no se hubiese vendido" (*prope quasi nondum venit*). A su turno, en el inciso iii), el jurista afirma que, una vez realizada la medición, el riesgo deja de ser del vendedor. Esta afirmación encuentra una explicación en el inciso iv), según el cual se libera (el vendedor) del riesgo de la cosa, si en lugar de vender según medición, vende el vino por ánforas o por barriles que hayan sido singularizados.

En relación con el contenido, hay ciertas tensiones dentro del texto que no deben ser pasadas por alto:

a) De una parte, hay una evidente confusión de los términos *custodia* y *periculum*, ahí donde Ulpiano parece decir que antes de la medición el vendedor responde por *custodia* y después de ella deja de soportar el riesgo.

b) Por otra parte, al decir que en tanto no tiene lugar la *admensio* es como si no se vendiese el vino, pareciera otorgar a la medición una cierta naturaleza jurídica de condición suspensiva, todo lo cual puede ser controvertible, al menos en los términos en que viene expresado.

Ahora bien, resulta evidente que los problemas de interpretación del texto derivan o encuentran su origen en los problemas críticos que el mismo presenta. Haymann califica este pasaje de "gänzlich unecht"⁹, impidiendo así cualquier

⁸ ASTOLFI, Riccardo, *I libri tres iuris civilis di Sabino* (Padova, Cedam, 1983), p. 118.

⁹ HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht II. Periculum est emtoris*, en *ZSS*. 41 (1920), p. 109 n. 3, considera que el periodo [*ut, si – fin*] provenía de un glosema, aprovechado por los comisarios bizantinos.

intento por desentrañar de él algún núcleo clásico. Se trata ésta de una crítica que, por cierto, no hace un esfuerzo por incardinar dentro del estudio del riesgo cuanto pudiera ser aprovechable del fragmento. Una crítica similar es la que hacen al fragmento Seckel/Levy¹⁰, quienes califican a este pasaje como un “Fremdkörper”. De la crítica de estos autores alemanes, resulta que Ulpiano sólo habría dicho: *Sed et custodiam praestare debet*. Beseler¹¹, quien también critica buena parte del pasaje, rescata de él ciertas cuestiones que le parecen clásicas: así, acepta, en primer lugar la mención a la responsabilidad por custodia del vendedor (hipotetizando el adverbio *tamen*, sin aclarar por qué); en segundo lugar, acepta como clásico el inciso según el cual, después de hecha la medición el riesgo dejase de estar a cargo del vendedor, pero hipotetizando un inciso condicional, según el cual debía depender del comprador no retirar el vino; y en tercer lugar acepta como clásico el inciso según el cual el vendedor no cargaba con el riesgo hasta la medición si se vendía el vino sin ella. Por el contrario, le pareció insiticio: i) la expresión [*et custodiam*]; ii) la afirmación según la cual, hasta el día de la medición el vendedor debía responder por la custodia del vino; iii) el razonamiento según el cual, antes de la medición se consideraba como si el vino no se hubiese vendido; y iv) la referencia a la venta del vino en ánforas o barriles, en cuanto a través de esta modalidad de venta se evitaba la medición y, por consiguiente, el riesgo.

Las críticas mencionadas son difíciles de ser compartidas, entre otras razones, porque ellas no solucionan el problema terminológico que, en mi opinión, es el más importante de pasaje, a saber, que en la parte inicial del texto se habla de la custodia del vendedor, en tanto que en toda la segunda parte se habla del riesgo del vendedor, sin que ambos términos vengan colocados en oposición, sino como sinónimos. En este sentido, la expresión *custodiam praestare* mantiene una conexión con el resto del texto, que no se explica suficientemente.

Ante este estado de cosas, me parece conveniente comparar el contenido del fragmento con otros dos que guardan cierta relación con él. Me refiero a un fragmento de Paulo y a otro de Gayo. El primero afirma lo siguiente: D. 18, 6, 5 (Paul., 5 *ad Sab.*): “*Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si <non> admensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat*”².

¹⁰ SECKEL/LEVY (n. 5), p. 208 y n. 7 y esp. p. 212.

¹¹ BESELER, *Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte (Romanistische Studien)*, en *TR.* 8 (1928), p. 294. Su reconstrucción del fragmento es la siguiente: [*Sed et custodiam <tamen> [ad diem mensurae] venditor praestare debet: [priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum veni]. post mensuram factam <si per emptorem stat, quominus vinum tollar,> venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, [sed forte amphorae vel etiam singula dolia] <et per emptorem stat, quominus vinum tradantur>*].

¹² LENEL, *Paling*, I, c. 1265 n. 2, conjetura como probable glosema la expresión *si admensum est*; su conjetura es aceptada por SECKEL/LEVY, *Gefahrtragung* (n. 5), p. 191 n. 5. Pero MOMMSEN, Theodor, *ad leg. (ed. maior)* –a mi juicio, con razón–, propone la adición del <non>, con el

El texto, correspondiente a los comentarios *ad Sabinum* de Paulo, guarda una relación estrecha con el *ulpiano*, que no puede ser obviada. En el fragmento que ahora nos ocupa se refiere Paulo, en primer lugar, a las consecuencias que para el comprador tendrá el hecho de no haber retirado el vino en el día previsto por las partes para ello. Y, a continuación, establece que, en tal caso, el vendedor no estará obligado más que por aquello que con dolo de su parte hubiese impedido. La segunda parte del fragmento aporta un ejemplo, en el cual se expone que si son vendidas cien ánforas de vino, hasta el momento de la medición, el riesgo es del vendedor, salvo que la medición sea impedida por el comprador.

A su turno, D. 18, 6, 2 pr. (Gai., 2 *cott. rer.*): “*Hoc ita verum est, si is est venditor, cui sine nova vindemia non sint ista vasa necessaria: si vero mercator est, qui emere vina et vendere solet, is dies spectandus est, quo ex commodo venditoris tolli possint. 1. Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum*”.

El texto ha sido tradicionalmente atribuido a Gayo¹³. Toda la primera parte parece estar recortada y por ello, el comienzo no se comprende a cabalidad sin considerar el fragmento que le antecedía, esto es, D. 18, 6, 1, 3 - 4 (Ulp., 28 *ad Sab.*): “3. *Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori. 4. Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuaentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit*”.

Este fragmento, en el cual sólo con dificultad puede distinguirse cuánto corresponde a Sabino y cuánto a Ulpiano¹⁴, trata, en su § 3 de una venta de vino,

objeto de dotar de mayor sentido al texto; con ello, se desvanece la crítica glosemática de Lenel.

¹³ Vid. las críticas a esta concepción tradicional, formuladas por COMA FORT, José María, *El derecho de obligaciones en las Res Cottidianae* (Madrid 1996).

¹⁴ Según SCHULZ, Fritz, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar* [Halle, 1906], reimpresso en *Labeo* 10 (1954), p. 248 en el § 3 sólo el breve período inicial hasta *admensum est*, corresponde a un texto de Sabino, en tanto que a partir de *effundere autem* el texto es de Ulpiano; en contra, ASTOLFI (n. 8), p. 119 s., quien, en cambio, piensa que el texto del § 3 no

en la cual las partes han fijado un día para retirar y en la que el comprador incurre en mora, puesto que no concurre a retirar el vino. Esto habilitaba al vendedor a proceder a la *effusio* del vino, previo aviso al comprador de su intención, posibilidad ésta que concurría junto con otras dos: la de cobrar al comprador el alquiler de las tinajas que había necesitado para conservar el vino, o vender el vino a otro eventual comprador; pero en su segundo inciso, el jurista establece que si se trata de un comerciante que habitualmente compra y vende vino, el término en el cual deben ser retiradas las vasijas, está estrechamente vinculado a la conveniencia del vendedor¹⁵. El § 4 ofrece una variante de la hipótesis que acabamos de ver. En efecto, aunque el presupuesto es que el comprador debe concurrir a retirar el vino, las partes no fijan un día para ello. Por tal motivo, se decide que el plazo es la siguiente vendimia¹⁶, vencido este plazo, el vendedor está legitimado para derramar el vino, de acuerdo con un específico procedimiento establecido por los *veteres*¹⁷.

Es entonces bajo estos supuestos que consideraron los compiladores podía entenderse el *responsum* de *res cott.* D. 18, 6, 2 pr.: aquí se considera una variante de lo expuesto por Ulpiano, que introduce matices, o, si se prefiere, restricció-

se corresponde con la redacción originaria, aunque tampoco lo atribuye a Ulpiano; en relación con el § 4 SCHULZ, *Sabinus-Fragmente*, p. 249, seguido con dudas por ASTOLFI, (n. 8), p. 120, conjetura una cita literal de Sabino, desde el comienzo hasta *facere et effundere*, siendo ulpiano, a su juicio, sólo a partir de *veteres enim hoc*.

¹⁵ ASTOLFI (n. 8), p. 120, cree que la redacción actual no se corresponde con la originaria. El inciso *et est verius secundum eam quae supra ostendimus*, de D. 18, 6, 4, 2 le hace pensar que, en realidad, el § 3, que ahora analizamos, trata de un modo más completo y con una reglamentación ligeramente distinta, el problema de la fecha de la retirada del vino; en el texto original se habría establecido que si por las partes se había fijado una fecha para la medición y la retirada del vino, entonces bastaría el solo hecho del retraso del comprador, para que el vendedor pudiese derramar el vino; además –y aquí expone el núcleo de su conjetura– el § 3 también habría abordado el problema de que las partes no hubiesen fijado fecha para la retirada del vino; en este caso, el derecho del vendedor a derramar el vino sólo nacería una vez que hubiese avisado previamente al comprador de su intención. Así, la manipulación compilatoria se habría dirigido en dos sentidos: el primero, de aplicar la disciplina del aviso previo al caso en que las partes habían convenido una fecha y el comprador había incurrido en mora de recibir; el segundo, de recortar la referencia al caso en que las partes nada habían convenido.

¹⁶ ASTOLFI (n. 8), p. 120, considera que en época republicana la práctica comercial consideraba la vendimia como el término último para el retiro del vino comprador; de ahí que atribuya al vendedor la facultad de vaciar los recipientes si en dicho tiempo el comprador no se ha presentado. Esta praxis, sería la que inspiraría el contenido de D. 18, 6, 1, 4 (Ulp., 18 *ad Sab.*)

¹⁷ ASTOLFI (n. 8), p. 120, concluye que los *veteres* son los juristas republicanos y no duda de la atribución de esta parte del fragmento a Ulpiano, rechazando las críticas que presumían una mano posclásica. Esta conclusión, le conduce a negar la aposición de la expresión *Sabinus ait* con la cual LENEL, *Palíngenesia* II, Ulpiano c. 1121 n. 3 y SCHULZ (n. 14), p. 249, reconstruyen el inicio del texto de Ulp. 28 *ad Sab.* D.18.6.1.4, aunque acepta que el texto trae causa de un jurista sabiniano. Vid. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale*² (Napoli 1965), p. 73; WATSON, Alan, *Law of Obligations* (Oxford, 1965; reimpr.; Aalen 1984), p. 70.

nes. Así, cuanto se ha dicho en el *responsum* ulpiano –vendría a decir el texto de las *res cottidianae*– se aplica cuando el vendedor no tiene en perspectiva esperar una nueva vendimia; pero no es aplicable este régimen, cuando el vendedor es un comerciante, en razón de lo cual, compra y vende habitualmente; en este último caso, el plazo en el cual se deberán retirar las vasijas será el que según su conveniencia establezca el vendedor. Luego, ya en el § 1, en cambio, se ocupa el autor de la determinación de la responsabilidad por custodia del vendedor. El pasaje, por tanto, tiene como supuesto que el vendedor ha de responder por la custodia del vino antes de producirse la medición, por lo que no se ocupa de profundizar en la cuestión, sin distinguir si nos encontramos situados temporalmente en el momento que precede a las hipótesis de mora del comprador, de que trataba el fragmento ulpiano que le antecedia, o bien, incluye el período que viene a continuación del momento de incurrir en mora el comprador. Lo que parece inquietar al autor de las *res cott.* es el hecho de saber si la custodia es plena, de modo que respondería también de la diligencia, o bien, sólo por dolo. Concluye el jurista, afirmando que el vendedor debe mostrar una conducta tal, de la cual sólo queden excluidos el daño fatal y la fuerza mayor.

El texto que nos ocupa, ha sido objeto de varias críticas, en particular en lo que corresponde al § 1. Arangio-Ruiz¹⁸ conjetura que el texto original sólo tenía una redacción ligeramente distinta¹⁹. Por su parte, Heumann/Seckel, consideraron insiticias varias partes del fragmento, concretamente las que se relacionaban con la duda de la naturaleza de la custodia (si plena o no) y las referencias a la *diligentia* del vendedor y a la *vis magna*²⁰. De este modo, el texto original habría hecho responder al vendedor de la custodia hasta el día de la *admensio*, reduciendo la opinión del jurista a la sencilla afirmación de que sólo quedaba excusado el vendedor del *damnum fatale*. Por su parte, Di Marzo conjetura que en el texto original en realidad se planteaba la cuestión de si antes de la medición el vendedor debía responder por *custodia* o bien por dolo; el jurista habría respondido que el vendedor estaba obligado a responder de custodia, estando de este modo exento de responder del *damnum fatale*²¹. Más recientemente, Coma Fort²² ha

¹⁸ ARANGIO-RUIZ (n. 3), p. 74, ID.: *Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, en *Studi Bonfante* (Milano 1930), I, pp. 493–521, y ahora en *Scritti* (Camerino, 1974), II, p. 223, concluye que se trata de un texto elaborado sobre la base de un texto de comentarios al edicto provincial, ya retocado.

¹⁹ Su propuesta de reconstrucción es la siguiente: “*Utrum autem ante admetiendi diem custodiam praestare venditore oporteat, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto custodiam praestare debere*”.

²⁰ HEUMANN/SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁴⁰ (Graz, 1958), s. v. *custodia*, p. 118. Luego de las denuncias de interpolación el texto conjeturado queda así: *Custodiam ante ad metiendi [-] praestare venditorem oporteat, [-] videamus et puto [-] ut fatale damnum si excusatum*.

²¹ DI MARZO, *I libri rerum cottidianarum sive aureorum*, en *BIDR.* 51 - 52 (1948), p. 52 n. 128: “*Utrum autem custodiam ante admetiendi diem praestare venditorem oporteat, an vero dolum dumtaxat, videamus, et puto venditorem custodiam praestare debere, ita ut fatale damnum sit excusatum*”.

²² COMA FORT (n. 13), pp. 98 s.

planteado algunas dificultades para conciliar este texto con el de D. 18, 6, 1, 4. Concretamente, en relación con el problema de la responsabilidad por custodia del vendedor, entendiendo que si el vino se vende a tanto por unidad, la custodia del vendedor es absoluta, aceptando que la *admensio* puede servir como forma de realizar la *traditio*. A su juicio, se habla en el texto de la *custodia* en sentido técnico, ya que se responde por el deterioro o pérdida de la mercancía en todos los casos, salvo el de *vis maior*; y se apoya en la tesis según la cual la conservación en época justinianea de la expresión *custodiam praestare* se origina en una equivocación: quien decidió conservarla, entendió que venía empleada en un sentido atécnico, esto es, como labor de vigilancia o diligencia, ya que no pudo entender el sentido clásico en que venía siendo utilizada²³.

Si de la lectura del texto de Paulo podíase concluir que la afirmación acerca de la atribución del riesgo al vendedor antes de la *admensio* correspondía, efectivamente, al derecho clásico, el texto gayano viene a colocarse en la misma línea que la primera parte del pasaje de Ulpiano, cuando afirma: *Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet*. Es contradictorio, por tanto, que se afirme que hasta la *admensio* el vendedor deba responder tanto de la *custodia* como del riesgo.

Los intentos por salvar esta contradicción han ido, en algunos casos, en el reemplazo en D. 18, 6, 1, 1 de <periculum> por [*custodiam*]. Pero ello tiene un problema importante: si el reemplazo puede funcionar en el texto ulpiano, no puede predicarse lo mismo del texto gayano. En otras palabras, en el pasaje de Gayo tal reemplazo es imposible, puesto que haríamos decir a Gayo que asumir el riesgo excusa al vendedor de tener que responder del daño fatal y de la fuerza mayor (o magna, si se sigue el tenor literal) y ello sí que no aporta ninguna solución. Quizá si otra solución sea decir que todo el texto atribuido a Gayo está manipulado, a tal punto que tal vez Gayo nunca pudo afirmar nada ni lejanamente parecido a lo que ahí se dice²⁴. Pero entonces surge la pregunta de con qué

²³ Vid. METRO, *La obbligazioni di custodire nel diritto romano* (Milano, 1966), p. 196; TALAMANCA (n. 4), p. 449 n. 1513 y p. 424 n. 1255; CANNATA, *La responsabilità contrattuale, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1984), p. 196.

²⁴ Una conclusión así puede extraerse de la crítica radical a que fue sometido el texto por algunos hipercríticos. Así, BESELER (n. 11), p. 294, tacha como completamente insiticio todo el texto a partir de *utrum*. Una crítica como ésta sólo podría llevar a concluir que lo que sea que haya escrito Gayo, no fue lo que los compiladores eligieron transmitir. La crítica de ARANGIO-RUIZ (n. 17), p. 74 s., se sintetiza en la siguiente reconstrucción: [*Custodiam*] <Utrum> autem ante admetiendi diem <custodiam> [qualem] praestare venditore oporteat, [utrum plenam, ut et diligentiam praestet] an vero dolum dumtaxat, videamus. Et puto [eam diligentiam venditorem exhibere] <eam custodiam praestare> debere, [ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum]. Esta crítica se funda en el interés del autor por engarzar la expresión *custodia*, que aquí aparece vinculada a patrones subjetivos, con el concepto más objetivo que de la misma se lee en las *Institutiones* del mismo Gayo; en otros términos, la manipulación del texto habría alterado a tal punto las cosas que no llega a ser claro si la *custodia* debía ser entendida como *diligentia* (*custodia* plena). Con independencia de si en el sentido indicado la crítica está bien encaminada, cabe decir que desde el momento que no ha preocupado a Arangio-Ruiz el problema de la *admensio* y la distribución del riesgo, la crítica tiende a debilitarse.

objeto iban los compiladores a corromper a tal punto un texto, si para decir aquello hubiese bastado con recortar un poco más el fragmento de Ulpiano, ahorrando así espacio y eliminando todo aquello que pudiese parecer superficial, según había ordenado Justiniano. Según mi entender, proponer una interpretación basada en conjeturas de tan difícil verosimilitud no aporta ninguna garantía. Es probable que también aquí el problema sea otro: La instrucción de Justiniano era sintetizar el pensamiento clásico y eliminar lo que pudiera parecer superfluo; pero en ningún caso, componer un texto y atribuirlo a un jurista. Por ello, comenzaré por una conjetura que parece más verosímil. Es probable que tanto Ulpiano como Gayo hayan hecho afirmaciones acerca de la *custodia* en el sentido que leemos en el texto; como también es probable que los textos estén recortados, de modo que se hayan omitido algunos datos de interés para la correcta comprensión, en particular, del texto ulpiano; más aún, es probable que el texto de Ulpiano haya incluido alguna información entre *praestare debet* y *priusquam enim*. En mi opinión, la situación pudo haber sido la siguiente. Cuando se comparaba el texto de Paulo con el de Ulpiano, se ponía de relieve que ambos reproducían doctrina sabiniana. Pero cabe ahora destacar que una diferencia entre ambos textos es su extensión: mientras Paulo parece haberse contentado con una síntesis, Ulpiano ha prodigado más espacio al problema de la venta de vino. Y es aquí donde me parece que puede encontrarse una explicación: aunque Ulpiano se encuentre comentando la doctrina de Sabino, es probable que la cuestión del valor de la *admissio* en el traspaso del riesgo no haya sido *ius constitutum*, sino, por el contrario, *ius controversum*. Es decir, es posible que las diferencias entre los escolarcas sabinianos y proculeyanos hayan sido también, en esta cuestión, graves. Y es hipotetizable que los proculeyanos no hayan querido asignar antes de la *admissio* al vendedor más responsabilidad que por *custodia*, en tanto que los sabinianos le habrían adjudicado todo el riesgo. Así, el texto de Ulpiano habría comenzado por comentar la doctrina de los proculeyanos, para criticarla y dar finalmente la razón a los sabinianos sobre el punto. Los compiladores bizantinos, habrían pretendido sintetizar la controversia, prefiriendo asignar la responsabilidad por *custodia* al vendedor; pero lo habrían hecho de modo imperfecto, no siendo conscientes de que, dejando el pasaje en el estado que ahora lo encontramos, la confusión terminológica haría difícil una exégesis del pasaje.

En cuanto al pasaje de Gayo, en la misma línea conjetural que he avanzado, pienso que puede éste haber estado haciendo un balance doctrinal, refiriéndose a la opinión proculeyana de la responsabilidad por *custodia* del vendedor y tratando de exponer todo su alcance. Y quizá, al pretender vincular el análisis al texto de Ulpiano, que le antecedió, los compiladores lo consideraron valioso para la correcta comprensión del pasaje de Ulpiano.

Con todo lo anterior, creo necesario avanzar este punto de vista. En mi opinión, la labor de los compiladores aunque realizada de modo imperfecto, pretendió rebajar el valor de la *admissio* en cuanto momento de la distribución del riesgo. Los compiladores habrían preferido hacer responder al vendedor sólo por *custodia*. Sin embargo, los fragmentos conservados no perdieron su valor en cuanto transmisores de la doctrina sabiniana sobre el punto y con ello nos permitieron

acercarnos algo más al derecho clásico. Por ello, mi conclusión es que en el derecho clásico la *admensio* desempeñó para los sabinianos un importante momento del traspaso del riesgo, en tanto que los proculeyanos debieron mantener la opinión contraria. Una interpretación como la que postulo permite, en mi opinión, entender mejor los textos que se han conservado.

IV. LA CONVENCION DE LAS PARTES

D. 18, 6, 1 pr. (Ulp., 28 *ad Sab.*): (rell.) "*sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit: quodsi non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum*²⁵. *aut igitur convenit, quod periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit et usque ad degustationem sustinebit*" (rell.)

El pasaje trata del traspaso del riesgo al vendedor, ya que supone resuelto el problema de la determinación del momento en el cual el riesgo pasa al comprador²⁶. Los supuestos de hecho de este texto son los siguientes:

a) Período *si venditor - periculum sustinebit*: el jurista propone como simple hipótesis de trabajo (*si*) que el vendedor haya declarado que asumirá el riesgo del vino y que lo hará por el término que declara. Ya que la *degustatio* es el único medio por el cual se puede comprobar la calidad del vino, va implícito que las partes insertan una cláusula cuyo tenor puede ser el de D. 18, 6, 4 pr. (Ulp., 32 *ad Sab.*): *si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit*²⁷. Frente a tal cuestión, la respuesta del jurista es que deberá soportar el riesgo por el tiempo durante el cual se obligó.

b) Período *quodsi - quoad degustetur vinum*: la segunda hipótesis de trabajo es una variación de la anterior. Se conserva en este caso la obligación asumida por el vendedor de soportar el riesgo de la cosa, mas se modifica la cuestión relativa al tiempo de durante el cual asume este compromiso, es decir, no se fija término alguno. En este caso, la respuesta del jurista tardoclásico es que deberá soportar el riesgo hasta que el comprador haya degustado el vino.

En ambos casos, el problema es el de la asunción voluntaria, por parte del vendedor, del riesgo; sin embargo, sólo en el caso de b) el traspaso del riesgo es vinculado directamente con la *degustatio*. Del tenor del texto nos viene dado que la *degustatio* viene a ser el momento del traspaso del riesgo, a falta del establecimiento de un plazo por parte del vendedor. Es aquí donde se plantean los mayores problemas interpretativos en orden a la determinación de su específica naturaleza y a su exacta relación con el problema del riesgo, lo que ha motivado que el período en cuestión haya sido denunciado como insiticio. Sin embargo, y en

²⁵ Según SCHULZ (n. 14), pp. 248 s., seguido por ASTOLFI (n. 8), p. 116, hasta aquí corresponde a un texto de Sabino, reproducido por Ulpiano.

²⁶ Vid. ASTOLFI (n. 8), p. 117. En opinión de este autor, el problema del momento de la atribución del riesgo al comprador viene resuelto en D. 18, 1, 35, 5 (Gai., 10 *ad. ed. prov.*)

²⁷ Vid. ASTOLFI (n. 8), p. 117.

oposición a las críticas a la genuinidad del pasaje que en su momento formularan varios autores, creo que éste muestra el pensamiento de Ulpiano respecto del valor del convenio entre las partes en cuanto modifica la regla sobre riesgo. De ahí que se imponga la conclusión de que de no mediar pacto entre las partes, el riesgo estaría a cargo del comprador. Y en caso de haber pacto que alterase esta regla, tal pacto habría de señalar con precisión el término por el cual el vendedor asumiría el riesgo. De no señalarse el término, sería la *degustatio* la que constituiría el momento a partir del cual el riesgo dejaba de estar a cargo del vendedor y pasaba a serlo del comprador.

V. DOLO DEL VENDEDOR Y MORA SUBSECUENTE DEL COMPRADOR

D. 18, 6, 4 pr. (Ulp., 28 *ad Sab.*): “*Si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur, utrum praeteritum dumtaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debet, an vero etiam die praeterito (ut, si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat), an vero magis emptio sit soluta (quasi sub conditione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata)? et intererit, quid actum sit*²⁸: *ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici emptionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est*²⁹ .

El supuesto de hecho del problema es el siguiente: el vendedor de unos vinos declara que éstos podrán ser degustados dentro de un término que especifica (*et intra diem certum degustanda dixerit*), pero a continuación se nos informa que los vinos no pueden ser degustados, puesto que el propio vendedor se encarga de impedirlo (*deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur*).

a) La primera posibilidad que se ofrece a la consideración del jurista, tiene como punto de partida la premisa de que el riesgo de acidez o enmohecimiento anteriores al día de la *degustatio* se atribuye al vendedor; de ahí que la pregunta sea formulada en términos alternativos (*utrum [...] an*): o bien el vendedor solamente (*dumtaxat*) soportará el riesgo de enmohecimiento y acidez anterior al día de la degustación, o bien el vendedor soportará el riesgo incluso después de ese día (*an vero etiam die praeterito*). Es decir, el sentido de la segunda opción implica que Ulpiano acepta la posibilidad de que se atribuya al vendedor el riesgo derivado del enmohecimiento y la acidez producidos después del día fijado para la degustación. Corroboración esta interpretación el hecho de que entre paréntesis se ofrezca una aclaración: de modo que, si se corrompiese el vino después de pasado el día de la degustación, también pertenezca el riesgo al vendedor (*ut, si forte*

²⁸ Según SCHULZ (n. 14), p. 249, hasta aquí el texto proviene de Sabino, en tanto que el resto corresponde a Ulpiano.

²⁹ SCHULZ, Fritz, Rec. a *Lusignani, Studi sulla responsabilità per custodia*, I, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 50 (1912), pp. 82 ss., expresa su convicción de ser insiticio todo el pasaje. Su hipótesis es seguida por SECKEL/LEVY, (n. 5), p. 213 n.4. BESELER (n. 11), p. 294, conjetura una manipulación a partir de *utrum*.

corrupta sint posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat)³⁰.

b) La segunda posibilidad que tiene el jurista ante sí consiste en declarar que la compraventa se ha de resolver (*an vero magis emptio sit soluta*). Entre paréntesis se establece una equiparación analógica que podría servir de base a la solución: sería como si se hubiese vendido el vino bajo la condición de ser degustado antes de aquel día (*quasi sub condicione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata*).

En su respuesta Ulpiano afirma que lo primero a lo que se ha de estar es a lo que se haya convenido entre las partes (*quid actum sit*), es decir, apela a los términos expresos del convenio entre comprador y vendedor, en cuanto ellos existan. Frente a la alternativa de que no sea posible conocer tales acuerdos, o bien, si nada se ha declarado (*si hoc in occulto sit*), Ulpiano decide entre las dos opciones propuestas la primera, esto es, que la compraventa se mantiene (*debere dici emptionem manere*). Ello significa que, debido a que impidió la degustación (*quia per ipsum factum est*)³¹, el vendedor ha de soportar el riesgo, incluso más allá del día que las partes habían convenido para que tuviese lugar la degustación (*periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum*).

Más allá de las denuncias tanto glosemáticas como interpolacionísticas, creo de interés examinar las críticas de fondo al pasaje. Básicamente, estas críticas se dirigen al inciso *an vero magis emptio sit soluta (quasi sub condicione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata)*. Según Haymann³², esta parte del fragmento es un indicio seguro de manipulación posclásica, ya que aquí la *degustatio* viene a configurarse como una condición resolutoria, figura que habría sido extraña a Ulpiano.

Por otra parte, ha creído verse en el inciso *quasi sub condicione venierint* una breve referencia a la teoría sabino-casiana de la *quasi-condicio*³³. De esta teoría tenemos noticia por D. 18, 1, 35, 5 (Gai., 10 *ed. prov.*): (rell.) “*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*”.

En esta parte, correspondiente al largo fragmento que es D. 18, 1, 35, Gayo viene tratando el problema del momento de la perfección de las cosas que se pesan, cuentan o miden. Según Gayo, tales cosas se pueden vender de dos formas: o bien se entrega una cantidad global, a cambio de cierto precio (como si se

³⁰ HAYMANN (n. 9), p. 109 n. 3, considera que el período [*ut, si - fin*] provenía de un glosema, aprovechado por los comisarios bizantinos.

³¹ SECKEL/LEVY (n. 5), p. 258 n. 1, consideran que este inciso es un glosema.

³² HAYMANN (n. 9), p. 109 n. 3 (p. 110).

³³ Vid. BAUER, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf* (Berlín 1998), p. 51. En contra de esta interpretación, PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht* (Wien - Köln - Weimar, 2000), p. 305 n. 105.

vendiese todo el vino de una bodega, a cambio de un precio convenido por el total), o bien se especifica un precio según cierta unidad de medida (como si se dijese: a tanto dinero por cada ánfora de vino). Sobre este punto, Gayo proporciona la noticia de que, en opinión de Sabino y Casio, en este último tipo de venta podía estimarse que ella estaba perfeccionada una vez que las cosas eran contadas, pesadas o medidas. Es decir, en tales casos, la actividad de singularización a través de la cuenta, la pesa o la medición, se configuraba como una verdadera condición suspensiva. Una referencia que parece seguir el mismo carril argumental la encontramos en D. 18, 6, 8 pr. (Paul., 33 *ed.*)³⁴, donde se hace coincidir la opinión de Próculo, Octaviano y Pomponio, en el sentido que una vez cumplida la condición, el riesgo pasa al comprador.

Sin embargo, tiendo a creer que estas críticas que he intentado sintetizar, carecen de fundamento. A pesar del evidente parecido que hay entre las expresiones *quasi sub condicione venierit* de Ulpiano y la de Gayo (*venditio quasi sub hac condicione videtur fieri*), pienso que no se habla de lo mismo, o, mejor dicho, Ulpiano se encarga de superar ciertas confusiones y de enfocar las cosas de diferente manera. Una vía para comprender lo que dice Ulpiano es la siguiente: La venta de vino integra como elemento accidental a la *degustatio*. Se trata éste de un convenio que al tener por objeto la evaluación de la calidad del vino, atribuye al comprador el derecho de rechazar la compra. Así, la comprobación que sigue a la degustación es la condición suspensiva, a la cual se supedita el nacimiento de las obligaciones de la compraventa y, con ellas, el traspaso del riesgo. En cuanto convenio, la degustación puede tener fijado un plazo, el cual a su turno va asociado a un pacto resolutorio: así, una vez que ha transcurrido el tiempo fijado sin que la degustación se haya llevado a cabo, o bien si se ha realizado, se haya hecho imperfectamente, acompañado –como va dicho plazo– de un pacto de resolución, extingue la facultad del comprador de degustar o de hacerlo nuevamente; entonces el vino se tiene como si hubiese sido degustado³⁵. Pues bien, este efecto asignado al transcurso del tiempo previsto para la realización de la *degustatio* permite que la condición suspensiva de que depende la compraventa se tenga por cumplida y se produzcan los efectos propios; en materia de riesgo, éste pasaría al comprador a partir de la degustación. La pregunta que se plantea a Ulpiano confunde las cosas, porque entiende que el plazo con pacto de resolución que acompañaba al convenio de degustación no afectaba sólo a éste, sino a la compraventa en su conjunto, como si toda ésta hubiese estado sometida a dicho plazo. Pero la aclaración que en el texto conservado aparece entre paréntese-

³⁴ “*Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptio 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.*”

³⁵ Catón, *de agr.*, 148 (rell.) “*quod neque aceat neque muceat id dabitur: in triduo proximo viri boni arbitrato degustatu: si non ita fecerit, vinum pro degustato erit*” (rell.). Vid. BURDESE, Alberto, *Catone e la vendita di vino*, en *SDHI*. 66 (2000), pp. 269 ss.

sis –que por las razones que siguen no puedo atribuir a Ulpiano– entorpece aún más la inteligencia del texto, porque confunde los efectos de un plazo (suspensivo) con pacto de resolución con una condición (suspensiva), que afectaría –y aquí los términos de la confusión se repiten– a la compraventa en su conjunto, tratando de vincularla a la doctrina sabiniano-casiana de la *quasi-condicio*. Ulpiano, que no confunde las cosas, responde correctamente que la compraventa se mantiene; es decir, que produce los efectos normales, pero que los efectos relativos a la degustación se modifican, en razón de la conducta del vendedor. Dicho de otro modo, la regla de distribución del riesgo, según la cual éste debía asignarse al comprador a partir de la verificación de la *degustatio*, es alterada porque el vendedor ha actuado con culpa o dolo, por lo cual hace recaer sobre éste el *periculum acoris et mucoris*. En este sentido, la regla se aplica –o modifica, si se prefiere– de modo parecido cuando de lo que se trata es que el comprador retire el vino un día fijado: si no lo hace, el vendedor no está obligado a responder por los daños o deterioros que sufra la mercancía, situación que cambia radicalmente si actúa con dolo³⁶.

Lo demás parece ser genuino, ya que a partir de *et intererit* la respuesta de Ulpiano no hace mención alguna al problema de la resolución, sino que contesta al tenor del que debió ser el presupuesto real. Luego, al tenor de este pasaje, puede inferirse que la degustación del vino dependía, en todo caso, de que ella fuese pactada. Por ahora, me interesa dejar establecido que, si Ulpiano reenvía a la voluntad de las partes, de ser posible, es porque admite un supuesto básico, esto es, que toda *degustatio* forma parte de un convenio que puede, a su vez, abarcar otros puntos y diferentes elementos accidentales. Y, a falta de estas reglas expresadas por las partes, Ulpiano decide que ha de ser el vendedor quien soporte el riesgo del vino, fundamentando su decisión en que ello ocurre debido a que ha impedido que se realice la degustación (*periculum autem ad venditorem respicere, quia per ipsum factum est*). Me parece de toda lógica concluir que, si este último supuesto no se hubiese dado, es decir, si el vendedor no hubiese impedido la degustación y ésta no hubiese tenido lugar por motivos imputables al propio comprador, la respuesta habría sido precisamente la contraria, es decir, que el riesgo habría debido soportarlo el comprador.

VI. RIESGO EN LA COMPRAVENTA DE VINO AL POR MAYOR (“PER AVERSIONEM”)

Atraeré ahora la atención sobre D. 18, 6, 4, 1. (Ulp., 28 *ad Sab.*) Expondré su texto dividido en partes, para facilitar su exégesis: (i) “*Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est*” (ii) *ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere: difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne*

³⁶ D. 18, 6, 5 (Paul., 5 *ad Sab.*): “*Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat*”.

degustet. (iii) quare si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emptor poterit et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit: dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emptoris facit".

El inciso i) del texto transcrito consiste en una afirmación, en la cual se asegura que si las partes establecen que se realice una venta de vino al por mayor, entonces el vendedor sólo estará obligado a responder por *custodia*. A su turno, en el inciso ii) se explica cuanto se acaba de decir. Las consecuencias que el jurista extrae (*ex hoc apparet*) consisten, fundamentalmente, en afirmar que una específica modalidad de venta de vino, como lo es la venta al por mayor (*per aversionem*) tiene como característica principal la ausencia del hecho de la degustación del vino. Esto le lleva a afirmar que, al ser excluida la degustación, necesariamente el vendedor no tendrá a su cargo el riesgo por el enmohecimiento y la acidez (*neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere*) y, por tanto, dicho riesgo se atribuirá al comprador (*sed omne periculum ad emptorem pertinere*). Sin embargo, nada más dictaminar acerca de la atribución del riesgo en caso que la venta del vino se verifique *per aversionem*, el jurista aprovecha de comentar las pocas probabilidades de que se venda el vino sin que el comprador tenga la posibilidad de degustarlo (*difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet*) y continúa tratando el tema del momento en el cual ha de tener lugar la *degustatio*. En el inciso iii) el jurista afirma que, si el caso fuere que las partes no han convenido un plazo para la degustación (*si dies degustationi adiectus non erit*), el comprador podrá proceder a degustar cuando lo desee (*quandoque degustare emptor poterit*) y hasta ese momento el vendedor deberá responder del riesgo de acidez y enmohecimiento (*et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit*). La razón que se nos ha transmitido, en la cual el jurista apoya su *responsum*, es que la condición del comprador se ve favorecida por la *degustatio* (*dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emptoris facit*)³⁷.

Como puede apreciarse en la transcripción del pasaje, el inciso i) viene colocado entre comillas. Con ello no hacemos más que seguir a Lenel³⁸ acerca de esta forma de transcribir los textos. Lenel, Schulz³⁹ y Astolfi⁴⁰ coinciden en la conjetura de que este primer inciso corresponde a un texto de Sabino que Ulpiano se

³⁷ En opinión de ASTOLFI (n. 8), p. 121, tal como viene puesto en el fragmento este último inciso carece de significado. Por ello, e intentando probar la amputación del texto, propone la siguiente reconstrucción: "[...] *difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet: dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emptoris facit. Qua re si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emptor poterit et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit*". En mi opinión, no obstante tener esta reconstrucción un sentido gramatical impecable, resulta innecesaria, toda vez que el texto, tal como viene transmitido, resulta dotado de sentido. Más conjeturable que un recorte del inciso y su posterior cambio de lugar, sería que se tratase de un glosema, pero es precisamente la posibilidad de contaminación posclásica la que Astolfi desea excluir.

³⁸ LENEL, *Paling*, II, Ulp. 2718.

³⁹ SCHULZ (n. 14), pp. 249 s.

⁴⁰ ASTOLFI (n. 8), p. 122.

limita a transcribir. Bajo la perspectiva antes señalada, es consecuente afirmar que los incisos ii) y iii) corresponden, en efecto, a Ulpiano, cuya manera de proceder, es entonces la de exponer el pensamiento del autor comentado –en este caso, Sabino–, para luego exponer el propio, utilizando una expresión argumental, del tipo *ex hoc apparet*⁴¹.

La anterior consideración permite explicar de mejor modo, por qué el jurista no ve obstáculo alguno en introducir una observación según la cual en la práctica era difícil que el vendedor no degustase el vino (*difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet*). Tal observación produce no pocas sospechas acerca de su genuinidad. En mi opinión, la amplia diversidad de criterios ofrecidos por la romanística a la hora de evaluar la genuinidad del fragmento, termina por persuadir de la debilidad de las razones esgrimidas para considerar insiticio este fragmento. Pienso que este sencillo inciso parece indicar que, al menos en el tiempo en que escribe Ulpiano, en la práctica, la *degustatio* estaba presente en la gran mayoría de las ventas de vino. Luego, cabe preguntarse por qué motivo Ulpiano se dedica a analizar un tipo específico de venta cuya práctica cotidiana es cuando menos difícil. La respuesta debe buscarse en la naturaleza de la obra ulpiana. Al tratarse de un texto de comentario a la obra de Sabino, Ulpiano no omite entregar su propia opinión junto a la del jurista comentado. Lo que resulta evidente es que su interés no es detenerse en el examen de esta cláusula, sino continuar con el problema del momento en el cual hubiese de tener lugar la *degustatio*.

Una vez despejadas las dudas acerca de la clasicidad del texto, importa ahora poder extraer algunas consecuencias de carácter dogmático. Mirado desde esta perspectiva, es posible proponer las siguientes consecuencias de cuanto el texto en su conjunto nos informa:

a) En primer lugar, si en opinión de Sabino el vendedor debía responder por *custodia*, entonces el riesgo de *vis maior* correspondía completamente al comprador.

b) En la venta al por mayor de vino, el comprador podía no hacer la degustación del vino. Esto, unido a lo anterior, permite sostener que, por una parte, la venta al por mayor podía considerarse perfecta desde el momento en que las partes acordaban los términos principales de ésta, a saber, cosa y precio; y, por otra, que la degustación, al ser una cláusula añadida, una vez pactada tenía dos efectos importantes: el primero, el de constituirse en un hecho sin el cual la venta de vino no se encontraba perfecta; el segundo, el de determinar el momento hasta el cual el vendedor soportaba el riesgo y lo traspasaba al comprador.

c) Por tanto, puede sostenerse con algún grado de certeza que en la época en

⁴¹ El texto en su conjunto ha sido objeto de diversas sospechas y censuras. Así, HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, I. *Über Haftung für Custodia*, en *ZSS*, 40 (1919), p. 348 ss., extendió su crítica a todo el pasaje; EL MISMO, (n. 14), p. 110, juzga una grave alteración el período *si non ita vinum venit, - praestare debere* (que cita alterando el orden sintáctico que aparece en el Digesto). Sin embargo, como se verá seguidamente, no parece que se trate de críticas convincentes.

que Sabino escribe su *responsum*, el comprador tuvo derecho a la degustación sólo si se le concedía en virtud de una cláusula contractual⁴².

d) Ulpiano, por el contrario, es testigo de una práctica comercial que atribuiría siempre el derecho a la degustación al comprador, aunque la venta se realizara *per aversionem*. El poder del comprador estaría, en esta época, reforzado, quizá a causa de la mayor oferta de productos.

e) La mención a la *custodia* resulta un poco más problemática. Si se la entiende en un sentido técnico, ello quiere decir que el vendedor está obligado a un resultado, su conservación, de modo tal que derive hacia él una responsabilidad objetiva, si tal resultado no se produce.

[Recibido el 21 de junio y aceptado el 22 de julio de 2005]

⁴² ASTOLFI (n. 8), p. 122, cree que puede entenderse como implícito que en la venta a medida el vendedor deba soportar el riesgo, a la vez que estar obligado a *praestare custodiam*. Este autor se sirve de la atribución de este inciso a Sabino para estimarlo autor, además, de D. 18, 6, 1 pr. - 1, donde se admite que el vendedor debe responder del riesgo y de *praestare custodiam*.