

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
 [Sección Derecho Romano]
 XXIX (Valparaíso, Chile, 2007)
 [pp. 245 - 268]

“PUBLICATIO” Y “PERICULUM REI VENDITAE”
 CONTRIBUCIÓN A LA EXÉGESIS DE D. 19.2.33
 [“Publicatio” and “Periculum Rei Venditae”
 Contribution to Exegesis of d. 19.2.33]

PATRICIO LAZO*
 Universidad de Antofagasta, Chile

RESUMEN

El trabajo se centra en el análisis de D.19, 2, 33, de Africano, en cuanto tiene relación con el problema del riesgo en la compraventa. En este sentido, junto con ofrecer una síntesis de los principales aportes de la doctrina sobre la exégesis del fragmento, discute la tesis dominante, que prefiere insertar la interpretación del pasaje dentro del plexo de problemas relacionados con la responsabilidad contractual y, en contra de dicha perspectiva, profundiza en la hipótesis según la cual estaríamos frente a un importante testimonio clásico en contra de la pretendida vigencia sin paliativos de la regla *periculum est emptoris*.

PALABRAS CLAVE: Publicatio – Periculum rei.

ABSTRACT

This paper is based on the analysis of D.19.2.33, of African, in relation to the problem of the risk in buying and selling. In this sense, together with offering a synthesis of the main contributions of the doctrine about the exegesis of the fragment, discusses the dominant thesis, which prefers inserting the interpretation of the passage within the wide range of problems related to the contractual responsibility and, against said perspective, studies in depth the hypothesis which states we would be facing an important classic testimony against the alleged validity without alleviations from the *periculum est emptoris* rule.

KEYWORDS: Publicatio – Periculum rei.

* Profesor de Derecho Romano de la Universidad de Antofagasta. Dirección postal: Av. Universidad de Antofagasta 02800, Antofagasta, Chile. Correo electrónico: Patricio.Lazo@uantof.cl

I. EXPOSICIÓN DEL CASO CONTENIDO EN D. 19, 2, 33

La hipótesis de *publicatio* y sus efectos sobre la cosa vendida justifica el examen del pasaje contenido en D. 19, 2, 33 (Afr., 8 *quaest.*). Para ello procederá a su división en cuatro partes, según los supuestos de hecho que se van planteando y resolviendo¹:

[a] “*Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quominus id praestes: quemadmodum inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihil minus teneberis*”.

[b] “*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 cum vacuum mihi tradi*”.

[c] “*similiter igitur et circa conductionem servandum puto. ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris*”.

[d] “*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 fui, 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*”.

En su parte [a] (“*Si fundus - nihilo minus teneberis*”²) se plantea lo que es el problema principal, objeto de la pregunta dirigida al jurista y en torno a cuya solución girarán las demás cuestiones. El supuesto de hecho es muy sencillo: un fundo arrendado ha sido objeto de una *publicatio*. A consecuencia de ello se pregunta al jurista por la responsabilidad a que queda sujeto el *locator*. Aquél responde que éste podrá ser obligado a la concesión del *frui licere*, en virtud de la *actio conducti*. A continuación, con la expresión *inquit* se refiere a la doctrina de otro jurista –Juliano, según la generalidad de la romanística– quien afirma que si se hubiese tratado del arrendamiento de la construcción de una *insula* y hubiese ocurrido un derrumbe del terreno, entonces el *locator* seguirá estando obligado frente al conductor³.

En su parte [b] (“*nam et si vendideris - vacuum mihi tradi*”), por medio de la conjunción causal *nam*, se vincula el razonamiento anterior a la explicación del

¹ Como lo podrá corroborar el lector, en buena medida esta fragmentación del pasaje viene a coincidir, salvo alguna excepción, con la que la Romanística ha hecho del mismo.

² La expresión *teneberis* suscitó ciertas censuras, que no restan genuinidad a esta parte del pasaje, por tratarse de una cuestión estilística. BESELER, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen, J.C.B. Mohr, 1913), III, p. 47, seguido por MAYER-MALY, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Wien – München, Herold, 1956), p.163 n. 48, corrigió por *teneris*. HAYMANN, Franz, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, II: *Periculum est emptoris*, en ZSS. 41 (1920), p. 65, lo atribuyó a un error del copista y propuso reemplazar por *teneris*; HUVELIN, Paul, *Recensión a Mihailo Konstantinovitich*, en: *RH*. 3 (1924), pp. 325 s., sigue esta misma idea: “*Mais a-t-il pu écrire tenearis au lieu de teneberis? Ici on ne peut plus alléguer une distraction. Il y a certainement une faute grammaticale délibérément commise, par un ignorant qui avait confiance en sa science*”.

³ Esta última parte fue severamente cuestionada por HAYMANN, *Periculum est emptoris*, cit. (n. 2), p. 65.

caso en que el fundo *publicatus* hubiese sido vendido. Con ello se otorga a este período la función de constituir el fundamento de las soluciones del resto del pasaje. Se trata de un aspecto de la argumentación de Africano que no puede ser pasado por alto. La respuesta que aquí aparece y a la cual se recurre, es que en este caso se concede la *actio empti*. Sin embargo, se especifica a continuación (arg. “*quod hactenus verum erit*”) que la acción sólo se podrá ejercitar para solicitar la devolución del precio pagado y no para perseguir la indemnización de cuanto haya interesado al comprador que tuviese lugar la entrega de la posesión del fundo (arg. “*non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit cum vacuum mihi tradi*”). Esta parte del fragmento no ha estado exento de críticas de orden sintáctico y de alguna sospecha de tribonianismo en el uso de ciertas expresiones⁴, pero tales críticas no han cuestionado la clasicidad del razonamiento de fondo.

En su parte [c] (“*similiter igitur - praestare cogeri*”) el pasaje vuelve a referirse al caso del arrendamiento, tomando como base la solución de la parte [b]; así, viene a agregar que la *actio conducti* servirá para exigir la devolución de las rentas pagadas por el arrendamiento⁵.

⁴ Es el caso de *tenearis*, sobre lo cual, véase BESELER, *Beiträge*, cit. (n. 2), III, p. 47, seguido por MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit. (n. 2), p. 163 n. 49, corrigió por *teneris*. Las dudas que tuvo en esta parte ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (1927), p. 201 n.1, desaparecen en la segunda edición de esta obra (Napoli, Jovene, 1935); SECKEL, Emil - LEVY, Ernst, *Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en *ZSS.* 47 (1927), p. 220 n. 3 defendieron la genuinidad de la conjugación empleada. La crítica también afectó a la expresión *hactenus*: según BESELER, *Beiträge* III, cit. (n. 2), p. 47, ella normalmente es insiticia. Contra esta censura: APPLETON, Charles, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, en *RH.* 5 (1926), p. 403, quien se apoya en que ella aparece frecuentemente en los comentarios de Gayo. También SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung*, cit. (n. 4), p. 220 n. 4, estuvieron a favor de la genuinidad de esta expresión; para los autores alemanes, la expresión *hactenus* “gehört [...] der besten Latinität an [...]” Apoyan su apreciación en que tal expresión se encuentra en Cic., *de divinat.* 1, 13 i.f. y en GAL. 3, 18 y 3, 54. Sin mayor argumentación, BESELER, *Beiträge* III, cit. (n. 2), p. 47, censura la expresión *verum erit*, cuestionando que su conjugación estuviese en futuro imperfecto y no en presente de indicativo; pero sobre esta cuestión hay que decir que no debió resultar infrecuente que los juristas se encontraran con este tipo de anomalías lingüísticas; así, por ejemplo, es conocido que M. Manilio, M. Bruto y P. Mucio discutieron acerca del valor de la expresión *subreptum erit* contenida en la *lex Atinia*; asimismo, en D. 50, 16, 123 (Iav., 26 Q. Muc.), se lee: “*Verbum ‘erit’ interdum etiam praeteritum, nec solum futurum tempus demonstrat*”. Pienso, por consiguiente, que no constituye un indicio serio de interpolación. Otra expresión censurada es *restituas*, que BESELER, *Beiträge* III (n. 2), cit., p. 47 propuso reemplazar por *restituere debeas*. Es posible argumentar a favor de la genuinidad de las expresiones *hactenus* y *verum erit*, que ellas pueden haber sido recursos sintácticos característicos de Africano, como lo prueba una formulación parecida en D. 19, 1, 30, 1 (Afr., 8 *quaest.*): (rell.) “*quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat*”.

⁵ Tampoco las denuncias formuladas a esta parte afectaron el contenido sustancial del pasaje. En estos términos fue censurada la expresión *et circa conductionem*: según Levy, en SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung*, cit. (n. 4), p. 220 n. 5, seguido por MAYER-MALY *Locatio conductio*, cit., p. 163 n. 50, esta expresión constituía un glosema irrelevante; un juicio sintáctico sin mayores consecuencias fue el vertido a propósito de la expresión *nec ultra actione ex conducto praestare cogeri*: para BESELER, *Beiträge*, cit. (n. 2), III, p. 47 y, posteriormente Levy, en SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung*, cit. (n. 4), p. 220 n. 2 y MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit. (n. 2), p. 163 n.

En la parte [d] (*“nam et si colonus tuus”* - fin) Africano va aún más allá en su explicación⁶. Todo indica que ya no piensa en el problema de la *publicatio*, sino que se detiene a distinguir si el impedimento del *conductor* de disfrutar de la cosa arrendada depende o no de la voluntad del *locator*. Pueden darse dos situaciones. La primera, que sea el *locator* mismo el que impida el disfrute; la segunda que sea un dependiente del *locator* y que éste sepa del impedimento (es decir, no es necesario que haya ordenado impedir el disfrute). En estos casos, la responsabilidad del *locator* no se limita a la devolución de lo pagado, sino a la indemnización de todo cuanto interesaba al *conductor*, lo que incluye el lucro. Pero si el impedimento viene a consistir en una prohibición del disfrute, actuada por alguien a quien el arrendador es incapaz de impedirsele, debido a fuerza mayor o a su poder, entonces el *locator* sólo queda obligado a devolver lo que ha pagado de renta o a condonar lo que estuviese pendiente de pago. Como decíamos, en esta última parte Africano se desentiende completamente de la hipótesis de *publicatio* y se refiere a dos situaciones diversas. La primera es la conducta dolosa del propio *locator*, o bien, de un dependiente de éste, con el conocimiento del primero. La segunda consiste en la acción dolosa de personas a las cuales no es posible al *locator* oponer resistencia alguna. Sólo la última de las hipótesis es asimilable a una situación de fuerza mayor y Africano lo menciona (*vis maior*), pero la primera no tiene nada que ver con ello, ya que se refiere al incumplimiento doloso de las obligaciones contraídas por el arrendador.

Han habido críticas de todo tipo para esta última parte del pasaje: desde las que cuestionan su genuinidad por completo⁷, hasta aquellas que descubren, por medio de expresiones precisas, ciertas modificaciones a los supuestos de hecho del pasaje. Así ha ocurrido con la expresión *“propter vim maiorem aut potentiam eius”*. Quien primero dirigió sus críticas hacia ella fue Mitteis⁸, quien afirmó que, si bien en las fuentes romanas la *vis maior* equivale a una imposibilidad absoluta de llegar

51, el sintagma carece de objeto; contra esta opinión: APPLETON, *Risques*, cit. (n. 4), p. 403. En cuanto a la expresión *cogaris*, tanto HAYMANN, *Periculum est emptoris*, cit. (n. 2), p. 65, como BESELER, *Beiträge*, cit. (n. 2), III p. 47, corrigen por *cogaris*.

⁶ MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit. (n. 2), p. 163 s., piensa que este período contiene, de forma intercalada, doctrina tanto de Juliano, como de Africano, en el siguiente orden: *“nam et si colonus tuus fundo frui a te: Juliano; aut ab eo”*: Africano; *prohibetur*: Juliano; *“quem tu prohibere ne id faciat possis”*: Africano; *“tantum ei - eius continebitur”*: Juliano; *“sin vero - reddere debetis”*: Africano.

⁷ SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung*, cit. (n. 4), p. 221 n. 3 cuestionan la genuinidad de todo este pasaje, además de considerarlo irrelevante para la discusión. Basándose en trabajos críticos de otros autores, consideran que el carácter insiticio es probable en la primera parte y seguro en toda su segunda parte. En relación con el sintagma *nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debetis*, las críticas de BESELER, *Beiträge*, cit. (n. 2), III p. 47 lo son en relación con el estilo del mismo, pero no en relación con su contenido; también critica la expresión *remittere*, por no ajustarse al efecto de la extinción *ipso iure* de la deuda. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit. (n. 2), p. 164 considera insiticia sólo la expresión *remittere aut*.

⁸ MITTEIS, Ludwig, *Ueber den Ausdruck ‘Potentiores’ in den Digesten*, en *Melanges Paul Frederic Girard. Etudes de droit romain, dediees a M.P.F. Girard a l’occasion du 60e anniversaire de sa naissance* (Paris, 1912; reimpr. Aalen, Scientia, 1979), p. 232. También BESELER, *Beiträge* III, cit. (n. 2), p. 47, considera justiniana la referencia a la *potentia*.

a ciertos resultados, ella nunca designa una cualidad humana. Pero aún más, el pronombre posesivo *eius* necesariamente designaba a alguien. Para Mitteis, éstos no eran otros que los *potentiores*, es decir, ciertas personas que en época posclásica alcanzaron un poder tal, que su actuación no podía ser resistida⁹. Sin embargo, dado que Africano es jurista de época clásica, tales *potentiores* no habrían podido estar en su mente; por lo mismo, la hipótesis sustentada por Mitteis es que la mención a los *potentiores* es producto de algún editor o glosador postclásico¹⁰. Esta tesis fue seguida sin reservas por Costa¹¹ y con algunas variantes por Mayer-Maly¹², quien sostuvo el carácter posclásico de la alusión a los *potentiores*, pero identificando *potentia* como poder jurídico fuerte, como por ejemplo, el que podría disponer un decurión. Esta última identificación entre *potentia* y poder político fue, en buena medida, aceptada por Palazzolo, como también el probable origen posclásico de la expresión, aunque en esto último no llegó a manifestar gran convicción¹³. Para el romanista italiano “la *vis maior* o la *potentia* non é attività illecita di un potente, bensì un potere giuridico, quello del magistrato che metteva in atto la *publicatio* del fondo locato, cui, logicamente, il locatore non poteva opporsi”¹⁴. Wacke¹⁵, seguido por Ankum¹⁶, ha defendido la genuinidad de esta parte del fragmento, sosteniendo que la expresión *potentiores* habría sido escrita por Africano, como alusiva a un magistrado. Por su parte, A. d’Ors ha supuesto una intervención compilatoria en la expresión *potentia eius*, la cual habría tenido como objetivo introducir un nuevo término para la violencia del tercero¹⁷.

A mi juicio, la expresión “*quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris*” puede ser perfectamente juzgada como clásica. Más aún, pienso que con ella Africano ha querido hacer mención a una hipótesis que encontramos

⁹ En D.1, 18, 6, 2 se encomienda al *praeses provinciae* el deber de impedir que los *potentiores* inflijan toda clase de injusticias, por sí o por sus agentes, a los más humildes. Una manifestación de su poder es la posibilidad de privar de su libertad a alguien, como se sigue de D. 4, 6, 9. Véase HEUMANN, Hermann - SECKEL, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (9ª ed., Jena, Fischer, 1926), s.v. “potens”.

¹⁰ Sin embargo, esta localización de la supuesta interpolación no termina por aclarar al autor germano si acaso se limita sólo al período comprendido entre *vis maior* y *potentia*, o bien, se extiende a partir de *nam et si colonus*.

¹¹ COSTA, Emilio, *La locazione di cose nel diritto romano* (Torino 1915, reimp. Roma, L’Erma di Bretschneider, 1966), p. 37.

¹² MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit. (n. 2), p. 166.

¹³ PALAZZOLO, Nicola, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, en: *BIDR.* 68 (1975), p. 301 n. 73: “In ogni caso, però, anche ad spungere *propter vim maiorem aut potentiam eius* (che potrebbe essere una banale glossa postclassica)...”

¹⁴ PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata*, cit. (n. 13), p. 300 s.

¹⁵ WACKE, Andreas, *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians und die Haftung für höhere Gewalt*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*. II.15 (Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1976), II, 15 p. 491 s. En pp. 490 n. 167 y 492 expone un juicio derogatorio de la tesis de Mitteis.

¹⁶ ANKUM, Hans, *Afr. Dig. 19,2,33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, en *ZSS.* 97 (1980), p. 179.

¹⁷ D’ORS, Álvaro, *Las Quaestiones de Africano* (Roma, Mursia, 1997), p. 386. El romanista español conjetura que el texto original habría venido redactado en los siguientes términos: “*propter vim [maiorem aut potentiam] eius*”.

ya en otros juristas. Está el caso de Labeón, citado por Ulpiano en D. 19, 2, 13, 7 (Ulp., 32 ed.): “*Exercitu veniente migravit conductor, deinde hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. si domino non denunciavit et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. sed et si denunciare non potuit, non puto eum teneri*”.

En este pasaje, Ulpiano se plantea el problema de la responsabilidad del *locator* por huir del fundo cuando éste es ocupado por militares. Para Ulpiano, el *conductor* incurría en responsabilidad cuando no denunciaba el hecho; sin embargo, cita la doctrina de Labeón, quien hacía responsable al arrendatario sólo cuando éste *resistere potuit et non resistit*, doctrina que Ulpiano aprobaba (arg. “*quae sententia vera est*”), para continuar la propia, fundada en si pudo o no el *conductor* denunciar ante el *dominus* la ocupación. Sin embargo, creo que el caso tenía un precedente republicano, concretamente, un texto de D. 19, 2, 27, 1 (Alfeno, 2 dig.): “*Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere*”.

En él se plantea el hecho de que el *conductor* se va del fundo arrendado por temor, preguntándose al jurista si en este caso, debería las rentas. La respuesta fue que si se temiese a causa de un riesgo, aunque éste no fuese verdadero, el *conductor* no debería las rentas (“*si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem*”); igualmente, si la causa del temor no fuese justificada, debería entonces las rentas (“*sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere*”¹⁸). Pienso que pocas hipótesis pueden asociarse a un temor tal que haga huir al *conductor* del fundo, por lo cual me siento inclinado a pensar que la presencia de militares en los alrededores bien pudo haber sido el supuesto de hecho de este *responsum*. Ahora bien, si haciendo acopio de los fragmentos citados, enunciamos desde una perspectiva diacrónica los criterios de solución, puede observarse que éstos son los siguientes: i) Alfeno: veracidad de la causa de temor; ii) Labeón: posibilidad de resistir del *conductor*; iii) Africano: posibilidad del *locator* de evitar el impedimento; iv) Ulpiano: posibilidad de resistir y posibilidad de denunciar el hecho ante el *locator*.

Según mi parecer, la doctrina sentada por Africano no es muy distinta de la expuesta por Labeón, toda vez que aluden a idénticas situaciones de hecho. Quizá si la diferencia de fondo es que mientras Labeón exige la autodefensa, Africano entiende que ello ha de radicarse en la esfera del *locator*. Pero en cuanto a los términos de la responsabilidad, ya desde Alfeno ésta viene siendo referida a las rentas pagadas o por pagar, por lo que no nos parece que exista ninguna variación en ello. De ahí que me sienta inclinado a descartar la mención a los *potentiores* como una interpolación y, por el contrario, piense que se trata de un antiguo supuesto de hecho, con diferentes denominaciones que no vienen a alterar mucho el cuadro de riesgos a los cuales se veían expuestos los arrendatarios de fundos itálicos.

En definitiva, pienso que, a pesar de las críticas formuladas al pasaje, éste es genuino en lo que se refiere al razonamiento sobre la obligación del vendedor a la restitución del precio de la compraventa.

¹⁸ Aunque esta última parte fue denunciada como interpolada por KRÜGER, *ad leg.*

II. LA NATURALEZA DE LA “PUBLICATIO”

La ocurrencia de la *publicatio* es el supuesto de hecho más importante de este fragmento, ya que ella determina el razonamiento del jurista en orden a la repartición de la carga económica por su acacimiento. La *publicatio* del fundo se relaciona estrechamente con la imposibilidad del *conductor* de disponer de éste; lo mismo respecto del comprador del fundo vendido. Cabe plantearse dos tipos de problemas relacionados con la *publicatio* en este pasaje: de una parte, si ella tiene lugar antes o después de la entrega del fundo, ya sea al *conductor*, ya sea al *emptor*; de otra, decidir qué cosa sea la *publicatio*, es decir, cual es su verdadera naturaleza. Sobre esto último se han planteado cuatro explicaciones, las cuales paso a exponer brevemente.

Una tesis muy antigua, con cierta base en la obra de Mommsen¹⁹, ha entendido que la *publicatio* se corresponde con una sanción penal, más concretamente, con la confiscación. Así lo entendieron Huvelin²⁰, Appleton²¹, Thielmann²², y Voci²³. Las tesis de estos autores, principalmente Huvelin y Voci, se vinculan a la aceptación que profesan por la tesis dominante de la vigencia en el derecho clásico de la regla *periculum est emptoris*; así, si ésta era la regla vigente, la única razón por la cual el vendedor habría tenido que soportar las consecuencias económicas de la *publicatio*, habría radicado en el hecho de que ésta tenía, en el caso concreto, un carácter penal. Para Voci²⁴, un argumento decisivo para sostener la tesis de la confiscación, se asienta sobre la premisa que consiste en negar que pudiese tratarse de una expropiación por causa de utilidad pública. El carácter sancionador de la confiscación, opina Voci, habría impedido que en este caso resultara aplicable el principio *periculum est emptoris*, porque ello habría supuesto atribuir una ventaja al vendedor a partir de la propia ilicitud de sus actos. Por ello, siempre de acuerdo con este autor, estamos ante una solución intermedia.

Seckel y Levy²⁵ sostienen, en cambio, que no había tal confiscación. Por el contrario, sostienen que debe entenderse que la *publicatio* que mencionaba Africano no era sino la expropiación de un fundo provincial, aunque en su intento no abundan en razones²⁶. Sin embargo, esta hipótesis fue asumida por Wacke²⁷, quien sí profundizó sobre los motivos para sostenerla. En su exégesis, descartó Wacke que a cambio de la expropiación hubiese existido indemnización; la *publicatio*

¹⁹ MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht* (Leipzig, 1899; reimp. Aalen, Scientia, 1990) pp. 1.005- 1.011.

²⁰ HUVELIN, rec. a Mihailo Konstantinovitch, cit. (n. 2), p. 327.

²¹ APPLETON, *Risques*, cit. (n. 4) p. 405, razona siempre sobre la base de la aceptación de la existencia de una confiscación, a la cual no ve como un caso fortuito.

²² THIELMANN, Georg, *Traditio und Gefährübergang*, en ZSS. 106 (1989), p. 299

²³ VOCI, Pascuale, “*Diligentia*”, “*Custodia*”, “*Culpa*”, en SDHI. 56 (1990), p. 131.

²⁴ VOCI, “*Diligentia*”, “*Custodia*”, “*Culpa*”, cit. (n. 23), p. 131.

²⁵ SECKEL - LEVY, *Gefährtragung*, cit. (n. 4), p. 221.

²⁶ Desechan, en todo caso, la tesis de Mommsen, en el sentido de que se trataría de una ejecución. Véase MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit. (n. 19), p. 1022 ss.

²⁷ WACKE, *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians*, cit. (n. 15), p. 471 ss., especialmente, p. 475 s.

habría sido posible en virtud de la *coercitio* del magistrado. En todo caso, continuó afirmando Wacke que la acción se había dirigido a un fundo provincial²⁸.

Una hipótesis similar a la de Seckel y Levy, pero con contornos propios, corresponde a la posibilidad de que la *publicatio* del caso en estudio haya sido una expropiación por causa de utilidad pública. La existencia de tal institución en el derecho romano, si bien no ignorando las diferencias que existen en relación con la institución jurídica que el derecho occidental entiende por tal, fue afirmada por De Robertis²⁹. Afirma el romanista italiano que, por regla general, toda expropiación por causa de utilidad pública necesariamente es acompañada por una indemnización. Para el caso en cuestión, entiende De Robertis que el fragmento plantea un problema de expropiación, desechando la opinión de que se tratase de un caso de confiscación. Las razones que ofrece en apoyo de esta afirmación son, en síntesis, las siguientes: i) el hecho de que el vendedor sea obligado a la restitución del precio, pero no a una indemnización del daño, a lo que probablemente estaría obligado, tratándose de una confiscación; ii) más aún, esta obligación a que hacíamos mención, es incompatible con la naturaleza sucesoral atribuida desde Mommsen a la confiscación³⁰. En este último caso, el Fisco, tal como ocurriría con un heredero respecto de los actos celebrados por su causante, se habría visto en la necesidad de respetar los contratos celebrados sobre el fundo expropiado; iii) finalmente, y en contra de la opinión de Huvelin³¹, piensa que la expresión “*quamvis per te non stet quominus id praestes*” excluye toda idea de culpa o delito³². De Robertis sostiene como premisa que en los casos de expropiación era frecuente el pago de una indemnización. Consecuente con tal premisa, en este caso, sólo pudo intuir que el vendedor la había recibido, ya que el texto presenta dificultades

²⁸ En contra de esta última afirmación se pronuncia ANKUM, *Afr. Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr*, cit. (n. 16), p. 168 s., para quien a falta de otros datos, la expresión *fundus* sólo podía interpretarse en el sentido de tratarse de un fundo itálico.

²⁹ DE ROBERTIS, Francesco M., *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano* (Bari, 1936; reimp. Roma, L'Erma di Bretschneider, 1972), seguido por MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit. (n. 22), p. 164 n. 52. Dentro de un sector de la Romanística de nuestros días, todavía se niega la posibilidad de que haya existido la expropiación por causa de utilidad pública. Véase GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana* (3ª ed., Madrid, Dykinson, 1993), s.v. “emptio ab invito” y WACKE, *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians*, cit. (n. 15), p. 471. Para otro sector, en cambio, es posible hablar con propiedad de la existencia de la expropiación por causa de utilidad pública en el derecho romano. Véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público romano* (4ª ed., Madrid, Civitas, 1999), p. 202: “Si bien no existió en Roma una ley general reguladora de la expropiación forzosa, sí se conocen numerosos casos en los que la expropiación tuvo lugar por razones de utilidad pública o de interés social, tanto respecto de bienes muebles como de bienes inmuebles”. Véase también LOZANO CORBÍ, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano* (Zaragoza, Mira Editores, 1994).

³⁰ La premisa fundamental sentada por MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit. (n. 19), p.1005, es que la confiscación se enmarca en el esquema de las sucesiones universales.

³¹ HUVELIN, rec. a Mihailo Konstantinovitch, cit. (n. 2), p. 327.

³² Las convicciones de De Robertis son seguidas por LOZANO CORBÍ, *La expropiación forzosa*, cit. (n. 29), p. 87. Abundará también en esta interpretación de la expresión latina, con idéntica insistencia en rechazar la posibilidad de tratarse de una sanción penal, WACKE, *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians*, cit. (n. 15), p. 466.

para hacer esta afirmación con rotundidad³³. Le siguieron en esta postura Betti³⁴, Kaser³⁵ y Rodríguez López³⁶.

Hans Ankum ha formulado la hipótesis de que la *publicatio* de nuestro fragmento corresponda a una venta privada del fundo por parte de su propietario al poder político, condicionado por presiones recibidas por parte de éste, lo que, en mi opinión, se correspondería con la figura de la *emptio ab invito*³⁷. La opinión de este autor contiene, por una parte, críticas a las teorías de la confiscación y de la expropiación, con o sin indemnización, sea que se trata de un fundo provincial o no; y, por otra, la fundamentación del caso en clave de *emptio ab invito*, lo cual es suficiente como para detenernos, siquiera brevemente, en sus puntos de vista.

Ankum critica la teoría de la confiscación basándose en las características atribuidas por Mommsen³⁸ a ésta, a saber: i) en el hecho de que ya en el s. II d. C. la confiscación no podía recaer sobre un bien específico, sino sobre todo el patrimonio, o bien, sobre una parte de él. Para Ankum la mención al *fundus* viene a desempeñar un papel que se muestra incompatible con los efectos patrimoniales, en sentido amplio, de la confiscación³⁹; ii) junto con lo anterior, está el hecho de que la confiscación era una pena, infligida a consecuencia de un ilícito penal, que formaba parte de un grupo más amplio de sanciones, las principales de las cuales afectaban la libertad del condenado. Por el contrario, los términos en los cuales viene redactado el pasaje no permiten pensar que el vendedor esté privado de su libertad, sino todo lo contrario⁴⁰; iii) finalmente, no se escapa a Ankum el hecho de que si se hubiese transferido una parte del patrimonio del vendedor al Fisco u otro órgano político, se habrían tenido que respetar los derechos del arrendatario o del comprador, en su caso. De otra manera, no habrían tenido éstos una acción en contra del arrendador o del vendedor, en su caso, sino contra el Fisco⁴¹. Podría

³³ DE ROBERTIS, *L'espropriazione*, cit. (n. 29), p. 161. Ejemplo de las dificultades para arribar a esta última conclusión es que tanto SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung*, cit. (n. 4), p. 221, como WACKE, *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians*, cit. (n. 15), p. 475 afirman justamente lo contrario, es decir, que no hubo pago de indemnización alguna al expropiado. PROVERA, Giuseppe, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, en *Studi in onore di Emilio Betti* (Milano: Giuffrè, 1962), III. p. 704, es igualmente escéptico. Para este autor, de haber existido indemnización, el vendedor se habría quedado con ésta, a más del precio.

³⁴ BETTI, Emilio, “*Periculum*”. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci* (Milano, Giuffrè, 1956), I, p. 173.

³⁵ KASER, *Periculum locatoris*, en *ZSS*. 74 (1957), p. 178, sostuvo que la expropiación no sería un defecto jurídico del que debiera responder el vendedor.

³⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía, *Las obligaciones indemnizatorias en el derecho público romano* (Almería, Universidad de Almería, 1996), pp. 102 y 164.

³⁷ Puede verse también GARCÍA GARRIDO, *Diccionario*, cit. (n. 29), s.v. “*emptio ab invito*”.

³⁸ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit. (n. 19), pp. 1005 ss.

³⁹ ANKUM, *Afr. Dig. 19, 2, 33: Haftung und Gefahr*, cit. (n. 16), p. 166. Puede verse también, en relación con el objeto de la confiscación, GIUFFRÈ, Vincenzo, *La repressione criminale nella esperienza romana* (Napoli, Jovene, 1993), pp. 142 s.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*; en el mismo sentido se había pronunciado antes WACKE, *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians*, cit. (n. 15), p. 470 n. 67: “*Statt teneri te actione ex conducto müßte es dann heißen TENERI FISCUM*”.

agregarse a todo lo anterior, que tanto para la pena de confiscación, como para la de muerte, se requería de confirmación imperial, de todo lo cual el pasaje en cuestión no da información alguna.

También critica Ankum que se pueda hablar de una expropiación por causa de utilidad pública, tal como pretende De Robertis, basándose en la conocida convicción de una buena parte de la romanística, según la cual la expropiación por causa de utilidad pública era desconocida en el derecho romano.

Finalmente, Ankum tomó postura contra la tesis de Wacke, en el sentido de que el objeto del acto de la *publicatio* hubiese sido un fundo provincial, toda vez que de la expresión *fundus*, sólo podía interpretarse que se trataba de un fundo itálico⁴².

Ankum propone entender la *publicatio* como una venta de derecho privado que se realiza por un particular a requerimiento de un magistrado. Las circunstancias bajo las cuales esta venta se realiza no habrían sido de plena libertad para el comprador; por el contrario, éste se habría visto sometido a presiones de diversa índole —de hecho, en todo caso—, todo lo cual le habría impedido responder en los términos a que estaba obligado frente al arrendatario, o frente al comprador. En esta problemática situación a la que se veía impelido el arrendador o vendedor, en su caso, habría sido tenida en cuenta al momento de la determinación de la extensión de su responsabilidad⁴³.

Pennitz, en su conocida monografía sobre la casuística de la expropiación⁴⁴, sostiene que con la expresión *publicare* se aludía a una cuestión distinta. Según este autor, tanto las fuentes epigráficas como literarias dan cuenta de un procedimiento monitorio que tiene lugar en los casos de desposesión de la propiedad por parte del poder imperial; de acuerdo con este procedimiento, tiene lugar un negocio jurídico-público (una suerte de compraventa de derecho público) en el cual es entregada una cierta cantidad de *numerario* a modo de precio. De ahí que la expresión *publicare* vendría a hacer referencia a este especial mecanismo público de solución de controversias. Y dentro del Digesto, según Pennitz, la expresión *publicare* vendría a tener una específica función: ésta no sería otra que la de llamar la atención de los oyentes o de los lectores acerca de la dimensión jurídico-pública de las circunstancias en juego. Para Juliano y Africano el problema habría consistido, por una parte, en incardinar el acto público dentro del conjunto del derecho privado y, por otra, separar las consecuencias iusprivatísticas que de tal clase de actos se siguen.

En mi opinión el texto de Africano da pocos detalles acerca de qué cosa sea la *publicatio* y las características que la rodean. Con seguridad, en el léxico jurisprudencial del s. II d. C. la noción de *publicatio* y el procedimiento a que se asociaba no debían ser desconocidos, como tampoco sus características principales y ello

⁴² ANKUM, *Afr. Dig. 19,2,33: Haftung und Gefahr*, cit. (n. 16), p. 169.

⁴³ PENNITZ, Martin, *Der Enteignungsfall im römischen Recht* (Wien - Köln - Weimar, Böhlau, 1991), p. 225, critica esta interpretación, sobre la base de afirmar que si Juliano y Africano se hubiesen querido referir a la venta de derecho privado de un fundo, habrían hablado sencillamente de *fundus emptus*.

⁴⁴ PENNITZ, *Der Enteignungsfall*, cit. (n. 43), p. 225.

podría justificar las pocas referencias que Africano hace a este respecto. Con todo, si nos apoyamos en las fuentes, encontraremos asociada a la noción de *publicare* la de *bona* y siempre y en todo caso, ello hará referencia una sanción de carácter penal. Así, la expresión *bona publicata*⁴⁵ la encontramos en: D. 17, 1, 22, 5 (Paul., 32 ed.): “*Is cuius bona publicata sunt mandare alicui potest, ut ea emat, et, si emerit, utilis erit mandati actio, si non praestet fidem: quod ideo receptum est, quia publicatis bonis quidquid postea acquiritur, non sequitur fiscum*”. También en D. 48, 20, 7, 5 (Paul., l. sing. de port.): “*Quae post condemnationem adquisit is cuius bona publicata sunt, si relegatus est, ad heredes scriptos ab eo vel ab intestato venientes pertinent: nam in insulam relegatus testamenti factionem habet ut reliqua quoque iura. quid si deportatus est, quoniam, quia civitatem amittit, heredem habere non potest, etiam postea adquisita fiscus capi*”. Asimismo, en fin, en D. 48, 21, 2, 1 (Macer, 2 publ.): “*Si is, de cuius poena imperatori scriptum est (veluti quod decurio fuerit vel quod in insulam deportari debuerit), antequam rescriberetur decesserit: potest quaeri, num ante sententiam decessisse videatur. argumento est senatus consultum, quod factum est de his, qui romam transmissi ante sententiam decessissent. cuius verba haec sunt:” cum damnatus nemo videri possit in hunc annum, antequam de eo forte iudicium romae redditum et pronuntiatum esset: neque cuiusquam mortui bona, antequam de eo romae pronuntiatum sit, publicata sunt, eaque bona heredes possidere debent*”.

En los tres casos la *publicatio* que ha afectado a ciertos bienes (*bona*) no es otra cosa que una confiscación, producto a su vez de la imposición de una sanción penal. Especialmente evidente es ello en los casos de D. 48, 20, 7, 5 y D. 48, 21, 2, 1, por la ubicación del pasaje en un título dedicado, precisamente, a la confiscación de los bienes⁴⁶. En cambio, el pasaje de D. 17, 1, 22, 5, ubicado en un título dedicado a la *actio mandati* y a la *contraria*, está más referido a un caso en que también es admitida la procedencia de la *actio mandati*.

Es decir, efectivamente, la idea de *publicatio* se encuentra asociada en las fuentes romanas a la idea de confiscación, pero todo ello no es aún suficiente como para concluir que estamos ante ella⁴⁷; por el contrario, nuestro texto, por medio de la cláusula *quavis per te non stet quominus id praestes* nos advierte que la situación que afecta al *locator o venditor*, pudiera no haber dependido de éste. ¿Nos coloca ello ante la inexistencia de un delito? Huvelin⁴⁸, para salvar su tesis de la confisca-

⁴⁵ Para las coincidencias textuales del sintagma *is cuius bona publicata sunt*, véase GARCÍA GARRIDO, Manuel - REINOSO BARBERO, Fernando, *Digestorum Similitudines* (Madrid, Dykinson, 1994), VI, *simil.* 4584.

⁴⁶ Para este tema, particularmente útil resulta WALDSTEIN, Wolfgang, s.v. “bona damnatorum”, en *Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft* (Stuttgart, Metzler, 1959), XXIII, 2, cc. 96-119.

⁴⁷ Sin embargo, D.17, 1, 22, 5 desarma una importante objeción que ya viéramos formulada por Ankum en contra de la tesis de la confiscación: la premisa de que en caso de haber existido confiscación, el vendedor debería haber estado privado de libertad, toda vez que en el pasaje que hemos transcrito el hecho de haber existido una *publicatio*, a consecuencia de la cual los bienes de una persona iban a ser sacados a remate, no impide que esta persona pueda solicitar a otro la compra de sus bienes, para luego exigir su transferencia por medio de la *actio mandati*.

⁴⁸ HUVELIN, rec. a Mihailo Konstantinovitch, cit. (n. 2), p. 327.

ción, sostiene que la legislación penal imperial del Bajo Imperio sancionaba con la confiscación no sólo los delitos cometidos por acción, sino también aquellos cometidos por omisión. La expresión “*quamvis per te non stet quominus id praestes*” sólo serviría para dejar a salvo los delitos cometidos por acción, pero no englobaría a los delitos por omisión. Luego, sería en la hipótesis de la imputabilidad de uno de estos últimos en los cuales sería necesario incardinar la situación del arrendador o del vendedor. Para Rodríguez López la expresión “*publicatus sit [...] quamvis per te non stet quominus id praestes*” posee un carácter técnico, el cual vendría a denotar en las fuentes a una expropiación acompañada de una indemnización⁴⁹. Ankum, afirma por su parte que la expresión “*quamvis per te non stet quominus id*” praestes tiene un específico sentido, que desvincula de la comisión de un delito.

Creo que es necesario comprender qué pudo haber significado dicha expresión en el lenguaje utilizado por Africano⁵⁰, como supuesto necesario para poder entender qué pudo haber querido decir en este pasaje. En D. 7, 1, 37 (Afr., 7 *quaest.*) nuestro jurista se vale de la expresión “*per te steterit quo minus*”⁵¹ para describir que ha dependido del promitente no haber dado cumplimiento a su obligación. La solución —que podría quizá atribuirse a Juliano— es que el promitente estaba obligado a dar el usufructo, ya que de él había dependido que éste no se constituyese. En D. 46, 3, 39 (Afr., 8 *quaest.*)⁵² se vale de idéntica expresión, para referirse al pago de una deuda por medio de su entrega a un banquero con autorización del acreedor. Se trata de un caso antes tratado por Mela, quien así resolvía el problema del riesgo de la cantidad entregada, estableciendo que en este caso, el riesgo era del acreedor. Africano creyó conveniente rectificar a Mela en esto: sólo estaría a riesgo del acreedor, cuando hubiese dependido de éste que el dinero no fuese aceptado; de ser de otro modo, el dinero estaría a riesgo del deudor. En este último caso,

⁴⁹ Lamentablemente, Rodríguez López no profundiza en esta observación; la prueba de su afirmación no la constituye más que este único pasaje, lo que desde el punto de vista lógico constituye una *petitio principii*, toda vez que da por supuesto aquello que justamente trata de probar, así como la opinión de Arias Bonet, en la cual tampoco abunda.

⁵⁰ Me valdré de los datos sobre redacciones coincidentes que proporciona GARCÍA GARRIDO / REINOSO BARBERO, *Digestorum Similitudines*, cit. (n. 45), *DS. XI simil* 9086: “*steterit, quominus in*”; *DS. XI, simil*. 9088: “*stetisset quo minus solveret*”; puede consultarse también, aunque no presenta coincidencia textual con ningún texto de Africano, *DS. XI simil*. 9087: *2stetisset, quo minus eam*”.

⁵¹ D. 7, 1, 37 (Afr., 7 *quaest.*): “*Quesitum est, si, cum in annos decem proximos usum fructum de te dari stipulatus essem, per te steterit quo minus dares et quinquennium transierit, quid iuris sit. item si Stichus decem annorum proximorum operas de te dari stipulatus sim et similiter quinquennium praeteriit. respondit eius temporis usum fructum et operas recte peti, quod per te tractatum est quo minus darentur*”.

⁵² D. 46, 3, 39 (Afr., 8 *quaest.*): “*Si, soluturus pecuniam tibi, iussu tuo signatam eam apud numularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore Mela libro decimo scribit. quod verum est, cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit, quo minus in continenti probaretur: nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles. in qua specie non utique semper tuum periculum erit: quid enim, si inopportuno tempore vel loco obtulerim? his consequens esse puto, ut etiam, si et emptor nummos et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emptoris periculo sint (utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit) et nihilo minus merx quoque, quia emptio perfecta sit*”.

entonces, con la expresión “*per te steterit quo minus*” se ha querido nuevamente referir una actitud dolosa o culposa del acreedor, correlato de la cual sería la carga del riesgo del dinero. En D. 44, 7, 23 (Afr., 7 *quaest.*), refiriéndose al deudor de un préstamo marítimo garantizado con una estipulación penal, se sirve de la expresión “*stetisset quo minus solveret*” para establecer que si del deudor no había dependido el hecho de no pagar el préstamo, entonces no incurría en el supuesto necesario para que le fuese exigible la estipulación penal; es decir, cuando la conducta del deudor del préstamo no ha sido ni dolosa ni culposa, el deudor quedaba eximido del pago de la estipulación penal –pero aún debía el préstamo–.

De todo lo anterior, creo que no es errado afirmar que cuando Africano utiliza esta expresión en nuestro pasaje, lo hace con una finalidad específica. Esta no es otra que la de excluir de los supuestos de hecho alguna conducta dolosa o culposa de la cual debiera derivarse el incumplimiento de las obligaciones del vendedor. Por ello, a pesar de que, como había apuntado, la expresión *bona publicata* viene en las fuentes asociada a una confiscación, no puede concluirse que sea precisamente una sanción penal de la que se trata aquí; por el contrario, bien pudiera pensarse que la cláusula *quamvis per te* [...] es utilizada por Africano con el concreto sentido de aclarar que no se refiere a una sanción penal; como si advirtiese al lector de que va a utilizar un término de contornos imprecisos, para lo cual excluye de los posibles sentidos del término uno de los más conocidos.

Visto de esta manera, queda por aclarar a qué tipo de actos se venía refiriendo Africano, que pudiesen ser incardinados en el voluble concepto de *publicare*. Sin duda, la expresión alude a una actuación del poder político y lo concreto es que tal actuación viene encaminada a apropiarse del fundo que, en principio, iba a ser dado en arrendamiento o en venta a un particular. Si este acto se puede asociar o no a una expropiación tal como se conoce a esta institución en nuestros días, ello es difícil de decir, pero creo que la expresión “desposesión” sirve para abordar la situación. El punto es si pudiera hablarse, además, de una indemnización o de un precio, a cambio de tal desposesión. Lo cierto es que, a pesar de las razones de De Robertis para apoyar una indemnización y de Pennitz, en relación con la existencia de un precio que pudiese alcanzar el que pudiéramos denominar valor de cambio del fundo en cuestión, no veo claro que del texto se pueda colegir tal situación. Si, como ya hemos visto, el texto parece ser en su mayor parte genuino, no veo cómo una hipótesis de indemnización, o bien de precio, en todo caso recibidos por el vendedor, hubiese podido ser ignorada por Africano. Más aún, se trataría de un hecho a tal punto importante para la decisión, que el jurista no habría podido menos que referirse a él, siquiera elípticamente. Sin embargo, la realidad del pasaje es que éste no permite, en ningún caso, afirmar la existencia de tal indemnización y, por lo mismo, su hipotética ocurrencia no ocupa lugar en los supuestos de hecho de que parece valerse el jurista para fundamentar su decisión.

Creo, por tanto, que los hechos deben dibujarse de manera más simple: la organización política ha hecho suyo un fundo que pertenecía a un particular. A falta de mayores precisiones, este fundo bien podría haber sido itálico. La desposesión de este fundo no parece haber ido acompañada de indemnización, por lo cual ésta no juega un papel decisivo en el razonamiento jurisprudencial. Africano decide,

entonces, que el vendedor sigue estando obligado frente al comprador, mediante las acciones emanadas del contrato (de cuya perfección no se duda) y concreta esta obligación en los términos siguientes: para el caso del arrendamiento, decide que el arrendatario puede exigir las rentas adelantadas; para el caso de la compraventa, decide que tiene derecho a reclamar el reembolso del precio entregado.

III. EL PROBLEMA DEL “PERICULUM REI” EN D. 19, 2, 33

Es necesario, finalmente, referir el problema del *periculum* en la venta, que, como se ha visto, aparece tratado en su parte [b]. Se ha hablado a lo largo de este trabajo de *periculum locationis conductionis* y quizá ello sirva de justificación para que, a propósito de la compraventa, se aborde el problema del riesgo.

Aunque nunca se menciona la expresión *periculum*, el contenido del pasaje tiene absoluta pertinencia con el tema y ello justifica detenerse en su análisis⁵³. Cuando se plantea la ocurrencia de un hecho externo, independiente del dolo o culpa de uno de los contratantes que imposibilita a uno de éstos cumplir con sus obligaciones y, a causa de ello, se resuelve el contrato, decidiéndose a continuación acerca de la subsistencia de la obligación del cocontratante (siempre en la medida del precio, sea que éste deba ser devuelto, sea que deba ser pagado), sólo entonces estamos en presencia de un razonamiento acerca del riesgo. Aunque el planteamiento de la romanística no ha sido unitario, puede sostenerse que la interpretación de aquellos que han visto en este texto un problema de riesgo, ha venido a constituirse en la opinión dominante, aunque sus resultados sean contradictorios entre sí⁵⁴.

El problema se plantea en el período que he identificado como [b]. Su inclusión en un problema que originariamente (período [a]) tiene que ver con el arrendamiento, no me parece en absoluto arbitrario por parte de Africano. Parece haber sido un tópico entre los juristas romanos el decir que compraventa y arrendamiento se regían por reglas muy parecidas⁵⁵. Probablemente, Africano participaba de tal idea y no vio obstáculo en resolver con reglas semejantes el caso de la *publicatio* del fundo. Así, la solución para un caso, podía extenderse *mutatis mutandis* al caso siguiente.

Para el caso de haber sido *publicatus* el fundo luego de ser vendido y antes de ser entregado, opina Africano que el comprador dispone de la *actio empti* (arg. “*tenearis ex empto*”), para explicar que la acción sólo servirá para reclamar el

⁵³ Contra esta interpretación, véase MOLNÁR, Imre, *Die Frage der Gefahrtragung und des Eigentumsüberganges beim Kauf*, en *Index* 16 (1988), pp. 26 s. y VACCA, Letizia, *Ancora sulla estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, en *Ivra* 45 (1994), pp. 50 ss.

⁵⁴ Así, por ejemplo, los trabajos antes citados de Haymann y Betti, con los cuales se pretendía dar pruebas de la vigencia de la regla *periculum est venditoris*. Véase A. D'ORS, *Las Quaestiones de Africano*, cit. (n. 17), p. 384: “Nuestro texto ha sido especialmente considerado, y también criticado, por la Romanística, en relación con el tema del *periculum* en la compraventa y el arrendamiento”.

⁵⁵ D. 19, 2, 2 (Gai., 2 *rer. cott.*): “*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistit*” (etc.).

importe del precio ya pagado. Podemos preguntarnos por los fundamentos sobre los cuales Africano basa su decisión y en qué medida su opinión guarda relación con la que sus contemporáneos daban a casos similares. Comenzaré el análisis con un examen del estado de la cuestión.

Se ha afirmado que a lo largo de este pasaje no hay mención alguna al problema del *periculum*, sea éste *venditoris*, sea *emptoris*. Sin embargo, la romanística –y no sin discusión, como veremos– ha solido colocar el pasaje dentro de aquellos en los cuales el caso planteado al jurista viene a ser resuelto en los términos del razonamiento de asignación del riesgo. Sin embargo, la respuesta a la pregunta acerca de quién ha de soportar el riesgo es respondida de modo distinto, según se trate de los defensores de la vigencia del *periculum emptoris* durante todo el derecho clásico, o bien según se trate de los defensores de la regla contraria. Comenzaré por estos últimos.

A las viejas tesis de Arnò, Haymann dio un espaldarazo de mayor peso científico. En lo que respecta a D. 19, 2, 33, Haymann lo presentó como uno de varios testimonios que existen en las fuentes sobre la vigencia del *periculum venditoris*⁵⁶. Su razonamiento sigue el cauce de entender que para los juristas clásicos el arrendamiento y la compraventa estaban dotados de una estructura jurídica parecida, de todo lo cual vendría a ser testimonio fehaciente un número no menor de pasajes⁵⁷. Una de las soluciones en las cuales vendría a expresarse esta cercanía sería la del riesgo; ello explica que en el pasaje sea posible apreciar cómo en el caso del arrendamiento se hubo aceptado la regla del *periculum locatoris* en aquellos casos en que el *locator*, sin infracción de la *bona fides*, no podía ceder el uso de la cosa arrendada al *conductor*. Esta solución tendría, en opinión de Haymann, asidero también en otros pasajes⁵⁸. Pues bien, esta solución viene adoptada en el pasaje a continuación de la del problema planteado en relación con la compraventa y fundándose en la solución de ésta. Y entonces –colige Haymann– si la solución para el arrendamiento era la del *periculum locatoris*, es porque para el caso de la compraventa ella no pudo ser otra que la del *periculum venditoris*.

Similar interpretación a la de Haymann la adoptaría posteriormente Betti, si bien introduciendo elementos novedosos de juicio⁵⁹. Así, comienza por estimar genuino el pasaje, salvo una breve propuesta de modificación⁶⁰. La autenticidad del pasaje vendría dada por el hecho de que sería clásico el esquema de responsabilidad bosquejado en él: de una parte, se encontraría la responsabilidad derivada de la

⁵⁶ HAYMANN, *Periculum est emptoris*, cit. (n. 2), p. 63 ss.; la reafirmación de esta idea, en respuesta a las críticas que en 1927 le dirigieron Seckel y Levy, se encuentran en HAYMANN, *Zur Klassizität des “periculum emptoris”*, en *ZSS*. 48 (1928), p. 406, donde mantiene que el período *quod hactenus [...] vacuum mihi tradi* –que atribuye a Juliano– se confirma la regla *periculum venditoris* en lo que se refiere al destino del precio pactado en la compra.

⁵⁷ Entre los principales, se encuentra Gai.3.142: “*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio*”; también Gai. 3, 145; D. 19, 2, 2; 21, 1, 63; 19, 2, 22, 3; 46, 4, 23.

⁵⁸ D. 19, 2, 35; *h. t.* 9, 1; *h. t.* 9, 4; *h. t.* 15, 2; *h. t.* 19, 6; *h. t.* 27pr.; *h. t.* 30, 1; D. 39, 2, 39, 2,

⁵⁹ BETTI, *Periculum*, cit. (n. 34), pp. 172 ss.

⁶⁰ BETTI, *Periculum*, cit. (n. 34), p. 172, modifica [*locasses*] por <*locassem*>.

imputabilidad del incumplimiento, la cual se distinguiría del problema del riesgo en que éste se relaciona con la ausencia de prestación derivada de una imposibilidad no imputable, cuestión ésta que los juristas romanos habrían expresado por medio de las locuciones *teneri ex empto, ex conducto*. Estas expresiones deberían ser entendidas en el sentido de dar lugar a la obligación de restituir la prestación realizada, y que era debida en correspondencia con aquella prestación que viene a faltar⁶¹. Todo ello debería conducir a la obvia conclusión de que cuando Africano resuelve el problema en términos de *tenearis ex empto* no hace otra cosa que anunciar que aplicará las reglas del *periculum*, en este caso *venditoris*, dado que la imposibilidad que tiene el vendedor de cumplir con su obligación no le es imputable⁶².

Influido notablemente por Haymann, Betti también se asila en el argumento del parentesco entre la *locatio conductio* y la *emptio venditio*, ofreciendo como prueba los mismos textos de Gayo y del Digesto que Haymann⁶³, en definitiva, el pasaje de Africano vendría a demostrar el que, a su juicio, es el criterio clásico para la determinación del momento del traspaso del riesgo: la tradición.

Varias décadas después, Talamanca, concluye que en este caso, más allá de cuestiones terminológicas –que, a su juicio, no deben primar sobre las sustantivas⁶⁴–, Africano ha resuelto el problema en términos de asignación del riesgo. Talamanca se sirve para ello de una razón de carácter dogmático: las cuestiones derivadas de la aplicación de una regla sobre riesgo se traducen –en el caso de que éste sea soportado por el vendedor– en una obligación de restituir el precio ya pagado; lo cual es distinto de la responsabilidad contractual en sentido estricto, ya que en este caso se obliga a indemnizar el *id quod interest*⁶⁵. Sobre esta base, concluye que Africano, al conceder la *actio empti* por el precio ya pagado, lo que hace es, en definitiva, innovar en relación con la jurisprudencia precedente, en particular con su maestro Juliano. En efecto, conjetura Talamanca que, hasta Juliano, la jurisprudencia resolvía este tipo de cuestiones obligando al vendedor a responder por el *id quod interest*. Esto habría parecido quizá demasiado penalizante para con el vendedor, razón por la cual Africano habría optado por mantener el criterio sabiniano favorable al comprador, pero reduciendo la responsabilidad del comprador a la restitución del precio; en otras palabras, dejando de resolver

⁶¹ BETTI, *Periculum*, cit. (n. 34), p. 173.

⁶² BETTI, *Periculum*, cit., (n. 34), p.173.

⁶³ BETTI, *Periculum*, cit. (n. 34), p. 173. En todo caso, Betti renuncia a entrar en otras cuestiones que ocuparon a Haymann. Por ejemplo, si éste en *Zur Klassizität*, cit. (n. 56), p. 405 ss., termina por identificar todo el pasaje como propio de la doctrina juliana, aunque con retoques atribuibles a Africano, de lo cual extrae como consecuencia que en el derecho clásico la *actio empti* no habría dado lugar a la indemnización de perjuicios del comprador. Estas cuestiones de autoría de la doctrina y las posibles diferencias entre Juliano y Africano no son aclaradas por Betti, pudiendo ser lícito pensar que el romanista italiano adjudicaba la paternidad de casi todo el pasaje a Africano.

⁶⁴ TALAMANCA, Mario, *Considerazioni sul “periculum rei venditae”*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (1995), VII, p. 273, plantea que la causa de este defectuoso enfoque terminológico puede deberse a la dispersión tópica del texto. Véase TALAMANCA, Mario, s.v. “Vendita (diritto romano)”, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1993), p. 456.

⁶⁵ TALAMANCA, *Considerazioni*, cit. (n. 64), p. 271.

el problema en términos de responsabilidad contractual (en sentido estricto) y resolviéndolo, en cambio, apelando al *periculum venditoris*⁶⁶.

En las antípodas de la doctrina defendida por Haymann, Betti y Talamanca, se encuentran Seckel y Levy⁶⁷, para quienes en el fragmento pueden advertirse dos doctrinas: por una parte, la de Juliano, cuya decisión hacía responder al vendedor frente al comprador por el interés que éste tenía en el cumplimiento del contrato (arg. “*si quid pluris non intersit eum vacuum mihi tradi*”), todo lo cual vendría a estar en congruencia con lo que Juliano ya había decidido respecto al caso del arrendamiento; por otra parte, la decisión de Africano, que sólo permite reclamar del vendedor el reembolso del precio recibido, vendría a llamar la atención sobre el problema del riesgo que allí se planteaba. La decisión de Africano consiste en colocar el riesgo a cargo del vendedor. Los autores justifican esta decisión en el hecho de que tanto vendedor como comprador se encuentran en el momento *priusquam vacuum fundus traderetur*⁶⁸. Para explicar esta decisión de Africano se basan en la siguiente argumentación: el vendedor ha de soportar el riesgo porque la compra no estaba aún perfecta, toda vez que la *vacua possessio* venía a representar en definitiva un impedimento para su perfección⁶⁹. Según Seckel y Levy, en tanto el vendedor no puede ofrecer al comprador un posicionamiento inatacable respecto a la cosa vendida, el comprador no sólo estará obligado a pagar el precio, sino que estará legitimado activamente a la *actio empti*. Antes de la “Traditionsreife” no se puede exigir al comprador que tome la iniciativa para recibir el fundo, ya que, de hacerlo, justificaría la aplicación de la regla *periculum emptoris*; en otras palabras, el comprador sólo debe tomar posesión de la cosa cuando ésta está *vacua*; por el contrario, si, a sabiendas de no estarlo aún, adquiere la posesión de la cosa,

⁶⁶ TALAMANCA, *Considerazioni*, cit. (n. 64), pp. 271 ss.

⁶⁷ SECKEL - LEVY, *Gefährtragung*, (n. 4) cit., pp. 223 ss.

⁶⁸ SECKEL - LEVY, *Gefährtragung*, cit. (n. 4), p. 225 s.

⁶⁹ SECKEL - LEVY, *Gefährtragung*, cit. (n. 4), p. 226 ss. Esta explicación se basa en la consideración del tecnicismo que envuelve a la expresión *vacua possessio*, la cual se encuentra en pasajes como D.18.1.18.1, en que se pone de relieve la analogía entre un *responsum* sobre *vacua possessio* de Alfenio y la decisión de Pomponio sobre el caso de un esclavo que demarca más de lo que el dueño pretendía vender; en D. 8, 1, 20, Labeón sostiene, respecto de cualquier servidumbre predial, aunque preferentemente de la servidumbre de camino, que si el vendedor no garantiza que por ningún medio impedirá su uso, no sería posible entregar la *vacua possessio* de la servidumbre, agregando que la entrega del uso equivale a la entrega de la posesión. De estos textos los autores germánicos concluyen que el vendedor no sólo debe permitir el acceso al fundo, sino que debe impedir cualquier otra circunstancia que impida la posesión del comprador. En mi opinión, todos estos casos, así como otros citados por los autores, no dan pie para pensar que la *vacua possessio* sea un elemento del cual dependa la mentada perfección de la compraventa. Por el contrario, ella viene muy relacionada con el cumplimiento de las obligaciones del vendedor. Es más, si dentro del esquema de la perfección de la compra, en este caso aún no hay perfección y, por tanto, obligaciones ¿habrá que decir que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigir el comprador, en relación con la carencia de *vacua possessio*, son meramente precontractuales? La entrega de la *vacua possessio* no representa más que el cumplimiento de una de las obligaciones que vinculan al vendedor en virtud de la “perfección” de la compraventa; en otras palabras, se trata de la ejecución de uno de los efectos de un contrato que ya está en marcha y que, por lo mismo, produce todos sus efectos normales.

entonces deberá soportar el riesgo⁷⁰. Este razonamiento les hace concluir que la compraventa del pasaje de Africano no estaba aún perfeccionada⁷¹.

Kaser se muestra de acuerdo con lo postulado por Seckel y Levy. En su estudio de 1957⁷², aunque no dedica un análisis especial en el caso de la compraventa de D. 19, 2, 33, sintetiza su conformidad admitiendo que en dicho caso no se había transmitido aún el riesgo, dado que el fundo había sido *publicatus priusquam vacuus traderetur*⁷³. Su análisis se centra después en otras cuestiones, como lo demuestra el hecho de su preocupación por establecer una completa congruencia entre el pensamiento de Africano y el de su maestro, es decir, en cuanto a que la condena debía ser a la restitución del precio y no a indemnización⁷⁴. El romanista austríaco volverá a confirmar esta interpretación posteriormente, en su obra de síntesis de 1971⁷⁵.

Benöhr⁷⁶ y Wacke⁷⁷ manifiestan su adhesión a la propuesta de Seckel y Levy. Wacke dedica algunas líneas al problema, poniéndolo en relación con D. 21, 2, 11 pr.: si en D. 19, 2, 33 no se puede considerar perfecta la compraventa por no haber tradición, lo que ocurre en D. 21, 2, 11 pr. es precisamente lo contrario; es decir, ésta ya ha tenido lugar, por lo que el comprador es obligado a soportar el riesgo y a pagar el saldo de precio al vendedor⁷⁸. Últimamente, Zimmermann, en su conocida obra de conjunto⁷⁹, ha adherido a esta interpretación.

Finalmente debo referirme a una interpretación más reciente, que ha presentado las cosas de otro modo: el fragmento de Africano no tendría nada que hacer en la problemática del *periculum*. Ha sido Ankum quien ha postulado a esta nueva interpretativa. En su estudio de 1980⁸⁰ divide en forma tajante los pareceres de Juliano y Africano. Según Ankum, Juliano mediante la fórmula *teneris ex empto* habría aceptado la condena al vendedor por el *id quod interest* a favor del comprador⁸¹. Desecha tanto la tesis de Haymann y Betti, como a las de Kaser y Wacke, calificando a éstas últimas de “erfundene Theorie, die auf nichts basiert”, que resulta útil para este solo fragmento, así como para colocarlo en armonía con el principio del *periculum emptoris*. A juicio del romanista holandés, lo único que

⁷⁰ SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung* (n. 4), cit., p. 233.

⁷¹ SECKEL - LEVY, *Gefahrtragung* (n. 4), cit., p. 229.

⁷² KASER, *Periculum locatoris*, cit. (n. 35), pp. 155-200.

⁷³ KASER, *Periculum locatoris*, cit. (n. 35), p. 180.

⁷⁴ KASER, *Periculum locatoris*, cit. (n. 35), p. 181.

⁷⁵ KASER, *Römisches Privatrecht* (2ª ed., München, Beck, 1971), I, p. 507, afirma que el riesgo en este caso no ha pasado al comprador, puesto que al estar la cosa en poder de otro, la compra no ha podido perfeccionarse. En p. 556 n. 31 define a esta situación como una “zufälligen Unmöglichwerden der Warenleistung vor Gefahrübergang”.

⁷⁶ BENÖHR, Hans-Peter, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts* (Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1965), p. 87.

⁷⁷ WACKE, *D.19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julians*, cit. (n. 15), pp. 484 ss.

⁷⁸ Esta relación había sido ya intuida por KASER, *Römisches Privatrecht*, cit. (n. 75), p. 461.

⁷⁹ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Clarendon, 1996), p. 288.

⁸⁰ ANKUM, *Afr. Dig. 19,2,33: Haftung und Gefahr*, cit. (n. 16), pp. 163 s.

⁸¹ ANKUM, *Afr. Dig. 19,2,33: Haftung und Gefahr*, cit. (n. 16), p. 163.

ocurre es que el dueño del fundo se ve en la necesidad de vender el fundo a un funcionario imperial, dado que, *de facto*, es sometido a presiones de las cuales no puede escapar. Luego, su obligación de restituir el precio recibido aparece como un remedio lógico⁸².

Por su parte, Molnár ha vuelto también sobre el tema en esta línea interpretativa en dos artículos⁸³. El pensamiento de este autor puede sintetizarse como sigue: el texto no guarda relación con el problema del riesgo, ya que para que éste exista es necesario que se verifique una pérdida o daño⁸⁴. Tal pérdida o daño no se ha verificado aquí, puesto que ha habido indemnización, la cual ha sido pagada al vendedor: luego, sería contrario a la buena fe que éste, a más de la indemnización retuviese el precio; ello justifica que se le obligue a devolverlo. En cuanto a la expresión *vacuam possessionem tradere*, sostiene que tal cuestión no se encuentra vinculada al problema del riesgo, sino que ella sólo se refiere a la obligación del vendedor nacida a contar de la conclusión del contrato, la cual depende de muchas circunstancias. De este modo se distinguen con claridad la transmisión del riesgo y de la propiedad, momentos éstos que sólo vienen a coincidir cuando las adquisiciones de la propiedad tienen lugar simultáneamente con la perfección de la compra⁸⁵.

Las ideas de Ankum y Molnár ya habían sido adelantadas, a propósito fundamentalmente del arrendamiento por Provera⁸⁶, quien, siguiendo a Mayer-Maly⁸⁷ y contra Kaser, concluye que el problema habría sido resuelto en términos de responsabilidad y no de riesgo. Para Provera es evidente que, según el tenor del texto, la responsabilidad, tanto del *locator* como del *venditor*, sobreviven al acacimimiento de la *publicatio* (arg. “*teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*”). De ello deduce que el vendedor sigue estando obligado, ya que lejos de liberarlo de la obligación de efectuar la *traditio*, la *publicatio* viene a ser causa de esta responsabilidad, sancionándola con la *actio empti*⁸⁸. Aunque se muestra escéptico en relación con la hipótesis de una indemnización a cambio de la expropiación, Provera admite con cierta timidez que si con ello se deroga el principio *periculum emptoris*, entonces deberá admitirse que el comprador no podía recibir, a la vez, indemnización y precio; aún así, se niega a admitir que con ello se pueda probar

⁸² ANKUM, *Afr. Dig. 19,2,33: Haftung und Gefahr*, cit. (n. 16), p. 176 s. En mi opinión, se trata de una postura criticable, ya que si había una compraventa concluida y, por tanto, un incumplimiento contractual, lo lógico hubiera sido dar lugar a la indemnización de perjuicios; sólo las características peculiares de la *emptio ab invito* habrían persuadido a Africano para aliviar la condena.

⁸³ MOLNÁR, “*Periculum emptoris*” *im römischen Recht der klassischen Periode*, en *Sodalitas. Scritti in onore de Antonio Guarino* (Napoli, Jovene, 1984), v, p. 2.253; ID., *Die Frage der Gefahrtragung*, cit. (n. 53), p. 26 ss.

⁸⁴ MOLNÁR, “*Periculum emptoris*”, cit. (n. 83), p.2253; ID., *Die Frage der Gefahrtragung*, cit. (n. 53) p. 26.

⁸⁵ MOLNÁR, *Die Frage der Gefahrtragung*, cit. (n. 53), p. 27.

⁸⁶ PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale*, cit. (n. 33), p. 704.

⁸⁷ MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit. (n. 2), pp. 163 ss.

⁸⁸ PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale*, cit. (n. 33), p. 706.

alguna vigencia para la regla *periculum venditoris*⁸⁹.

La exégesis de Cannata⁹⁰, por su parte, tiende a eliminar las fronteras del problema de la responsabilidad y del riesgo. A su juicio, Africano aplica una norma de riesgo, en cuanto su solución se expresa en la devolución del precio; riesgo que, a su turno, no es el *emptoris*, sino el riesgo implícito en la regla del sinalagma condicional. Con ello, esta regla es a la vez, criterio de responsabilidad (que elimina la aplicabilidad del principio de que no hay responsabilidad por fuerza mayor) a la vez que de riesgo, porque se limita a la devolución del precio.

También Letizia Vacca ha querido solventar la línea interpretativa de la que venimos hablando⁹¹, si bien es consciente de que existe una larga tradición que este texto como un caso de atribución de riesgo. Postula, sin embargo, que esta no es la óptica en la que se mueve Africano, sino la de la responsabilidad. En otras palabras, la perspectiva de Africano es en todo momento la de la responsabilidad, y dentro de este plano, el problema se plantea dentro de los términos de la condena: si sólo por el precio recibido o por el *id quod interest*⁹².

En definitiva, para Vacca, si se hace la distinción entre los casos en que la condena equivale a la devolución del precio y los casos en los que equivale a la indemnización del *id quod interest*, es porque el deudor sólo es obligado a restablecer el equilibrio de las prestaciones. No habría, por tanto, en Africano distinción conceptual entre atribución del riesgo y responsabilidad, como tampoco entre una acción para la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida y otra por la responsabilidad derivada del incumplimiento. Sólo existiría una especificación de los criterios a utilizar para la determinación del *“quidquid facere praestare oportet ex fide bono”*, “differenzando la *aestimatio* del danno in rapporto alla circostanza che ha determinato l’inadempimento nei diversi casi”⁹³. Con ello, la autora reenvía todo el problema al sinalagma funcional del contrato y la consiguiente interdependencia de las obligaciones. Así, la imposibilidad de una de las prestaciones no extinguiría la obligación del deudor, aunque aquello no le sea imputable; sólo que en este caso la consecuencia pecuniaria se mide según el deudor haya podido evitar la imposibilidad, de acuerdo con la conducta exigible, según el tipo de obligación.

⁸⁹ PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale*, cit. (n. 33), pp. 707 s.

⁹⁰ CANNATA, Carlo Augusto, *Sul problema della responsabilità nel diritto romano*, en: *IVRA* 43 (1992), p. 73 ss.

⁹¹ VACCA, *Ancora sulla estensione*, cit. (n. 53), pp. 35 ss.

⁹² VACCA, *Ancora sulla estensione*, cit. (n. 53), pp. 49 s. Creo en este caso necesario conveniente hacer notar que la autora, si bien en otra sede (*Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso de evizione secondo la giurisprudenza tardo classica*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* [1995], VII, pp. 297 ss.) afirma, amparada en fundadas razones, que fue Juliano el jurista que estableció la doctrina según la cual el incumplimiento de las obligaciones del vendedor por causas que no dependen de él, sólo es sancionado con la restitución del precio y no con el resarcimiento del *id quod interest*. Desde el punto de vista de Juliano (D. 19, 1, 13) en el caso de la *publicatio* el vendedor estaría de buena fe, ya que el vendedor desconocía el futuro acaecimiento de esta circunstancia. Por ello, para este caso, la solución de Juliano no podría haber sido otra que condenarlo a la restitución del precio.

⁹³ VACCA, *Ancora sulla estensione*, cit. (n. 53), p. 51.

En mi opinión, si nos atenemos al tenor literal del pasaje, vemos que Africano no toma muchos puntos en consideración. El más importante es la aclaración de que la *publicatio* tiene lugar antes de que el fundo sea entregado: “*isque priusquam vacuus [traderetur] <mancipatur> publicatus fuerit*”⁹⁴. Si bien la expresión *vacuus* tiene un sentido técnico en el derecho patrimonial romano, que alude a las obligaciones del vendedor nacidas a raíz del contrato de compraventa, su inclusión en esta parte del fragmento no debiera haber producido más consecuencias dogmáticas que las que eran de esperar, es decir, la de ver en ella la imposibilidad del incumplimiento de una de la más importante de las obligaciones del vendedor⁹⁵. Sin embargo, hemos visto cómo la mención a la *vacua possessio* ha dado pie a que los fautores de la vigencia sin contrapesos de la regla *periculum est emptoris* hayan admitido una excepción a la doctrina del momento de la perfección de la compra. Así, si de acuerdo a la doctrina expresada por Paulo D. 18, 6, 8 pr., la compra se perfecciona en virtud de la triple determinación de *quid, quale et quantum*, este pasaje serviría para estimar que una importante excepción a dicha regla se encuentra en el contrato de compraventa, cuando la propiedad a ser transferida debe estar *vacua*; de no ser así, la compra no estaría perfecta.

Me parece que no puede hablarse de ninguna excepción a la doctrina de la perfección de la compra, toda vez que ni el fragmento da lugar a ello ni en las fuentes es posible encontrar ningún testimonio que confirme tal conjetura⁹⁶; por el contrario, creo que hay testimonios en las fuentes en que con claridad, a pesar de no haber *vacua possessio*, ella se distingue nítidamente del problema del riesgo: D. 43, 24, 11, 12 (Ulp., 71 ed.): “*Ego, si post in diem additionem factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est precarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat: ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit, nec multum facit, quod res emptoris periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam nulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. si tamen precario sit in possessione, videamus, ne, quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, iam interdicto uti possit. ergo et si conduxit, multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit. plane si postea, quam melior condicio allata est, aliquid operis vi aut clam factum sit, nec Iulianus dubitaret interdictum venditori competere: nam inter Cassium et Iulianum de illo, quod medio tempore accidit, quaestio est, non de eo opere, quod postea contigit*”.

Hay varios elementos que deben ser separados en el análisis de este fragmento. De momento, la remisión al riesgo es poca y casi se reduce a la enunciación de la regla *periculum est emptoris*; como se ve, el caso trata de la legitimación activa al interdicto *quod vi aut clam* en un caso en que un comprador ha subastado un

⁹⁴ Me parece de rigor la sospecha de interpolación de [*traderetur*] en lugar de *<mancipatur>*, ya que nada hace pensar que el fundo no sea itálico, por lo que, al tiempo de Africano, la transferencia de su dominio se hacía a través de la *mancipatio* y no de la *tradio*.

⁹⁵ En este sentido, véase MOLNÁR, *Die Frage der Gefahrtragung*, cit. (n. 53), p. 27.

⁹⁶ MOLNÁR, *Die Frage der Gefahrtragung* (n. 53), cit., p. 26, califica esta teoría como imposible de ser sostenida.

fundo, pero anterior o contemporáneamente con dicha compra se ha constituido un precario sobre el mismo fundo, de modo que no puede entrar en posesión del mismo. Aunque el jurista no lo expresa, es obvio que en este caso el vendedor no puede entregar la *vacua possessio* del fundo vendido. Ulpiano, ante la duda de si el legitimado al interdicto es el vendedor o el comprador, decide que lo es el vendedor y a propósito de esto, descarta un razonamiento relativo al riesgo de la cosa: “*ei enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit, nec multum facit, quod res emptoris periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam nulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere*”. Es decir, que el riesgo de la cosa haya pasado al comprador desde el momento que se contrae la compra, nada tiene que hacer al respecto, porque a juicio del jurista lo que es determinante para decidir acerca de la legitimación al interdicto no es otra cosa que la tradición; en tanto que lo decisivo para la atribución del riesgo al comprador es que la compra se haya contraído. Es claro que para Ulpiano la transmisión del riesgo al comprador no se confunde con el momento de la tradición, sino con uno anterior, perfectamente distinguible. Ello permite contemplar la debilidad del argumento de Seckel y Levy, puesto que entonces estaríamos ante una contradicción en los términos: la falta de *vacua possessio* debería interpretarse en Africano como un impedimento a la perfección de la compra, mientras que en Ulpiano, la compra no sólo se ha perfeccionado, sino que el riesgo ha pasado ya al comprador.

Es verdad que en Africano es posible encontrar una específica remisión al problema de la perfección de la compraventa, en D. 46, 3, 39: “*Si, soluturus pecuniam tibi, iussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore Mela libro decimo scribit. quod verum est, cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit, quo minus in continenti probaretur: nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles. in qua specie non utique semper tuum periculum erit: quid enim, si inopportuno tempore vel loco optulerim? his consequens esse puto, ut etiam, si et emptor nummos et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emptoris periculo sint (utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit) et nihilo minus merx quoque, quia emptio perfecta sit*”.

Sin embargo, si, por una parte, observamos las circunstancias en las cuales aparece la mención a la perfección y, por otra, reparamos en las críticas que al texto se han hecho⁹⁷. es razonable manejarse con cautela en la interpretación de este pasaje. En concreto, lo que se observa es que Africano decididamente introduce matices en la decisión de Mela, que atribuía todo el riesgo al acreedor⁹⁸. Por lo

⁹⁷ TALAMANCA, *Considerazioni*, cit. (n. 64), p. 274 ss. conjetura que el pasaje pueda estar abreviado, así como también le resulta dudoso el período *in qua specie-optulerim*.

⁹⁸ Creo conveniente, en esta parte, poner de relieve que nada indica que el texto de Mela haya estado relacionado con la compraventa. Más aún, hasta antes del período *his consequens –perfecta sit* el texto se interpreta mejor desde la perspectiva de los préstamos. A partir de *his consequens* –y de ser genuino el pasaje– lo que Africano viene a hacer es una interpretación extensiva hacia las reglas de la compraventa. En efecto, el texto viene a decir más o menos esto: si se debe una cantidad de dinero y el deudor ofrece pagar por medio de un intermediario,

pronto, puede ser un testimonio acerca de la valoración de Africano de la doctrina relativa a la perfección de la compra; sin embargo, que ello sea así, no confiere un apoyo seguro a la idea de que Africano pudo identificar como un obstáculo a la perfección de la compraventa la ausencia de *vacua possessio*; más aún, si la entrega de ésta es —como pienso— sólo un problema relacionado con el cumplimiento de las obligaciones del vendedor, el texto de D. 46, 3, 39, no viene a entregar ningún dato en contra de tal convicción. Por ello, me parece que argumentar que en el pensamiento de Africano no sólo ha cuajado la doctrina de la perfección de la compra, sino que a su autoría debemos la explicitación de una excepción a ella, no es otra cosa que alejarse del tenor de los textos, con el objeto de hacerles decir, precisamente, aquello que no dicen. No se puede ver en el *responsum* de Africano más que lo que hay: un supuesto de hecho, como es que el fundo no había sido todavía entregado cuando fue *publicatus* y una consecuencia jurídica, como es la de que se concede al comprador la *actio empti* con el objeto de reclamar del vendedor el reembolso de lo pagado como precio por el fundo. Creo que el análisis bien puede seguir otro camino. El pasaje de D. 46, 3, 39 es útil como testimonio de la búsqueda de *rationes decidendi*, por parte de Africano, en las soluciones de otros juristas ante casos similares. Si se ha asilado en la doctrina de su maestro Juliano, o de otro jurista, es algo difícil de afirmar con rotundidad. Es conjeturable que Africano haya decidido, en este caso ir a contracorriente: lo que explicaría Africano afirme que concede la *actio empti*, pero no para indemnizar al comprador su interés en que se llevase a cabo la *traditio* de la cosa (arg. “*ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*”), podría encontrarse en el hecho de que en su época jurisprudencia haya hecho responder al vendedor por la indemnización del *id quod interest*. También es probable que aquellos otros *responsa* no distinguieran suficientemente entre las conductas culposas de aquellas que no lo eran. Nuevamente, se impone la mirada a D. 46, 3, 39, en que Africano introduce consideraciones relativas a la conducta del acreedor antes de proceder a asignar el riesgo. Similar cuestión habría ocurrido en el caso de la *publicatio* del fundo vendido, en el cual es importante para Africano establecer

para establecer a riesgo de quien queda el dinero, se debe atender a la conducta del deudor: si ha dependido de éste no aceptar inmediatamente, el riesgo es suyo; pero, en cambio, si por lo inoportuna de la oferta de pago no ha podido el acreedor aceptar inmediatamente, entonces el dinero queda a riesgo del deudor. A continuación, decide aplicar “consecuentemente” estas reglas al precio de la compraventa pagado por intermediario, pero la consecuencia no es tal, ya que, bastándole el hecho de poder el comprador elegir el depositario, decide que el riesgo del dinero es suyo y, a renglón seguido, le hace soportar el riesgo de la mercancía, aunque ahora la justificación sea que la compraventa había quedado perfecta. Me parece que existe un salto lógico que no puede ser pasado por alto: Africano intenta aplicar reglas relativas a préstamos a las hipótesis en que el pago del objeto comprado se hace a través de intermediario, reglas que vienen a ser menos penalizantes con el acreedor, si se las compara con las de Mela. Si resulta lógico que, coherente con los matices que introduce a la opinión de Mela, diga Africano que el riesgo del dinero pertenecerá al comprador cuando haya podido elegir al depositario, lo lógico es colegir que si no lo ha podido elegir, entonces el riesgo será del vendedor. Y es aquí donde se produce el salto lógico, pues en lugar de extraer el corolario a que hemos hecho mención, agrega que entonces quedarán a riesgo del comprador dos objetos: la mercancía y el dinero.

que no ha existido una conducta culposa de parte del *venditor* que pudiese dar lugar al acaecimiento de los hechos (arg. "*quamvis per te non stet*"). Si esta conjetura es correcta, entonces cabe afirmar que Africano, al mismo tiempo que introduce una matización acerca de la inimputabilidad del *venditor* sobre el problema de la *publicatio*, orienta el problema exclusivamente hacia la cuestión del precio pagado por el fundo, excluyendo de la esfera de intereses comprometidos el interés del *emptor* en obtener la posesión del fundo. Con ello, lo que en mi opinión hace Africano es enfocar el problema ya no desde el punto de vista de la responsabilidad contractual en sentido estricto, sino desde la perspectiva de la atribución del riesgo, concediendo la *actio empti* como la acción adecuada para el ejercicio de la pretensión de quien no ha de soportar el riesgo. Si esta conjetura es correcta, entonces podría verse en el pasaje de Africano un importante testimonio que, cuando menos, haría dudar de la vigencia sin fisuras de la regla *periculum emptoris* en el seno de la jurisprudencia clásica, o cuando menos, matizaría la pretensión de haberse convertido ésta en *ius constitutum*.

[Recibido el 17 de enero y aprobado el 21 de marzo de 2007].