

La vigencia del modelo continental de riesgos: *periculum est emptoris*, eficiencia económica y ecosistema digital

Adolfo A. Díaz Bautista Cremades (Universidad de Murcia).

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9234-6302>.

adiaz-bautista@um.es.

Sumario

—
1. *Introducción: principios en tensión y función económica del riesgo.* 2. *Emptio perfecta, custodia y mora creditoris.* 3. *Matriz dogmática: correlación de ventajas y esferas de control.* 4. *Recepción y fractura histórica: del ius commune a la codificación.* 5. *¿Una excepción al riesgo? La cláusula rebus sic stantibus.* 6. *Dos modelos en pugna y ecos latinoamericanos.* 7. *El laboratorio latinoamericano: tres modelos de recepción.* 8. *Derecho uniforme contemporáneo y ecosistema digital: CISG e Incoterms 2020.* 9. *Conclusiones.*

RESUMEN

Este artículo revisa críticamente la aparente contradicción entre el principio general *res perit domino* y la regla específica de la compraventa *periculum est emptoris*. Se sostiene que, en el sistema romano clásico, la transmisión del riesgo al comprador tras la *emptio perfecta* no constituye una anomalía ni una injusticia, sino la consecuencia funcional y lógica de dos mecanismos dogmáticos: la responsabilidad objetiva por custodia del vendedor frente a los riesgos ordinarios y la presunción de *mora creditoris* del comprador una vez que la cosa ha sido individualizada y puesta a su disposición.

El proceso codificador moderno fracturó esta lógica unitaria: el modelo francés vinculó el riesgo a la propiedad mediante el principio del consensualismo (art. 1583 Code civil), mientras que el BGB alemán optó por vincularlo a la entrega material (§ 446 BGB). Sin embargo, en el comercio internacional contemporáneo, instrumentos como la Convención de Viena (CISG, arts. 66–69) y los Incoterms 2020 han validado la solución funcional romana, demostrando que la eficiencia exige que el riesgo siga al control material y a la disponibilidad de las mercancías. Se concluye que la «paradoja» desaparece al disociar el riesgo del dominio abstracto y anclarlo a las esferas de control y a la necesaria cooperación de la parte compradora en la diligente recepción de la mercancía.

The Validity of the Continental Risk Model: Periculum Est Emptoris, Economic Efficiency, and the Digital Ecosystem

Abstract

—
This article critically reviews the apparent contradiction between the general principle res perit domino and the specific rule of purchase and sale periculum est emptoris. It is argued that, in the classical Roman system, the transfer of risk to the buyer after the emptio perfecta does not constitute an anomaly or an injustice, but the functional and logical consequence of two dogmatic mechanisms: the seller's strict liability for custody against ordinary risks and the buyer's presumption of mora creditoris once the thing has been individualized and made available to him. The modern codification process fractured this unitary logic: the French model linked risk

to property by means of the principle of only consensus (art. 1583 Civil Code), while the German BGB chose to link it to material delivery (§ 446 BGB). However, in contemporary international trade, instruments such as the Vienna Convention (CISG, arts. 66–69) and the Incoterms 2020 have validated the functional Roman solution, demonstrating that efficiency requires that the risk follows material control and availability of the goods. It is concluded that the «paradox» disappears by dissociating risk from abstract ownership and anchoring it to spheres of control and the necessary buyer's cooperation in taking delivery.

Palabras clave: Periculum est emptoris, Res perit domino, International Sale, Incoterms, Custody, mora creditoris.

1. Introducción: Principios en tensión y función económica del riesgo

En la vasta arquitectura de la teoría general de las obligaciones, pocos axiomas parecen gozar de una aceptación tan universal y pacífica como el principio *res perit domino*. Esta máxima postula una lógica económica elemental: la destrucción fortuita de un bien debe ser soportada por quien ostenta su titularidad, pues es el propietario quien percibe sus utilidades y quien tiene la potestad última de disposición.

Sin embargo, al descender al terreno específico de la *emptio venditio*, la tradición jurídica occidental nos confronta con una solución que parece desafiar este sentido de la equidad. Nos referimos a la regla *periculum est emptoris*, según la cual el riesgo de pérdida por fuerza mayor se traslada al comprador desde el momento de la perfección técnica de la venta (*emptio perfecta*), incluso antes de que se produzca la entrega (*traditio*) y, por tanto, antes de que el comprador adquiera el dominio en los sistemas de título y modo.

La literatura civilista moderna ha tendido a calificar esta disociación como una «paradoja» o una asimetría injustificable en el sinalagma contractual. Nuestra tesis es que dicha crítica nace de una lectura descontextualizada del mecanismo operativo romano. La regla no operaba en el vacío, sino que la perfección de la venta activaba una presunción de mora del acreedor que trasladaba al comprador únicamente los riesgos catastróficos (*vis maior*), manteniendo al vendedor bajo una responsabilidad estricta de custodia por los riesgos ordinarios mientras la cosa permaneciera en su esfera de control¹.

La historia del Derecho privado demuestra que la modernidad, tras las oscilaciones del giro francés (*solo consensu*) y la reacción alemana de la entrega, retorna hoy en el Derecho uniforme (CISG y Incoterms) a la lógica del control material y de la puesta a disposición, reivindicando así la racionalidad funcional de los juristas clásicos².

2. Emptio perfecta, custodia y mora creditoris

Para comprender la racionalidad interna del sistema romano, es imperativo analizar los tres pilares que sostenían su distribución de riesgos, despojándonos de los prejuicios conceptuales del consensualismo moderno.

2.1 Emptio perfecta: Requisitos y momento crítico

Para el Digesto, el riesgo no se determina por la mera celebración del contrato (*contractus initus*), sino por su perfección técnica. Paulo establece que la *emptio perfecta* requiere la concurrencia de tres elementos: la identidad plena de la cosa (*quid, quale*), la determinación del precio (*quantum*) y que la venta sea pura, es decir, no sujeta a condición suspensiva.

D. 18.6.8

Paulus libro 33 ad edictum

¹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 287; ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1971, p. 45.

² HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed. Kluwer Law International, La Haya, 1999, 408; International Chamber of Commerce, Incoterms 2020: ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms, ICC Publication N.º. 723E, ICC Services, París, 2019, 23.

pr. 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. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptio in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

1. Si ita venierit: «est ille servus emptus, sive navis ex asia venerit sive non venerit», Iulianus putat statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam.

2. Cum usum fructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usum fructum mihi vendas: nam priore casu etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debet, heredi autem meo debetur, si tu vivis: posteriore casu heredi meo nihil debetur, heres tuus debet³.

Esta distinción es capital en las ventas de géneros (*genus*). En el comercio de vino, aceite o trigo, la venta no se considera perfecta hasta que se produce la individualización mediante el acto de pesar, contar o medir (*admensio*). Hasta ese momento, rige el principio *genus numquam perit*: el género nunca perece, y cualquier pérdida sufrida en los almacenes del vendedor corre de su cuenta exclusiva. Este diseño evita trasladar al comprador riesgos genéricos sobre mercancías que aún permanecen indiferenciadas en la esfera del vendedor⁴.

³ pr. Es necesario saber cuándo es perfecta la compra, pues entonces sabremos de quién es el riesgo; porque, perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador. Y si consta qué es lo que se vendió, de qué calidad y cuánto (quid, quale, quantum), y hay precio, y se vendió puramente [sin condición], la compra es perfecta.

Pero si la cosa se vendió bajo condición y la condición fallare, la compra es nula, tal como sucede con la estipulación. Pero si la condición se cumple, Próculo y Octaviano dicen que el riesgo es del comprador; y lo mismo aprueba Pomponio en su libro noveno.

Por lo cual, si pendiente la condición muriesen el comprador o el vendedor, consta que, si la condición se cumple, también los herederos quedan obligados como si la compra se hubiera contraído ya en el pasado [con efectos retroactivos].

Pero si la cosa fue entregada (tradita) estando pendiente la condición, el comprador no podrá usucapirla pro emptore (en calidad de comprador).

Y lo que se pagó del precio se repetirá [podrá reclamarse], y los frutos del tiempo intermedio son del vendedor (del mismo modo que se extinguen las estipulaciones y los legados condicionales) si, pendiente la condición, la cosa se hubiere extinguido. Ciertamente, si la cosa existe, aunque deteriorada, puede decirse que el daño es del comprador.

1. Si se hubiera vendido de esta forma: «queda comprado este esclavo, tanto si llega la nave de Asia como si no llega», Juliano opina que la venta es perfecta inmediatamente, puesto que es cierto que se ha contraído.

2. Cuando me vendes un usufructo, importa saber si me vendes el derecho de usar y disfrutar que solo te pertenece a ti, o si me vendes el usufructo sobre la cosa misma (in ipsum corpus) que es tuya. Porque en el primer caso, aunque mueras inmediatamente, tu heredero no me deberá nada, pero se deberá a mi heredero si tú vives; en el segundo caso, nada se deberá a mi heredero, [pero] tu heredero deberá [cumplir la obligación].

⁴ TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, Madrid, 2003, p. 385. La perfecta comprensión de esta aparente contradicción requiere examinar cómo el Derecho romano reguló la compraventa como contrato fundamentalmente consensual. Como ha demostrado magistralmente ARANGIO—RUIZ en su exhaustivo análisis del régimen de la compraventa, la transmisión del riesgo no respondía al capricho de los juristas romanos sino a principios sistémicos

La aceptación de la regla *periculum est emptoris* como genuinamente clásica no ha sido pacífica en la historia de la romanística. Durante la primera mitad del siglo XX, la escuela crítica o interpolacionista, liderada por autores como Beseler y Hayek, lanzó un ataque frontal contra la autenticidad de los textos del Digesto que contenían esta regla. Su tesis se basaba en una premisa moralista: un jurista clásico, formado en la *bona fides*, jamás habría validado una solución tan «injusta» como que el comprador pagara por lo que no recibe. Según esta corriente, los textos originales de Paulo y Ulpiano habrían dicho *periculum est venditoris* (el riesgo es del vendedor), pero fueron interpolados por los compiladores bizantinos de Justiniano para simplificar el sistema⁵.

Sin embargo, esta tesis ha sido refutada contundentemente por la romanística moderna⁶. El análisis filológico demuestra que la estructura de la *emptio perfecta* es demasiado compleja para ser un invento bizantino. Además, existen textos en las *Res Cottidianae* atribuidas a Gayo⁷ y en las *regulae* de Ulpiano⁸ (fuentes pre—justinianeas) que confirman que el riesgo del comprador era la norma vigente en el siglo II d.C. La supuesta «inmoralidad» de la regla desaparece cuando se comprende que, en la economía romana, el comprador adquiriría una expectativa de valor inmediata. Como señala D'ORS, la compraventa no era vista solo como un intercambio de cosas, sino como una operación de asignación de riesgos y venturas: el comprador «compra» el estado actual de la cosa con todas sus potencialidades, positivas (*commoda*) y negativas (*periculum*)⁹.

Un análisis detallado del fragmento de Paulo (D. 18.6.8) revela la precisión quirúrgica de los juristas clásicos. Al exigir que la venta sea «pura» (*pure venit*), Paulo está protegiendo al comprador contra la incertidumbre. Si la venta se hace «a prueba» (*ad gustum*), como es habitual en el vino, los juristas discuten si es una condición suspensiva o resolutoria. Si es suspensiva, el riesgo no pasa hasta que el comprador prueba y aprueba (*degustatio*). Si el vino se agria (*mucor*) antes de la cata, el perjuicio es del vendedor. Esta casuística demuestra que el *periculum est emptoris* no era un dogma ciego, sino una regla dispositiva que las partes modulaban constantemente mediante pactos, respetando el equilibrio de intereses¹⁰.

2.2 El contrapeso: Responsabilidad por custodia del vendedor

El mayor error de la crítica tradicional es asumir que la regla del riesgo liberaba al vendedor de proteger la cosa. Al contrario, la regla *periculum est emptoris* no libera al vendedor de responsabilidad antes de la entrega, sino que convive con un régimen de responsabilidad agravada.

Al mantener la cosa bajo su control físico, el vendedor responde objetivamente por custodia. Esto implica que responde no solo por su dolo o culpa, sino también por el hurto (*furtum*) cometido por terceros, los daños ordinarios y los fallos de vigilancia. Solo se excluye la fuerza mayor irresistible (*vis maior*), como terremotos, naufragios o incendios

profundos que relacionaban la disponibilidad de la cosa con la naturaleza comercial del negocio. ARANGIO—RUIZ, *La compraventa in diritto romano*, I, Eugenio Jovene, Nápoles, 1956, p. 81.

⁵ BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. III, Mohr, Tübingen, 1913, p. 145.

⁶ Vid. KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, vol. I, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich, 1971, p. 512.

⁷ D. 18.6.16.

⁸ D.18.6.1pr.

⁹ D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., EUNSA, Pamplona, 2004, p. 568.

¹⁰ ZIMMERMANN, *Op. cit.*, p. 286.

no provocados. El sistema equilibra así los incentivos: quien posee el control efectivo (vendedor) debe cuidar la cosa; pero quien se beneficia de las plusvalías potenciales (*commoda*) debe asumir los riesgos catastróficos tras la perfección¹¹.

2.3. La presunción funcional de *mora creditoris*

El cierre del sistema lo aporta la figura de la mora. Una vez que la cosa está especificada, perfecta y puesta a disposición, el hecho de que no sea retirada de inmediato —o que permanezca en poder del vendedor por conveniencia del comprador— activa una presunción de mora del acreedor.

En tal estado, el deudor (vendedor) ve mitigada su responsabilidad. No sería equitativo que continuara actuando como «asegurador gratuito» frente a hechos irresistibles cuando ya ha cumplido su obligación de tener la mercancía lista para la entrega. La asignación del riesgo al comprador replica lo que habría ocurrido si este hubiese actuado con la máxima diligencia y retirado la cosa oportunamente: los efectos de la *vis maior* habrían impactado ya sobre su patrimonio¹².

2.4. La casuística jurisprudencial: Lechos, esclavos y ánforas

La abstracción de las reglas dogmáticas a menudo oculta la riqueza fáctica sobre la que trabajaban los juristas romanos. Un análisis de los casos concretos recogidos en el Título VI del Libro XVIII del Digesto (*De periculo et commodo rei venditae*) revela que la regla del riesgo no se aplicaba mecánicamente, sino atendiendo a las circunstancias de cada caso.

a) *El caso de las camas en la vía pública*

D.18.6.13

Paulus libro tertio epitomarum Alfeni digestorum

*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet*¹³.

D. 18.6.14

Iulianus libro tertio ad Urseium Ferozem

*Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret*¹⁴.

¹¹ GUZMÁN BRITO, «El riesgo en el contrato de compraventa y la responsabilidad del vendedor por la custodia de la cosa en el derecho romano clásico», *Roma e America. Diritto romano commune*, 1, 1996, pp. 55–90; KASER, *Das Römische Privatrecht*, vol. I, 2ª ed. C.H. Beck, Múnich, 1971, p. 512.

¹² ZIMMERMANN, *Op. cit.* p. 298.

¹³ El edil destrozó unos lechos comprados, que habían sido colocados en la vía pública: si hubieran sido entregados al comprador, o si de él hubiera dependido que no se entregaran (*aut per eum stetisset quo minus traderentur*), se establece que el riesgo es del comprador.

¹⁴ Y que él [el comprador] tendrá la acción de la Ley Aquilia contra el edil, si este no lo hubiera hecho conforme a Derecho; o, ciertamente, que se debe demandar al vendedor mediante la acción de compra (ex empto), para que este le ceda las acciones que hubiese tenido contra el edil.

Paulo y Alfenio Varo discuten un supuesto fascinante: un comprador adquiere unos lechos (*lectos*) y los deja en la vía pública tras convenir el precio. El edil (funcionario encargado del orden público), al verlos obstruyendo el paso, los destruye o rompe. ¿Quién soporta la pérdida? La solución de Paulo es sutil: si los lechos habían sido entregados (*traditi*) al comprador, o si el vendedor le instó a retirarlos y este no lo hizo, el riesgo es del comprador. Pero si no hubo entrega ni puesta a disposición efectiva, responde el vendedor. Aquí se aprecia cómo la «culpa» del comprador (dejar los muebles en la calle) o la del vendedor (no custodiarlos hasta la entrega) modula la regla general. No es una simple aplicación de fuerza mayor, sino un análisis de quién tenía el control de la situación¹⁵.

b) *El problema de la expropiación (Merx erepta)*

¿Qué ocurre si la cosa no perece física, sino jurídicamente? Paulo, Africano y Marciano¹⁶ analizan el caso del fundo o el esclavo que son expropiados por el Príncipe o confiscado. La regla general es que la pérdida jurídica equivale a la física y por tanto debe ser soportada por el comprador: *periculum est emptoris*. Si el Estado confisca la cosa vendida pero no entregada, el comprador debe el precio. Sin embargo, los juristas introducen un matiz de equidad: el vendedor debe ceder al comprador todas las acciones o indemnizaciones que reciba del Estado por la expropiación. Esto confirma que el fundamento no es el enriquecimiento del vendedor, sino la neutralidad patrimonial: el vendedor no debe ganar ni perder con el accidente¹⁷.

D. 21.2.11

Paulus libro sexto responsorum

*pr. Lucius Titius praedia in Germania trans Renum emit et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas: quaero, an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit. Paulus respondit futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse*¹⁸¹⁹.

c) *La Degustatio del vino (D. 18.6.1)*

¹⁵ DÍAZ—BAUTISTA CREMADES, «En torno al principio *periculum est emptoris*», *Jornadas romanísticas con ocasión de la jubilación del profesor José María Royo*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020, p. 95

¹⁶ cf. Africano, D. 19.2.33 [lib. 8 *quaest.*], respecto a la *publicatio* del fundo por fuerza mayor; y Marciano, D. 21.2.51 [lib. 4 *reg.*], sobre la exclusión de responsabilidad del vendedor si la cosa es quitada *per principem*.

¹⁷ REINHARD *Op. cit.*, p. 292.

¹⁸ Lucio Ticio compró unos predios en Germania, al otro lado del Rin, y entregó una parte del precio; al ser demandado el heredero del comprador por la cantidad restante, planteó la cuestión alegando que esas posesiones, por mandato imperial (*ex praecepto principali*), habían sido en parte vendidas y en parte asignadas a los veteranos como premio. Pregunto si el riesgo de este hecho puede pertenecer al vendedor. Paulo respondió que los casos de evicción sobrevenidos (*futuros casus evictionis*) después de contraída la compra no pertenecen al vendedor y, por tanto, según lo que se propone, puede reclamarse el precio de los predios

¹⁹ Esta regla, en cambio, será matizada por el Emperador Diocleciano en un rescripto de 286 dC, recogido en C.4.58.3, que recuerda la norma general de atribución al comprador de riesgos acaecidos con posterioridad a la compraventa, *sin autem venditor non vitiosum etiam in posterum fieri servum temere promiserit*, transformando así la garantía por vicios ocultos en un verdadero seguro contra vicios futuros. Vid. DÍAZ—BAUTISTA, ‘La responsabilidad por vicios ocultos en la compraventa de esclavos en la legislación de Diocleciano’ en Justo García Sánchez, *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. VII, BOE, Madrid, 2021, pp. 2473—2482.

Ulpiano dedica largos párrafos a la venta de vino. Si el vino se agria (*mucor*) o se avinagra, ¿quién pierde? Aquí la perfección del contrato se retrasa hasta la *degustatio* (cata). Hasta que el comprador no prueba y aprueba el vino, no hay venta perfecta y el riesgo sigue siendo del vendedor. Esto demuestra que la regla *periculum est emptoris* respetaba la naturaleza comercial de los bienes: en productos donde la calidad es subjetiva, el riesgo no se transfiere hasta la conformidad del comprador²⁰.

2.5. La derogabilidad del riesgo: *Pacta* y *Lex Commissoria*

Finalmente, no se puede entender la operatividad real del sistema romano sin aludir al carácter dispositivo de las normas sobre riesgos. A diferencia de lo que ocurre en ciertos sistemas modernos de protección al consumidor, en Roma las partes eran soberanas para alterar la distribución legal del *periculum*.

Las fuentes del Digesto están repletas de cláusulas que modificaban el esquema básico:

1. **Pactum de periculum praestando:** El vendedor podía asumir voluntariamente el riesgo de fuerza mayor (*custodia* y *periculum*) a cambio de un precio más alto. Esto convertía al vendedor en asegurador.
2. **Venta a prueba (*Pactum displicentiae*):** Si se pactaba que la venta solo sería firme si la cosa agradaba al comprador, el riesgo permanecía en el vendedor durante el periodo de prueba.
3. **Lex Commissoria:** En las ventas con pago aplazado, el vendedor se reservaba el derecho de resolver el contrato si no se pagaba el precio en fecha. Si la cosa perecía mientras tanto, ¿quién perdía? La jurisprudencia resolvió que, si la resolución era por culpa del comprador, este debía el precio aunque la cosa hubiese perecido, operando una suerte de perpetuación de la obligación.

El análisis de estos pactos revela que el *periculum est emptoris* funcionaba como una norma dispositiva (*default rule*). Su función era llenar el vacío contractual cuando las partes no habían pactado otra cosa. Y como norma de defecto, era la más eficiente, pues incentivaba al comprador a retirar la mercancía cuanto antes, reduciendo los costes de almacenamiento y vigilancia del sistema en su conjunto²¹.

3. Matriz dogmática: Correlación de ventajas y esferas de control

Superado el análisis puramente exegético, la dogmática jurídica moderna nos permite reconstruir la racionalidad económica que subyace a la solución romana. Lejos de ser una imposición arbitraria, la regla *periculum est emptoris* responde a principios de justicia conmutativa y eficiencia en la asignación de riesgos que la teoría contractual contemporánea ha redescubierto bajo nuevas nomenclaturas.

3.1. *Cuius commoda, eius incommoda*

La justificación más inmediata de la atribución del riesgo al comprador reside en el principio de correlación de ventajas y desventajas. Desde el momento de la *emptio perfecta*, el bien, aunque físicamente en manos del vendedor, ha quedado económicamente segregado de su patrimonio. Si la cosa experimenta una revalorización de mercado (un *boom* de precios), o si produce frutos naturales o civiles antes de la

²⁰ TORRENT, *Op. Cit.*, p. 388.

²¹ SCHULZ, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951, p. 535.

entrega (la vaca pare un ternero, el esclavo realiza un trabajo), dicho beneficio o *commodum* corresponde invariablemente al comprador²².

Paulo es explícito al señalar que los frutos pertenecen al comprador desde la perfección. Por pura simetría sinalagmática, quien se apropia de la probabilidad de ganancia debe soportar la probabilidad de pérdida. No sería equitativo —ni eficiente económicamente— que el comprador se reservara las plusvalías del periodo intermedio entre contrato y entrega, pero pretendiera trasladar al vendedor las minusvalías o la destrucción fortuita. La regla romana, por tanto, no «castiga» al comprador, sino que simplemente ubica el riesgo en el mismo patrimonio donde ha ubicado la expectativa de lucro²³.

Para comprender la justicia intrínseca de la regla del riesgo, es insuficiente enunciar el principio abstracto de las ventajas (*commoda*). Es necesario descender a la casuística de los juristas para observar la magnitud económica de los beneficios que el sistema atribuía al comprador antes de la entrega. La jurisprudencia romana desarrolló una doctrina exhaustiva sobre los incrementos patrimoniales, que actuaba como el contrapeso exacto de los riesgos catastróficos.

El texto de Paulo (D. 18.6.7) es la piedra angular de esta construcción: «*Todo lo que accede a la cosa vendida es del comprador*». Los ejemplos manejados por las fuentes son elocuentes:

a) El aluvión y la fuerza de la naturaleza

Si uno compra un fundo ribereño y, antes de la entrega, el río deposita sedimentos incrementando la superficie del terreno (*alluvio*), ese incremento de tierra pertenece automáticamente al comprador. Del mismo modo, si un rayo o una tormenta destruye una parte del fundo, la pérdida es suya. La naturaleza actúa con neutralidad: el sistema jurídico simplemente asigna el resultado de esa acción natural (sea positivo o negativo) a quien ostenta la titularidad económica latente.

b) La controversia del Partus Ancillae

El supuesto más debatido fue el de la esclava vendida que da a luz antes de ser entregada. ¿A quién pertenece el hijo? La solución clásica atribuye el niño al comprador. Esto es significativo porque, en otros contextos (como el usufructo), el hijo de la esclava no se consideraba «fruto» (por dignidad humana) y quedaba para el nudo propietario. Sin embargo, en la compraventa, la fuerza atractiva de la *emptio perfecta* es tal que arrastra incluso este incremento. El comprador asume el riesgo de que la esclava muera en el parto (y debe pagar el precio), pero correlativamente se apropia de la descendencia si el parto es exitoso²⁴.

c) Herencias y legados

Aún más extremo es el caso del esclavo vendido que, antes de la entrega, es nombrado heredero por un tercero o recibe un legado. Según Ulpiano, todo lo que el esclavo adquiere va al patrimonio del comprador. Si el vendedor, teniendo al esclavo en su poder (*custodia*), se apropiara de la herencia recibida por el siervo, estaría cometiendo un ilícito. Este detalle demuestra que el comprador no está indefenso. La regla *periculum*

²² ALONSO PÉREZ, *Op. Cit.*, p. 112

²³ ZIMMERMANN, *Op. cit.* p. 288.

²⁴ DE PEDRO, *La adquisición del tesoro y los frutos en derecho romano*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996, p. 120.

est emptoris es solo una cara de una moneda donde la otra cara es una capacidad de absorción absoluta de cualquier enriquecimiento de la cosa.

3.2. Teoría de las esferas (*Sphärentheorie*)

El giro metodológico que experimentó la ciencia jurídica en el tránsito del siglo XIX al XX, especialmente con las innovaciones hermenéuticas que GÉNY propuso en su revolucionario tratado²⁵, influyó profundamente en cómo los civilistas abordaron la reconstrucción dogmática del régimen de riesgos. La libre investigación científica que GÉNY preconizaba exigía examinar no solo la letra del Digesto sino la lógica funcional subyacente a la regulación romana.

La interpretación más fecunda para el Derecho contractual actual proviene de la llamada teoría de las esferas, refinada por la dogmática alemana. Según este enfoque, cada parte del contrato debe responder por los riesgos que se originan o materializan dentro de su esfera de influencia u organización²⁶.

El Derecho Romano clásico aplicaba esta teoría *avant la lettre* al distinguir nítidamente dos ámbitos:

La esfera interna (vendedor): Todo lo que ocurre dentro del ámbito de control operativo del vendedor —el almacén, la vigilancia, la seguridad frente a robos ordinarios— cae bajo su responsabilidad por custodia. Si la cosa se pierde por un fallo en esta esfera, el vendedor responde, protegiendo así la confianza del comprador.

La esfera externa (Comprador/Azar): Los eventos de fuerza mayor que escapan al control humano y técnico no pertenecen a la organización del vendedor. Al ocurrir, afectan a la sustancia de la cosa misma. Dado que la cosa está destinada económicamente al comprador desde la *perfectio*, es su esfera patrimonial la que sufre el impacto. Esta distinción es la que permite afirmar que el sistema romano vincula el riesgo al control efectivo y no a la propiedad formal²⁷.

3.3. La distinción dogmática: *Preisgefahr* vs. *Leistungsgefahr*

Para comprender cabalmente la aparente contradicción es imprescindible acudir a la distinción elaborada por la dogmática alemana entre dos tipos de riesgo que a menudo se confunden en el discurso jurídico ordinario: el riesgo de la contraprestación (*Preisgefahr*) y el riesgo de la prestación (*Leistungsgefahr*).

1. **Riesgo de la Prestación (*Leistungsgefahr*):** Se refiere a la pregunta: ¿Si la cosa se destruye, queda el vendedor liberado de entregarla o debe entregar otra? En el Derecho Romano, al tratarse de un cuerpo cierto (*species*), la destrucción fortuita libera al vendedor de su obligación de entregar. *Impossibilium nulla obligatio est*. En esto coinciden todos los sistemas.
2. **Riesgo del Precio (*Preisgefahr*):** Esta es la verdadera cuestión del *periculum*. Una vez liberado el vendedor, ¿queda liberado el comprador de pagar el precio? La regla *periculum est emptoris* es, estrictamente, una norma sobre la *Preisgefahr*. Determina que el riesgo del precio recae sobre el comprador. El sistema romano

²⁵ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Essai critique, 2ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1954, p. 91 ss., donde desarrolla su teoría de las «fuentes reales» del Derecho más allá de la legislación escrita.

²⁶ FLUME, *El negocio jurídico*, trad. J.M. Miquel González y E. Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 412.

²⁷ LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 320.

disocia ambas suertes: la obligación del vendedor se extingue por imposibilidad, pero la del comprador subsiste. Esta asimetría es la que justifica la necesidad de los contrapesos (custodia y mora) que hemos analizado. Sin ellos, la disociación sería puramente expoliadora²⁸.

4. Recepción y fractura histórica: del *ius commune* a la codificación

La claridad pragmática del sistema romano se enturbió con el paso de los siglos. La recepción medieval y moderna del Derecho Romano no fue un proceso de traslación mecánica, sino de reinterpretación, a menudo contaminada por categorías filosóficas ajenas a la jurisprudencia clásica, lo que condujo a la fractura de la unidad del sistema en la Europa codificada.

4.1. Del texto romano a la relectura iusnaturalista

Los Glosadores y Comentaristas medievales mantuvieron la vigencia textual del *periculum est emptoris*, pero comenzaron a desligarlo del concepto de custodia objetiva, introduciendo matices subjetivistas de culpa. Sin embargo, la verdadera mutación conceptual se produjo con el Iusnaturalismo Racionalista. Autores como GROCIO²⁹ y, fundamentalmente, POTHIER, sentaron las bases para el cambio de paradigma.

POTHIER, en su influyente tratado, defendió que, aunque el vendedor siguiera siendo el propietario legal hasta la entrega, el comprador adquiriría desde el contrato un «derecho a la cosa» tan fuerte que debía considerarse el verdadero «propietario útil»³⁰. Bajo esta óptica, la regla del riesgo dejaba de ser una sanción por la mora implícita para convertirse en una consecuencia natural de la propiedad. Se estaba gestando la fusión entre riesgo y dominio.

4.2. El modelo francés (*Solo Consensu*)

La ruptura definitiva cristalizó en 1804 con el Código Civil francés. Los redactores franceses, llevando al extremo las tesis de Pothier, abolieron la necesidad de la *traditio* para transmitir la propiedad. El artículo 1583 del Code Civil declara que la venta «es perfecta entre las partes, y la propiedad se adquiere de derecho por el comprador... tan pronto como se ha convenido en la cosa y en el precio, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado».

Al fusionar el momento de la perfección del contrato con el momento traslativo del dominio, el sistema francés «resolvió» la paradoja romana eliminándola. Si el comprador es dueño desde el contrato, es lógico que soporte el riesgo desde entonces por el principio *res perit domino*. Sin embargo, este modelo generó graves problemas prácticos: al vincular el riesgo a un concepto jurídico abstracto (la propiedad) en lugar de a un hecho físico (la posesión), dejaba desprotegido al comprador que debía pagar por una mercancía que nunca llegó a controlar ni a asegurar³¹.

4.3. La reacción alemana: El BGB y la entrega

La posición adoptada por la jurisprudencia alemana decimonónica, particularmente tal como fue sistematizada en el BGB, reflejaba una particular lectura de la tradición romanística³². Los trabajos de GIERKE sobre la historia del derecho privado alemán

²⁸ Ibid. p. 315.

²⁹ Grocio, Hugo, *De Iure Belli ac Pacis*, Lib. II, Cap. 12, XV.

³⁰ POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Debure, París, 1761, n° 308.

³¹ LARENZ, *Op. Cit.* p. 88

³² GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, pp. 120 – 145. Sobre la influencia de Gierke en la construcción de la teoría de la Sphrentheorie (esferas de responsabilidad), véase también la síntesis en CHARLES

revelaron las capas conceptuales mediante las cuales la *Pandektistik* reconfiguró las instituciones romanas. En particular, su énfasis en la conexión entre riesgo y control físico respondía a una reinterpretación funcional que, aunque difería de la regulación justiniana, perseguía objetivos de eficiencia comercial similares a los que informaban el régimen romano clásico

Frente al consensualismo francés, la Pandectística alemana del siglo XIX realizó una labor de depuración científica que culminó en el BGB de 1900. El código alemán restableció la distinción romana entre título y modo, pero introdujo una corrección fundamental en el parágrafo 446: decidió vincular el paso del riesgo a la entrega (*Übergabe*).

El §446 BGB establece: «Con la entrega de la cosa vendida, el riesgo de destrucción accidental... pasa al comprador». No obstante, el sistema alemán no abandonó la lógica romana, pues el mismo artículo añade que, si el comprador se retrasa en aceptar la cosa (*mora accipiendi*), el riesgo se le transmite aunque no haya entrega material. De este modo, el BGB reubica el riesgo en función del control y la cooperación del acreedor, reconociendo implícitamente la validez de la tesis de la *mora creditoris*³³.

4.4. España: Partidas y Código Civil (Coherencia por la *Perfectio*)

El ordenamiento español presenta un interés singular por su fidelidad a la tradición de las Partidas, que recibieron la técnica romana de la *emptio perfecta* casi literalmente. La Ley 23, Título V de la Partida V imputa el riesgo al comprador desde que la venta es «complida» (cosa señalada), aunque no haya entrega.

El Código Civil de 1889 mantiene este criterio en el artículo 1452. Aunque su redacción es oscura y remite a los artículos 1096 y 1182, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia interpretan que consagra la regla *periculum est emptoris*. La aparente contradicción con el artículo 1096.3 (que imputa el riesgo al vendedor en caso de mora o doble venta) se disuelve si se entiende sistemáticamente: la doble venta impide que la compraventa alcance la *perfectio* técnica, pues el vendedor ha perdido la capacidad de disposición pacífica. Por tanto, sin disponibilidad exclusiva, el riesgo no puede trasladarse y permanece en el vendedor³⁴.

Esta disociación funcional entre riesgo y titularidad no es ajena a nuestro ordenamiento más moderno. Un ejemplo paradigmático se halla en la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. En los contratos con pacto de reserva de dominio, el vendedor retiene la propiedad legal con fines de garantía, pero el riesgo se traspasa al comprador desde la entrega (art. 4 y concordantes). Aquí, el comprador soporta el *periculum* no por ser dueño (que no lo es), sino por ostentar el uso y la posesión efectiva, validando la tesis de que la conexión necesaria es *riesgo—control* y no *riesgo—propiedad*.

La dualidad del sistema español se completa con el Código de Comercio, cuyos artículos 331 y 333 parecen invertir la regla general al vincular el riesgo a la entrega o a la «puesta a disposición». Esta tensión entre el régimen civil (riesgo desde la perfección) y el mercantil (riesgo desde la puesta a disposición) convierte al derecho español en un

DONAHUE Jr. et al., *Cases and Materials on the Law of Non – Contractual Obligations*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, pp. 312 – 318.

³³ LARENZ, *op. cit.*, p. 322.

³⁴ MARTÍN PÉREZ, *El riesgo en la compraventa*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, p. 150; GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, vol. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852, p. 402.

laboratorio privilegiado para observar la transición hacia los modelos unificados modernos.

La ambigüedad legislativa del artículo 1452 del Código Civil ha provocado una jurisprudencia vacilante en la Sala Primera del Tribunal Supremo, generando una inseguridad jurídica que justifica la necesidad de una revisión dogmática.

Históricamente, el Tribunal Supremo tendió a aplicar la regla romana de forma estricta, fallando con frecuencia a favor del vendedor: habiéndose especificado la cosa (trigo o aceite separado en almacén), la pérdida por incendio fortuito debía ser soportada por el comprador, quien venía obligado a pagar el precio. El argumento recurrente era la «traslación de los riesgos por la especificación», considerando que la puesta a disposición equivalía a una entrega ficticia a efectos de riesgo.

Sin embargo, la influencia de la doctrina moderna y la «socialización del riesgo» llevaron a un giro en resoluciones posteriores. Esta tendencia hacia el control material se confirma en la jurisprudencia contencioso—administrativa sobre el devengo del IVA. Superando el formalismo de la escritura pública, el Tribunal Supremo ha establecido en sentencias clave, como la de 20 de junio de 2012 de la Sala 3.^a (ECLI:ES:TS:2012:5035), que la «entrega» a efectos fiscales requiere la transmisión del poder de disposición efectivo (entrega de llaves o posesión real), siguiendo la doctrina del TJUE fijada en el asunto *Shipping and Forwarding*. De este modo, se disocia el riesgo tributario de la mera titularidad formal. Interpretada analógicamente en sede de riesgos, esta doctrina sugiere que el *periculum* no debe traspasarse sin una posibilidad efectiva de control físico por parte del adquirente. Esta tendencia tuitiva se confirma en la jurisprudencia sobre la Ley 57/1968 y la entrega de viviendas, donde el Alto Tribunal protege al comprador consumidor trasladando el riesgo al promotor hasta la entrega física y legal completa, derogando *de facto* el art. 1452 CC en el ámbito del consumo inmobiliario.

Este cambio de tendencia acerca al Tribunal Supremo a la tesis mercantil del artículo 333 del Código de Comercio y a la *Sphärentheorie* alemana: el riesgo no pasa por la mera firma del contrato (interpretación literal del 1452 CC), sino que requiere un acto material de segregación y oferta de entrega que desplace el control. Esta evolución jurisprudencial confirma nuestra tesis: incluso en un sistema formalmente romano como el español, la práctica judicial tiende a corregir los rigores del *periculum est emptoris* introduciendo requisitos de control y custodia efectiva³⁵.

4.5. El contrapunto del Common Law: La *Sale of Goods Act*

Resulta instructivo contrastar la evolución continental con la del Derecho Anglosajón. El sistema inglés, codificado en la *Sale of Goods Act* de 1979 (y sus precedentes de 1893), parte de una premisa aparentemente opuesta a la romana pero coincidente con la francesa. La sección 20 de la ley establece: *Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property therein is transferred to the buyer; but when the property therein is transferred to the buyer, the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not.*

El Common Law vincula el riesgo a la propiedad (*res perit domino*). Sin embargo, la gran diferencia estriba en cuándo se transmite la propiedad. A diferencia del sistema romano (que exige entrega) o el alemán (que exige entrega y acuerdo abstracto), el Derecho inglés permite que la propiedad pase cuando las partes así lo establezcan (*when intended*), lo que a menudo ocurre con la mera individualización de la mercancía, incluso si permanece

³⁵ Díez—PICAZO, y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2016, p. 285.

en el almacén del vendedor. Paradójicamente, el resultado práctico del Common Law suele coincidir con el romano: una vez identificada la cosa (*ascertained*), la propiedad (y el riesgo) pasan al comprador, aunque no haya entrega física. Esto refuerza la tesis de que la praxis comercial tiende a gravitar hacia soluciones donde la individualización del bien marca el punto de no retorno económico, independientemente de la dogmática sobre el título dominical³⁶.

5. ¿Una excepción al riesgo? La cláusula *rebus sic stantibus*

En el contexto de crisis económicas y pandemias recientes, surge la duda de si el comprador, ante la pérdida de la cosa o un cambio drástico en las circunstancias, podría invocar la cláusula *rebus sic stantibus* para exonerarse del pago del precio, eludiendo así la regla *periculum est emptoris*.

La doctrina tradicional niega esta posibilidad. La regla del riesgo es, por definición, una norma especial de asignación de contingencias. Cuando el legislador (o el jurista romano) establece que «el riesgo es del comprador», está realizando una distribución normativa de lo imprevisible. Por tanto, la destrucción de la cosa no es un evento «imprevisto» en sentido jurídico que permita invocar la cláusula *rebus*, sino un riesgo «asignado» *ex lege*.

Sin embargo, autores contemporáneos han explorado los límites de esta asignación. Si la pérdida de la cosa se produce en un contexto de catástrofe generalizada (guerra, pandemia) que destruye no solo la cosa, sino la utilidad económica del contrato para ambas partes (frustración del fin del contrato), la solución romana estricta podría ceder. En estos casos extremos, la invocación de la buena fe objetiva (art. 1258 CC español, § 242 BGB alemán) podría permitir una moderación o resolución del contrato, no por la vía del riesgo, sino por la desaparición de la base del negocio. No obstante, en la compraventa ordinaria, la regla *periculum* actúa como *lex specialis*, bloqueando la aplicación de remedios generales de equidad: el comprador asumió el riesgo al contratar y perfeccionar la venta, y *pacta sunt servanda*³⁷.

Dado que la proyección moderna de la teoría del riesgo se manifiesta principalmente en la compraventa internacional de mercancías con transporte (regulada por la CISG e Incoterms), resulta imprescindible analizar cómo abordó Roma el riesgo específico del comercio marítimo. Aquí, la regla general del *periculum est emptoris* entraba en colisión con una institución consuetudinaria del Mediterráneo: la *Lex Rhodia de Iactu*.

En el transporte marítimo romano, si la nave se veía amenazada por una tormenta y el capitán (*magister navis*) decidía arrojar mercancías por la borda (*iactus*) para aligerar la nave y salvarla, ¿quién soportaba la pérdida? Si aplicáramos estrictamente el *periculum est emptoris*, el dueño de las mercancías arrojadas (el comprador) perdería la cosa y debería pagar el precio, mientras que los dueños de las mercancías salvadas no pagarían nada.

Sin embargo, Roma adoptó un sistema de solidaridad de riesgos basado en la equidad. Según los textos de Paulo (D. 14.2.1), el daño causado para utilidad común debe ser soportado por la contribución de todos (*omnium contributione sarciatur*). Esto generaba una red compleja de acciones:

1. El comprador de las mercancías sacrificadas demandaba al capitán del barco (vendedor/transportista) con la *actio locati*.

³⁶ HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, Kluwer, La Haya, 1999, p. 412.

³⁷ FLUME, *Op. Cit.* p. 985.

2. El capitán retenía las mercancías salvadas de los otros comerciantes hasta que estos pagaran su cuota de contribución.

Este mecanismo es el antepasado directo de la «Avería Gruesa» (*General Average*) del Derecho Marítimo moderno. Su relevancia para nuestro estudio estriba en que demuestra que los romanos sabían flexibilizar la regla del riesgo cuando la eficiencia económica lo exigía. Mientras que el riesgo de la «fuerza mayor pura» (hundimiento total del barco) seguía la regla *periculum est emptoris* (pérdida total para el comprador), el riesgo «gestionado» (arrojamiento voluntario) se repartía. Esta distinción es precursora de la lógica de los Incoterms, que distinguen minuciosamente entre riesgos de transporte y riesgos de origen³⁸.

6. Dos modelos en pugna y ecos latinoamericanos

La fractura europea del siglo XIX dejó dos grandes modelos de asignación del riesgo compitiendo en el escenario jurídico occidental, cuya influencia se proyectó sobre la codificación latinoamericana generando tensiones dogmáticas propias.

6.1. Francia: Propiedad y riesgo *solo consensu*

El modelo francés, seguido por códigos como el italiano de 1865, optó por la vinculación directa del riesgo a la propiedad (art. 1583 Code civil). Esta solución mejora la claridad formal: si soy dueño, soporto el riesgo. Sin embargo, ignora peligrosamente la realidad de las esferas de control. En la práctica, obliga al comprador a pagar por bienes no entregados que, al estar en posesión del vendedor, el comprador no puede proteger físicamente ni asegurar eficazmente. La jurisprudencia francesa ha tenido que moderar este rigor en casos donde el vendedor, aun no siendo responsable por culpa, mantenía un control exclusivo que impedía al comprador ejercer sus derechos de propietario³⁹.

6.2. Alemania: Entrega y mora del acreedor

El modelo germánico del BGB (§ 446) protege al comprador hasta la entrega, alineando riesgo y posesión. Pero su gran acierto dogmático fue reintroducir la corrección por cooperación del acreedor. Si el comprador demora la recepción, el riesgo se traslada por su mora. Esto reproduce la racionalidad de la *mora creditoris* romana: el sistema protege al comprador mientras el vendedor controla la logística, pero deja de protegerlo cuando el vendedor pierde el control por culpa de la inacción del comprador⁴⁰.

7. El laboratorio latinoamericano: Tres modelos de recepción

La codificación civil en América Latina no fue un proceso monolítico de trasplante europeo, sino un escenario de tensión dialéctica donde el *Ius Commune* (a través de las Siete Partidas), el Código Civil francés y la dogmática alemana colisionaron. En materia de riesgos, esta colisión generó tres modelos divergentes que ilustran, mejor que cualquier teoría, las consecuencias prácticas de disociar o vincular riesgo y propiedad.

7.1. El Modelo de Andrés Bello (Chile y Colombia)

El Código Civil de Chile de 1855, obra del humanista Andrés BELLO y adoptado posteriormente por Colombia (1887) y Ecuador, representa el caso más fascinante de hibridación jurídica. BELLO, conocedor profundo del Derecho Romano y de las Partidas,

³⁸ VALIÑO, «La responsabilidad de los navieros en el Derecho romano», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 36, 1966, pp. 425 – 450.

³⁹ Vid. el análisis de esta jurisprudencia en MAZEAUD y otros, *Leçons de Droit Civil*, vol. III, Montchrestien, París, 1963, p. 890.

⁴⁰ LARENZ, *Op. Cit.*, p. 88.

mantuvo férreamente la teoría del título y el modo: la propiedad no se transmite por el contrato, sino por la entrega (*traditio*) (Art. 670 CC Chile)⁴¹.

Sin embargo, al llegar al riesgo, BELLO optó por seguir la solución de Pothier y del Código francés, consagrando explícitamente la regla *periculum est emptoris* en su versión más severa. El artículo 1820 del Código chileno es lapidario:

«La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa».

Aquí surge la ‘contradicción’: el sistema chileno—colombiano impone al comprador el riesgo (art. 1820) sin darle la propiedad (art. 670). A diferencia del sistema francés (donde el comprador sufre el riesgo porque ya es dueño), en Chile el comprador sufre el riesgo siendo un mero acreedor. Esta solución ha obligado a la doctrina, encabezada por Arturo ALESSANDRI, a realizar malabarismos dogmáticos. ALESSANDRI justifica la regla argumentando que, si el comprador se beneficia de las mejoras y frutos (*commodum*) desde el contrato, la equidad exige que soporte las pérdidas. No obstante, la jurisprudencia moderna ha tendido a suavizar este rigor aplicando extensivamente la noción de «culpa» del vendedor en la custodia, acercándose *de facto* a un sistema de responsabilidad por control⁴².

7.2. El Modelo Argentino (Vélez Sarsfield): El triunfo de *Res Perit Domino*

En la vertiente atlántica, el Código Civil argentino de Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD (1869) tomó un camino diametralmente opuesto, rechazando la tradición de las Partidas en este punto para alinearse con el principio *res perit domino* en su sentido más estricto.

VÉLEZ SARSFIELD⁴³ razonó que, si la venta no transfiere el dominio sin la tradición, y «las cosas perecen para su dueño», entonces el riesgo antes de la entrega debe ser necesariamente del vendedor (que sigue siendo el dueño). El antiguo artículo 578 (y el actual 755 del nuevo Código Civil y Comercial de 2015) establece para las obligaciones de dar: *El propietario soporta los riesgos de la cosa. Los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la imposibilidad de cumplimiento.*

Esto significa que Argentina abolió la regla *periculum est emptoris*. Si la cosa perece antes de la entrega sin culpa, la obligación se extingue para ambos: el vendedor pierde la cosa, pero no puede reclamar el precio. El comprador queda liberado. Este modelo, aparentemente más “justo» para el comprador, genera sin embargo un problema de incentivos: al liberar al comprador de todo riesgo, este no tiene urgencia en retirar la mercancía, lo que obliga al vendedor a soportar los costes de almacenamiento y seguro *sine die*. Para corregirlo, el sistema argentino reintroduce el riesgo al comprador solo cuando este incurre en mora⁴⁴. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en las compraventas internacionales, Argentina aplica la CISG, reintroduciendo el criterio de la entrega/control y generando una dualidad interesante.

7.3. El Consensualismo Mexicano: La vía francesa

México, a través de su Código Civil Federal de 1928, optó por la solución francesa pura, rompiendo con la tradición hispánica de la entrega (título y modo) que imperaba en el

⁴¹ BELLO, Código Civil de la República de Chile, Imprenta Nacional, Santiago, 1856.

⁴² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compraventa y de la promesa de venta*, vol. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 355.

⁴³ VÉLEZ SARSFIELD, *Código Civil de la República Argentina*, Imprenta de Hallet y Breen, Nueva York, 1869.

⁴⁴ ANÍBAL ALTERINI, *Derecho de obligaciones*, 2ª ed. Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 240.

derecho indiano. El artículo 2014 establece que en las enajenaciones de cosas ciertas, la propiedad se transmite *por mero efecto del contrato*.

Consecuentemente, el artículo 2017 dispone que «la pérdida de la cosa en poder del deudor se rige por las reglas siguientes: Si la pérdida fue por caso fortuito, la obligación queda extinguida». Aunque la redacción parece liberar al deudor, la interpretación sistemática bajo el principio *res perit domino* (siendo el comprador ya dueño por el contrato) implica que el comprador pierde la cosa que ya era suya y debe el precio. El sistema mexicano llega al mismo resultado práctico que el chileno (el comprador paga), pero por una vía dogmática distinta: en Chile paga por una regla especial de riesgo; en México paga porque es propietario. Sin embargo, este consensualismo genera inseguridad en el tráfico: ¿cómo sabe un tercero que la mercancía en el almacén ya no pertenece al vendedor?⁴⁵.

7.4. Síntesis comparada: La necesidad de unificación

Este mosaico latinoamericano —donde cruzar los Andes supone pasar de un sistema de «riesgo sin propiedad» (Chile) a uno de «propiedad sin riesgo» (Argentina)— evidencia la fragmentación intolerable para el comercio internacional. Un exportador chileno que vende vino a un importador argentino se enfrenta a un conflicto de leyes radical: ¿quién paga si las botellas se rompen en la cordillera?

Si aplicamos la ley chilena (lugar de la venta), paga el comprador. Si aplicamos la argentina (lugar de cumplimiento), pierde el vendedor. Esta inseguridad jurídica es, precisamente, el argumento más poderoso a favor de la aplicación de la Convención de Viena (CISG) y los Incoterms. Al adoptar criterios fácticos (entrega al porteador, puesta a disposición), estos instrumentos cortan el nudo gordiano de las dogmáticas nacionales, ofreciendo una lengua franca que supera las contradicciones heredadas del siglo XIX.

8. Derecho uniforme contemporáneo y ecosistema digital: CISG e Incoterms 2020

La prueba definitiva de que la regla romana respondía a una necesidad económica estructural y no a un capricho arcaico la encontramos en el moderno Derecho del Comercio Internacional (*Lex Mercatoria*). En un entorno globalizado, vincular el riesgo a la transmisión de la propiedad —un concepto que varía radicalmente entre sistemas causalistas y abstractos— resultaría inoperante. Por ello, los instrumentos unificadores han optado por un retorno al pragmatismo romano.

8.1. CISG: Neutralidad sobre la propiedad y anclaje fáctico

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) de 1980 excluye expresamente la transmisión de la propiedad de su ámbito de regulación (art. 4), evitando así el conflicto de leyes nacionales.

En materia de riesgos, los artículos 66 a 69 adoptan un criterio puramente fáctico. En las ventas con transporte, el riesgo pasa cuando el vendedor entrega las mercancías al primer porteador (art. 67), momento en que pierde el control físico. Pero es en las ventas sin transporte donde la CISG valida explícitamente la teoría romana. El artículo 69.1 dispone que el riesgo pasa cuando el comprador se hace cargo de las mercancías o, si no lo hace a su debido tiempo, «desde que la mercancía se ponga a su disposición y este incurra en incumplimiento del contrato al no recibirlas»⁴⁶.

⁴⁵ ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, vol. V, Porrúa, México D.F.1981, p. 410.

⁴⁶ Vid., para un análisis detallado de los artículos 66 y ss., SCHLECHTRIEM, Peter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

Esta fórmula reproduce casi literalmente la *mora creditoris*: si la mercancía está lista e identificada (requisito del art. 69.3, equivalente a la *emptio perfecta*), el riesgo es del comprador moroso. La jurisprudencia internacional⁴⁷ ha confirmado que la falta de diligencia del comprador desencadena consecuencias adversas idénticas a la pérdida fortuita, armonizando con la lógica clásica⁴⁸.

8.2. Incoterms 2020: Cartografía del riesgo por puntos de control

Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (Incoterms 2020)⁴⁹ refinan esta lógica hasta el extremo, ofreciendo un menú de asignación de riesgos basado en puntos logísticos precisos.

EXW (Ex Works): Representa el paradigma romano puro. El vendedor cumple poniendo la mercancía a disposición en su propio establecimiento. El riesgo pasa inmediatamente al comprador, aunque la cosa siga físicamente en la fábrica, siempre que esté individualizada⁵⁰.

FOB (Free on Board): La evolución de este término es ilustrativa. Históricamente el riesgo pasaba al cruzar la «borda del buque». La versión 2010/2020 ajustó el criterio a «cuando la mercancía está a bordo», eliminando la ficción de la línea imaginaria. La lógica persiste: el vendedor soporta el riesgo de su esfera interna (tierra y estiba); el comprador asume el riesgo de la esfera externa (mar).

Términos D (DAP, DPU, DDP): Aquí el vendedor asume el riesgo hasta el destino. Esto, que parece contradecir la regla *periculum est emptoris*, en realidad confirma la *Sphärentheorie*: el vendedor asume el riesgo porque él contrata y controla el transporte internacional. Al extender su esfera de influencia logística, extiende correlativamente su responsabilidad.

8.3 El ecosistema digital y la eficiencia económica

La relevancia de la teoría clásica de los riesgos se reactiva hoy ante los desafíos del comercio digital, validando su eficiencia desde postulados contemporáneos.

Desde la óptica del Análisis Económico del Derecho, la regla moderna que vincula riesgo con entrega demuestra ser superior a la romana clásica por razones de asignación de costes. Mientras la mercancía permanece en poder del vendedor, este actúa como el *cheapest cost avoider* (quien puede evitar o asegurar el daño al menor coste), dado que ostenta el control físico del almacén y la logística. Trasladar el riesgo al comprador antes de la entrega generaría un problema de riesgo moral (*moral hazard*), desincentivando al vendedor en la custodia de la cosa. La corrección introducida por el BGB y la CISG, al alinear los incentivos de custodia con la asignación del riesgo, optimiza el resultado económico.

Por su parte, la tecnología *blockchain* confirma, de forma automatizada, la intuición romana de la custodia y el control. En la venta de criptoactivos o NFTs mediante *smart*

⁴⁷ Tribunal Regional Superior de Oldenburg, 12 U 40/00

⁴⁸ HONNOLD, Op. cit., p. 410; UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, art. 69.

⁴⁹ Es preciso matizar que estos términos no constituyen norma jurídica de aplicación directa (su eficacia depende de la incorporación contractual) y que su origen y vigencia principal residen en el comercio marítimo (donde el riesgo se transfiere al cruzar la borda o estibar la carga). No obstante, su inmensa difusión estandariza una realidad clave: el traspaso del riesgo se vincula a hitos logísticos de entrega física o puesta a disposición, ignorando la transmisión de la propiedad civil.

⁵⁰ International Chamber of Commerce, *Incoterms 2020*, ICC Services, París, 2019, 23.

contracts, la «entrega» se produce instantáneamente con la transferencia de la clave criptográfica. Quien posee la clave privada ostenta el control técnico exclusivo y, consecuentemente, asume el riesgo de pérdida (por extravío de clave o *hacking* de la *wallet*). En este entorno, perfección contractual y ejecución material colapsan en un mismo acto: el código informático no permite la disociación temporal. Quien tiene el control técnico (la «llave» digital) soporta el riesgo, materializando una suerte de *traditio* purificada por el algoritmo.

Finalmente, esta tendencia hacia el control fáctico se consolida en el uso de los *Electronic Bill of Ladings* (eBLs). Regulados por la Ley Modelo de la CNUDMI (2017), estos títulos transfieren la «posesión constructiva» y el riesgo en segundos, eliminando la incertidumbre inherente al soporte papel y validando la *traditio* simbólica en un entorno desmaterializado.

9. Conclusiones.

El recorrido por la historia dogmática del riesgo en la compraventa nos permite desmontar el mito de la «injusticia» romana y afirmar la plena vigencia funcional de sus postulados.

Primera. La regla *periculum est emptoris* no fue un error de diseño del Derecho Romano, sino una solución sofisticada para un sistema que distinguía nítidamente entre propiedad, posesión y riesgo. Desligada de sus contrapesos naturales (la responsabilidad por custodia y la mora del acreedor), la regla puede parecer injusta, como ocurrió en el modelo francés; pero en su contexto original, es perfectamente equilibrada.

Segunda. La verdadera «paradoja» no es que el comprador asuma el riesgo sin ser dueño, sino que hayamos tardado dos milenios en reconocer que la solución de Paulo y Ulpiano —basada en la *perfecta emptio* y la disponibilidad— se anticipó a las necesidades del comercio globalizado con una precisión que la codificación decimonónica no supo igualar.

Tercera. La solución contemporánea (CISG, Incoterms) demuestra que la eficiencia económica exige disociar el riesgo del dominio abstracto. El riesgo debe seguir a las esferas de control material y a la cooperación del acreedor. Al hacerlo, el Derecho moderno no hace sino validar la vieja sabiduría romana: *cuius commoda, eius incommoda*.

10. Bibliografía

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, vol. I, Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1971.

ARANGIO—RUIZ, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, I, Eugenio Jovene, Nápoles, 1956.

BELLO, Andrés, Código Civil de la República de Chile, Imprenta Nacional, Santiago, 1856.

BESELER, Gerhard von, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. III, Mohr, Tübingen, 1913.

- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «En torno al principio *periculum est emptoris*», en CUENA BOY, Francisco José (coord.), *Jornadas romanísticas con ocasión de la jubilación del profesor José María Royo Arpón*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020, pp. 87—102.
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A., «La responsabilidad por vicios ocultos en la compraventa de esclavos en la legislación de Diocleciano», en GARCÍA SÁNCHEZ, Justo (coord.), *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. VII, BOE, Madrid, 2021, pp. 2473—2482.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2016.
- DONAHUE JR., Charles *et al.*, *Cases and Materials on the Law of Non—Contractual Obligations*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., EUNSA, Pamplona, 2004.
- FLUME, Werner, *El negocio jurídico* (trad. J.M. Miquel González y E. Gómez Calle), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, vol. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852.
- GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1954.
- GIERKE, Otto, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, «El riesgo en el contrato de compraventa y la responsabilidad del vendedor por la custodia de la cosa en el derecho romano clásico», *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, pp. 55—90.
- HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 1999.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Incoterms® 2020: ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms*, ICC Publication No. 723E, ICC Services, París, 2019.
- KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, vol. I, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich, 1971.
- LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, vol. I y II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958/1959.
- MARTÍN PÉREZ, Antonio, *El riesgo en la compraventa*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968.
- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon y MAZEAUD, Jean, *Leçons de Droit Civil*, vol. III, Montchrestien, París, 1963.
- POTHIER, Robert Joseph, *Traité du contrat de vente*, Debure, París, 1761.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, vol. V, Porrúa, México D.F.1981

SCHLECHTRIEM, Peter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado Romano*, Egartorre, Zaragoza, 1995.

UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio, *Código Civil de la República Argentina*, Imprenta de Hallet y Breen, Nueva York, 1869.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.