

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR CUSTODIA
EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO MODERNO,
CON UNA REFERENCIA ESPECIAL
A LA REGLA *PERICULUM EST EMPTORIS**

Alejandro Guzmán Brito

Catedrático en la Universidad Católica de Valparaíso
y en la Universidad de Chile

I. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL
DERECHO ROMANO EN GENERAL

1. La noción de una responsabilidad extracontractual objetiva, según la cual una persona queda obligada a indemnizar (o, en el derecho romano, a pagar una pena privada) sólo merced a serle causalmente atribuible un cierto resultado dañoso, con independencia de que puedan serle reprochados dolo o culpa, fue conocida y empleada por el derecho romano clásico. No se trató ciertamente de una regla general, porque la responsabilidad por daños a cosas, según la interpretación jurisprudencial a la *lex Aquilia*, exigía la concurrencia de *culpa* en el causante del daño; y las *iniuriae* a personas libres, la concurrencia de *dolus*. La responsabilidad objetiva fue, por ende, excepcional; pero aun así existió claramente perfilada, que es lo históricamente importante.

Es muy conocida por la civilística moderna una de las hipótesis de esta responsabilidad: la del delito civil *de effussis vel deiectis*, o sea, de los sólidos o líquidos que caen desde la parte superior de un edificio causando daño a las cosas o a las personas, descrito en el edicto del pretor urbano¹, porque su contenido se ha conservado en los códigos civiles², aunque la doctrina suele subjetivizar el tipo, interpretándolo como caso en que se presume la culpabilidad³. En el edicto, claramente en cambio, se sancionaba al habitador de la parte del edificio desde donde había caído el sólido o el líquido, independientemente de toda intervención personal suya, por el hecho de ser el habitador (de modo que incluso el vínculo causal con el daño es débil).

Otra hipótesis romana de responsabilidad delictual objetiva es la del daño causado por animales domésticos, sancionado con la *actio de pauperie* dirigida

* El presente trabajo será publicado en el homenaje al civilista argentino Atilio Aníbal Alterini, lo que explica las referencias al derecho de su país.

¹ *sedes materiae*: Dig. 9.3; Inst. 4.5.1-2. Para el detalle, remito a: GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), vol. 2, p. 268.

² Art. 2328 CCCh.; no. sin embargo, en el Código argentino.

³ Para la disposición chilena citada en la nota precedente, por todos: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria, 1943), pp. 390 ss.

en contra del dueño del animal, por el hecho de serlo, esto es, sin consideración alguna a su intervención personal en el evento dañoso⁴. También los códigos civiles describen el caso, con una cierta tendencia a la subjetivización⁵.

En fin, se cuenta la hipótesis del edicto *de feris* del edil curul, que prohibía tener animales bravíos (jabalíes, lobos, osos, panteras, leones), ya sueltos, ya atados o en lugares de tránsito público, de modo que si, contraviniéndose esto, el animal causara un daño, quedara el dueño sujeto a responsabilidad por el hecho del daño, sin indagación de culpa o dolo⁶. Los códigos civiles esta vez prescriben sobre la materia de un modo objetivo⁷.

2. Las anteriores constituyen casos de responsabilidad extracontractual objetiva, según nuestra terminología. Es menos conocida por la civilística otra hipótesis de responsabilidad objetiva, que a esto agrega su pertenencia al ámbito de la responsabilidad contractual. Se trata de la responsabilidad por *custodia*. A una breve presentación de tal figura destino el presente artículo, que me place dedicar al gran civilista argentino Atilio Aníbal Alterini, quien tantos esfuerzos a aplicado al tema de la responsabilidad civil.

II. LA RESPONSABILIDAD POR CUSTODIA EN EL DERECHO ROMANO EN GENERAL⁸

1. Terminológicamente, esta especie de responsabilidad suele venir designada en las fuentes con la expresión *custodiam praestare*⁹, que es técnica y que traducimos correctamente como "responder por custodia".

En el latín de los juristas, la palabra *custodia* ofrece dos significados primarios y generales: por un lado, vigilancia, conservación, cuidado generalmente de cosas¹⁰; por otro, posibilidad de tenencia efectiva, normalmente de cosas.

⁴ s. m.: Dig. 9.1; Inst. 4.9 pr. GUZMÁN, *DPR.*, vol. 2, p. 267.

⁵ Art. 2326 CCCh.: vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria, 1943), pp. 396 ss. Arts. 1124 ss. CCArg.

⁶ s.m.: Dig. 21.1.40.1 a 21.1.42; Inst. 4.9.1; vid. GUZMÁN, *DPR.*, vol. 2, pp. 268 s.

⁷ Art. 2327 CCCh.: "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído". Pero la doctrina se ha encargado de malinterpretar esta disposición, aduciendo, en contra de su historia, que se trata de una presunción de derecho de culpa: vid., por todos, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria, 1943), p. 419. Art. 1129 CCArg.

⁸ Panorama general, en mi *DPR.*, vol. 2, pp. 308 s. Para la literatura, remito a la citada por KASER, M., *Das römische Privatrecht* (München, Beck, 1971), vol. 1, p. 506 n. 23. Se agrega: MAC CORMACK, G., *Custodia und culpa*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 89 (1972), pp. 149 ss.; VAN DER BERGH, G.-C J. j., 'Custodiam praestare'. *Custodia-liability or liability for failing custodia?*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 43 (1975), pp. 59 ss.

⁹ Por ejemplo: Gai. 3.206; Dig. 13.6.10; 17.2.52.3; 18.6.3; 19.1.36.

¹⁰ Dig. 4.9.1.3; 32.84; 33.7.12.35; 34.2.39.1; 40.12.35; 41.2.44 pr. De algunos *missi in possessionem* se dice que tienen la *custodia rerum* (Dig. 36.4.5 pr.; 41.2.3.23; 42.4.12) o que tienen las cosas *custodiae causa* (Dig. 41.5.2 pr.; 41.2.10.1; 43.17.3.8), en donde *custodia* también significa supervigilancia. Cfr. la *custodia ventris* (Dig. 25.3) y la *custodia partus* (Dig. 25.3; 25.4).

El texto más importante a este último respecto es Dig. 41.2.3.13 y 15 (Paul., 54^o ed.): "13. Dice Nerva hijo que poseemos las cosas muebles, excepto el esclavo, en tanto que estén bajo nuestra custodia, esto es, en tanto que, si quisiéramos, podamos alcanzar la posesión natural; porque tan pronto como el ganado se hubiera extraviado, o que un vaso se hubiera perdido de modo que no se lo encuentre, al punto deja de ser poseído por nosotros, aunque no sea poseído por ninguno; a diferencia de cuando la cosa está bajo mi custodia, y no se la encuentra, porque está presente y mientras tanto solo no tiene lugar su diligente búsqueda. 15. Mas poseemos las aves que tenemos encerradas, o las amansadas que están sujetas a nuestra custodia"¹¹.

El párr. 13 distingue *possessio*, *custodia* y *naturalis possessio*, para decir que un mueble se posee en tanto esté bajo la custodia del poseedor, lo cual significa, según explica, que en tanto este último, si quiere, pueda alcanzar la posesión natural. El concepto romano de *possessio naturalis* equivale a lo que nosotros llamamos "tenencia", o sea el efectivo contacto físico de nuestro cuerpo con el cuerpo de la cosa, que constituye la base material de toda posesión. El texto antes transcrito aclara que para poseer civilmente no es necesario que en todo momento se dé dicho efectivo contacto físico (pues la exigencia contraria iría contra la naturaleza de las cosas y la realidad de la vida cotidiana); es suficiente, dice, que la cosa esté bajo nuestra *custodia*, lo cual significa posibilidad del contacto, es decir, de la efectiva tenencia, cuando queramos. Los ejemplos aclaran estas ideas: un ganado o un vaso perdidos sin que, buscados, se los halle, dejan de ser poseídos, porque no podemos llegar a su tenencia efectiva, es decir, porque ya no están bajo nuestra custodia; si, en cambio, la cosa está momentáneamente perdida, mas presente en algún lugar de modo que el poseedor la pueda encontrar con una búsqueda diligente, no la dejó de poseer, porque todavía se mantuvo bajo su custodia, es decir, precisamente porque con tal búsqueda le fue posible llegar a la tenencia efectiva.

Por último, conviene hacer notar que el texto comentado limita expresamente el concepto de *custodia* a los muebles, lo que se ve corroborado a través de los ejemplos. De los inmuebles, en efecto, nunca se habla de custodia, en el sentido ahora tratado. La razón está en que los juristas, como es sabido, terminaron por aceptar que hubiera posesión de inmueble aun sin una efectiva tenencia ni posibilidad inmediata de tal, como sucede en los predios de temporada (*saltus hiberni vel aestivi*), que se habitan durante un tiempo del año y se deshabitan en el resto. En este último caso, estrictamente se dejan de tener y no puede decirse que, empero, queden bajo la custodia del poseedor, porque éste no puede llegar a la tenencia con solo querer hacerlo. Con todo, se los posee animo *tantum*¹² decían los juristas. En consecuencia, la idea de *custodia* es inútil en materia de inmuebles.

¹¹ 13. *Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possidere, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniantur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniantur, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio. 15. Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae factae custodiae nostrae subiectaesunt.*

¹² Paul. Sent. 5.2.1; Dig. 41.2.3.11; 41.2.27; 41.2.44.2.

Lo anterior es suficiente para ilustrar el concepto de *custodia* de muebles como posibilidad no impedida de *possessio naturalis*¹³.

2. La tercera acepción de *custodia*, indudablemente derivada, atañe a la responsabilidad en examen. patente en la expresión *custodiam praestare*. Del empleo de la palabra *custodia* para designar tal responsabilidad surge el problema de saber si se la empleó porque dicha responsabilidad supone una previa obligación de vigilar, cuidar y conservar cierta cosa, por cuyo incumplimiento se respondería, de modo que el nombre dado a la responsabilidad se conectaría con la primera acepción del término *custodia* antes tratada; o bien si se la empleó tan sólo porque la responsabilidad en examen deriva nada más que de la tenencia de cosas muebles, en el sentido mínimo de posibilidad de tenencia, de guisa que el nombre dado a la responsabilidad se conectaría con la segunda acepción de *custodia*.

Debemos desechar la primera posibilidad. Es cierto, en algunos casos, que el responsable por custodia tuvo una obligación de vigilancia; pero no es por haberla desatendido que se le hace responder; lo cual se demuestra porque en otros casos no tuvo tal obligación y sin embargo responde por custodia, y porque en todos los casos, aunque haya vigilado, igualmente responde. Así, pues, la responsabilidad por custodia es independiente de una obligación de custodiar en el sentido de vigilar.

Nos queda la posibilidad de recurrir al segundo sentido de la palabra *custodia* para explicar el nombre dado a la responsabilidad homónima, y esta vez con éxito.

Como veremos más adelante, todos los casos en que alguien está sujeto a esa responsabilidad llamada por custodia presuponen la tenencia de una cosa corporal mueble (normalmente ajena, pero a veces propia, lo cual no interesa por ahora), que debe ser entregada a otro. Como ya hemos visto, la tenencia de una cosa mueble significa un contacto físico actual del cuerpo del tenedor con el cuerpo de la cosa; pero que la tenencia no se pierde si, faltando dicho contacto, se conserva la posibilidad de conseguirlo cuando se quiera; a esta situación de posibilidad los juristas la llamaron *custodia*. De lo cual resulta que si un especial tipo de responsabilidad queda asociado a la tenencia de cosas muebles, en realidad queda asociado a su custodia entendida en el sentido indicado, y que por ello es propio denominarla precisamente responsabilidad por custodia. De esta manera, la denominación se explica como una suerte de metonimia de causa (la custodia en el sentido de tenencia o posibilidad de la misma) a efecto (la responsabilidad).

Lo anterior sólo explica el empleo de la palabra custodia para designar a la responsabilidad en estudio; pero es importante señalar que aunque no hubiera sido ella la empleada, de todos modos tal responsabilidad, como preanunciamos, supone una detención de cosas (muebles). De esta forma, si nuestra explicación para el empleo de la palabra es válida, ello significaría haber una

¹³ Otros textos pertinentes al tema: Gai. 2.67; Dig. 41.2.47; 41.2.51. Pero debemos advertir que sería incorrecto entender que la *custodia* viene a constituir una especie de tenencia, distinta de la mera tenencia, de modo de poder configurarse un esquema de círculos concéntricos con custodia, mera tenencia y posesión. La *custodia* no es, pues, una forma propia y autónoma de tenencia, sino una modalidad de la tenencia.

perfecta congruencia entre esa palabra y la tipificación de la concerniente responsabilidad.

3. Ahora bien, si ahora abandonamos el campo lexical y vamos al nocional, debemos preguntarnos por el significado jurídico de la responsabilidad por custodia. El concepto es muy claro y preciso: se trata de una responsabilidad que deriva de la pérdida de una cosa mueble que se tiene y se debe a otro, causada por su hurto (*furtum*)¹⁴ o robo (*vi bona rapta, rapina*)¹⁵ actuados por terceros¹⁶. Se discutió entre los juristas si esta forma de responsabilidad debía extenderse también al daño aquiliano provocado por terceros (*damnum iniuria datum*)¹⁷, pero estamos mal informados al respecto y los textos aparecen intervenidos¹⁸ (salvo en alguna hipótesis que examinaremos después). En todo caso, la mayoría fue del parecer que el daño de terceros no quedaba cubierto por la custodia.

Ahora bien, supuesto que una cosa que se encuentra en la tenencia (custodia) de alguien, quien la debe entregar a otro, sea hurtada o robada, nosotros podemos imaginar las siguientes posibilidades: que la sustracción se produjo con dolo del deudor; que se produjo con su culpa; que se produjo sin su culpa.

La primera posibilidad debemos desecharla, no porque sea imposible, sino debido a que si el hurto o robo tuvieron lugar por dolo del tenedor, eso viene a significar que él fue autor o cómplice de uno u otro y entonces la responsabilidad a que haya lugar entra en el campo de la derivada del respectivo delito.

La segunda y tercera posibilidades, en cambio, son por completo dignas de consideración. Perfectamente cabe imaginar el caso de una cosa detentada que resulte hurtada por culpa del detentador, como si su negligencia, consistente en dejar la cosa en descubierto, por ejemplo en el jardín, facilitó el hurto y hasta acaso lo incitó. También podemos imaginar el caso contrario, de que el tenedor emplee la máxima diligencia posible en función de evitar que sea hurtada, como depositarla en una caja de seguridad, con toda clase de alarmas e impedimentos de acceso y que, no obstante, la cosa sea igualmente hurtada o robada.

Ahora bien, la propiedad peculiar del *custodiam praestare* radica en que, para hacerla efectiva, no se indaga si efectivamente hubo culpa en el tenedor ni se permite que éste pretenda exonerarse, demostrando no haber tenido culpa en

¹⁴ Gai. 3.205-207.

¹⁵ Se trata del delito de *bona vi rapta*, equivalente a nuestro robo, o sea, a la sustracción de cosas con violencia (Dig. 47.8.2.22-23).

¹⁶ También por el daño que la cosa sufra causado por un animal doméstico (*pauperies*: Dig. 9.1.2 pr.). La intensa asociación de esta responsabilidad con el hurto y el robo explica que ella quede limitada a los muebles, pues sabido es que de los inmuebles no se pueden cometer esos delitos.

¹⁷ La noticia aparece en Dig. 13.6.19 y 19.2.41; cfr. Dig. 50.16.9. Vid. especialmente CANNATA, C. A., *La natura della responsabilità per custodia secondo Giustino e Marcello* (D.19.2.41, D. 13.6.19), en *Labeo* 11 (1965) 3, pp. 405 ss.

¹⁸ En algún caso típico de responsabilidad por custodia, sí es seguro que ella incluía los daños causados por terceros; tal es el de los navegantes, posaderos y estableros (*nautae caupones stabularii*), por las cosas que reciben de sus clientes, respecto de las cuales expresamente Dig. 4.9.3.1-2 dice que la custodia a que se obliga el receptor envuelve el perecimiento de la cosa aun sin culpa suya y los daños (de terceros) causados a ella. Es posible que se hubiera tratado de una excepción, porque el régimen de los *nautae caupones stabularii* es en muchos aspectos más severo, debido a la mala fama que tenían en el mundo antiguo (cfr. Dig. 4.9.1.1, en donde se alude a la complicidad en que suelen estar tales sujetos con los ladrones; cfr. también 4.9.3.1).

el hecho y sí haber empleado la diligencia debida. En otras palabras, basta el hecho del hurto o del robo para que el tenedor responda de la cosa sustraída, independientemente del juicio que merezca, en términos de culpa o diligencia, su actuación personal en función de evitar la sustracción. Es por eso que se trata, pues, de un tipo de responsabilidad objetiva.

Su consecuencia es que, si bien la obligación de entregar la cosa al acreedor se extingue, por imposibilidad de cumplimiento al haber sido hurtada o robada, no por ello se libera el deudor, quien entonces ve reemplazada dicha obligación por la de indemnizar al acreedor.

Pero esta responsabilidad tiene una contrapartida: la legitimación activa para la *actio furti* o la *actio vi bonorum raptorum* en contra del substractor competente al que responde por custodia¹⁹ y no al dueño de la cosa o a su poseedor, a quienes, en otras circunstancias, hubieran pertenecido dichas acciones²⁰. Ello se presenta como una especie de compensación al que responde por custodia, por el agravamiento de su responsabilidad²¹.

III. LAS HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD POR CUSTODIA EN EL DERECHO ROMANO

1. La carga de responder por custodia no aparece formulada como general en las fuentes, sino como hipótesis típicas. Claro es que todas ellas ofrecen como mínimo común denominador, según ya adelantamos, por lo demás, el consistir en tenencias de cosas muebles (no fungibles²²) que deben ser entregadas a otro; además, con excepción de la compraventa, les es también común que la actual tenencia deriva de una previa recepción de la cosa de parte de aquel ante quien se responde; en suma, con dicha excepción, siempre se trata de cosas recibidas de otro y que deben ser devueltas.

Estas hipótesis son las: (i) del comodatario por la cosa recibida en préstamo²³; (ii) del pignoratario por la cosa recibida en prenda²⁴; (iii) del arrendatario por la cosa tomada en arrendamiento²⁵; (iv) del *inspector*, o sea, de aquel a quien se entrega algo para que lo examine y tase, por la cosa que recibió, si fue en su interés²⁶. En especial (v) del lavadero (*fullo*) y el sastre (*sarcinator*) por la ropa para lavar y la tela para confeccionar que reciben²⁷; (vi) de los navegan-

¹⁹ Gai. 3.205-207; Dig. 47.8.2.22-23. Si se trata de pérdida debida a la *pauperies*, la *actio de pauperie* corresponde al custodio (Dig. 9.1.2 pr.).

²⁰ Por cierto, a ellos les permanece la eventual acción reipersecutoria; por ejemplo, la *rei vindicatio* o la *condictio furtiva*.

²¹ En efecto, se tendrá en cuenta que la custodia agrava la responsabilidad por la cosa más allá del dolo. De lo que se sigue que el quien responde por custodia necesariamente responde por el dolo (y la culpa).

²² Porque, en virtud de la propiedad que ofrecen los fungibles, sintetizada en la regla *genera non pereunt*, no cabe alegar ninguna desaparición suya.

²³ Gai. 3.206; Dig. 13.6.5.5-6; 47.2.62.6.

²⁴ Dig. 13.7.13.1; 13.7.30; Cod. ius. 8.13.19, efr. Gai. 3.204; 47.2.12.2; 47.2.14.5. Vid. RASCÓN, G., *Pignus y custodia en el derecho romano clásico* (Oviedo, 1976).

²⁵ Dig. 19.2.30.2; 47.2.14.16; 47.2.86; Inst. 3.24.5; Cod. Iust. 4.65.28.

²⁶ Dig. 13.6.10.1; 19.5.17.4.

²⁷ Gai. 3.205-206; Paul. Sent. 2.31.29; Dig. 19.2.60.2; 47.2.12 pr. Naturalmente, se trata de personas sujetas al contrato de *locatio conductio*.

tes, posaderos y estableros (*nautae caupones stabularii*)²⁸ por las cosas recibidas en guarda (*receptum*) de sus clientes; (vii) del almacenista (*horrearius*) por las cosas depositadas por terceros en sus almacenes²⁹; (viii) de cualquiera que, no estando cargado con esta responsabilidad, recibe cosa ajena que debe devolver, si la recibe con su estimación en dinero³⁰; en fin, (ix) del vendedor por la cosa vendida, hasta el momento de su tradición al comprador³¹. El depositario no responde por custodia con respecto a la cosa depositada, salvo cuando se ofreció para recibirla en depósito³², o si gana un precio por el servicio de la guarda³³ (porque entonces se transforma en arrendamiento), o cuando asumió expresamente tal responsabilidad³⁴.

2. Ya hemos dicho que el fundamento de la responsabilidad por custodia no está en el incumplimiento de una previa obligación de vigilar, cuidar o conservar. Si así fuera, la demostración de haber vigilado debería conducir a la exoneración de responder; pero justamente lo peculiar de esta forma de responsabilidad radica en que una tal demostración no exonera; por ello es objetiva.

Por ende, la pregunta por el fundamento permanece en pie.

a) Como de costumbre, los juristas romanos no nos informan mucho al respecto. Pero nosotros, sobre la base de ciertos indicios, podemos válidamente intentar formular una respuesta al problema.

A propósito del edicto sobre la responsabilidad de los *nautae caupones stabularii*, por las cosas recibidas de sus clientes en guarda, Ulpiano hace el siguiente comentario en Dig. 4.9.1 pr. (Ulp., 14 ed.): "Y nadie juzgue que es gravoso lo establecido [en el edicto] contra ellos [los *nautae caupones stabularii*]; porque está en el arbitrio de los mismos el no recibir a nadie; y si esto no se hubiera establecido, se daría pie para que se concertasen con los ladrones contra aquellos a quienes reciben, comoquiera que ni aun ahora ciertamente se abstienen de semejantes fraudes"³⁵. El jurista, pues, advierte que no debe considerarse demasiado grave la responsabilidad que el edicto impone a los *nautae caupones stabularii*, en primer lugar, porque ellos se pueden liberar de la misma no recibiendo en guarda; y en seguida, porque si no se hubiese establecido esa grave responsabilidad, tales personas podrían ponerse de acuerdo con los ladrones para que hurten las cosas recibidas de los clientes, por las cuales no responderían.

Es cierto que esta consideración la hace Ulpiano sólo respecto de los *nautae caupones stabularii* y no de las demás personas que responden por custodia y que, como ya dijimos, aquellos sufrían de mala fama en el mundo antiguo³⁶.

²⁸ Dig. 4.9.3.1-2; 4.9.3.5; 19.2.40. La acción no es la derivada de la *locatio conductio*, pues es especial; el edicto confería, en efecto, una *actio de recepto nautarum cauponum stabulariorum*.

²⁹ Collat. 10.9; Dig. 1.15.3.2; 19.2.55 pr.; 19.2.60.6 y 9; Cod. Iust. 4.65.4 pr. y 2.

³⁰ Dig. 17.2.52.3.

³¹ Dig. 18.6.3; 19.1.31 pr.; 19.1.36; 39.2.38 pr.; 47.2.14 pr.; Cfr. Dig. 18.1.35.4; Inst. 3.23.3a.

³² Dig. 16.3.1.35.

³³ Dig. 19.2.40.

³⁴ Dig. 16.3.1.35.

³⁵ *Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant; et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiant, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.*

³⁶ *Vid. n. 17.*

porque muchos delitos se cometían en los barcos, posadas y establos (de recambio de caballerías) a que los mismos capitanes, posaderos y estableros no eran ajenos en su facilitación. Pero aun así constituye un indicio de la razón que funda generalmente la responsabilidad por custodia de todos quienes por ella responden.

Nos parece, pues, que el fundamento es el siguiente: si la alegación de haber sido hurtada o robada una cosa que se debe a otro permitiera la exoneración de responder, de modo que la obligación de entregar, extinguida por imposibilidad de cumplimiento, no se viera sustituida por la de indemnizar el valor, eso haría que el destino de la obligación de entregar quedara por entero sujeto a la voluntad del obligado. Ello porque siempre es posible simular un hurto o un robo, creando circunstancias y pruebas que convengan al juez de haber tenido lugar uno u otro. El comodatario de una joya puede, por ejemplo, contratar a alguien para que se la arrebate en público (en el entendido de que después se la devolverá) o simplemente forjar indicios que hagan verosímil un hurto (como ventanas y cajas de seguridad forzadas, etc.), en tanto esconde para sí la cosa. Por cierto, un hurto o un robo verdaderos pueden tener lugar; pero como, dada una apariencia de hurto o robo, nunca es posible saber con certeza si fueron verdaderos o simulados, el derecho se coloca en el caso límite de la simulación, y no acepta que se pretenda probar la veracidad del hecho para exonerarse de responder: lo cual conduce a excluir la posibilidad de alegar el hurto o el robo, aunque hubieran ocurrido de verdad, y a hacer siempre responsable al tenedor (o ex tenedor)³⁷. De esta manera, pues, el responsable por *custodia* o entrega la cosa al acreedor, o prueba que pereció por un caso fortuito o por fuerza mayor; pero no puede alegar que desapareció por hurto o robo (ni por *pauperies*), a menos que en ellos hubiere intervenido fuerza mayor.

Las cosas cambian de aspecto cuando se considera el daño a las cosas proveniente de terceros. En tal caso, por lo general ellas permanecen, aunque deterioradas, o se destruyen dejando residuos; es decir, daño hay. Ello excluye por definición a la simulación. De ahí que, si bien el asunto fue discutido, la mayoría de los juristas no consideró la hipótesis como cubierta por la responsabilidad por custodia, dejándola entregada a las reglas generales: si la cosa fue dañada por culpa o dolo del deudor, responde él; si por un tercero, sin culpa ni dolo del deudor, se exonera éste, pero responde el tercero.

b) La explicación antecedente ofrece, empero, una dificultad: el depositario no responde por *custodia*, y es claro que también respecto de él vale dicha explicación. Pero esta dificultad se salva al observar lo siguiente: el depósito es un contrato en que el depositario carece de todo interés, ya que no puede cobrar un precio por el servicio de la guarda ni puede usar ni disfrutar la cosa depositada; dicho contrato se celebra, por el contrario, en el solo interés del depositante, quien goza del servicio gratuito de la guarda de una cosa. En tales circunstancias, imponer la responsabilidad por custodia a una persona que carece de todo interés en el contrato conduciría a que nadie quisiera actuar como depositario y el contrato caería en desuso. Eso justifica el régimen excepcional.

³⁷ Esto, además, coincide con el sentido común: cuando a un comodatario, por ejemplo, le ha sido hurtada la cosa, supongamos que verdaderamente, lo que menos se le ocurre en la práctica es limitarse a informar el hecho al comodante, anunciándole que la pérdida se ha producido para él: la reacción espontánea del comodatario es ofrecer de inmediato la indemnización.

Pero la precedente observación no vale si el depositario empieza a tener alguna clase de interés, como cuando recibe un precio o se ofrece él mismo como depositario, o cuando el depósito es un anexo de otro negocio lucrativo, tal cual ocurre con el depósito de las especies que reciben los *nautae cauponae stabularii*, el cual se adosa al arrendamiento de servicios que ofrecen. En tales casos, el depósito ha llegado a un estado que es el mismo que se da en los demás negocios en que el tenedor de la cosa responde por custodia, consistente en que haya interés recíproco o al menos del tenedor, y entonces el fundamento que existiría para hacer procedente dicha responsabilidad en el depósito ya no se encuentra con el fundamento más fuerte que justifica no hacerla procedente; lo que explica que en todos esos casos el depositario responda por custodia.

IV. LA RESPONSABILIDAD POR CUSTODIA EN EL DERECHO JUSTINIANO Y EN EL MODERNO

1. En el derecho postclásico justiniano se observa una decidida tendencia a la superación del concepto clásico de *custodia*, aunque no de la expresión misma, que se conservó, si bien reinterpretada en sentido subjetivístico, mediante su conexión con la idea de vigilancia y cuidado, que era la otra acepción que esa palabra tenía en latín. En los textos propiamente justinianos y en los clásicos interpolados por Justiniano, en efecto, por *custodiam praestare* se entiende a aquella responsabilidad derivada del incumplimiento de una previa obligación de vigilancia y cuidado, que en ocasiones queda asociada a la *diligentia* (de donde que los intérpretes hablen de "*diligentia in custodiendo*") y que a veces suele exigirse en grado sumo o máximo, como *exactissima diligentia*³⁸, en un intento por insertar esta responsabilidad en el sistema postclásico de la culpa graduada³⁹. Cual noción, pues, la custodia clásica ya no existe más en el último derecho romano; pero, según suele suceder tantas veces, la labor de interpolación de los textos clásicos no fue perfecta, de modo que en muchos casos subsistió en ellos el régimen antiguo, lo que, unido a las informaciones que nos proporciona Gayo⁴⁰ directamente, ha permitido su reconstrucción a la moderna romanística.

2. La desaparición de la responsabilidad por custodia clásica en el *Corpus Iuris Civilis* explica que no haya sido atendida, como concepto, por el derecho común y que, en consecuencia, no haya ingresado en los modernos códigos civiles.

a) Con todo, es muy curiosa la supervivencia de una de las hipótesis clásica de responsabilidad por custodia, que ya había subsistido en el *Corpus Iuris*

³⁸ Vid. DE ROBERTIS, F. M., *Exactissima diligentia. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuales nel sistema della compilazione giustiniana*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 23 (1957), pp. 119 ss.

³⁹ Sobre esta materia remito a: ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2ª ed. 1935, reimp. Napoli, Jovene, 1958), pp. 66 ss.; DE ROBERTIS, Francesco, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana* (Bari, Cacucci, 1971), vol. 2; METRO, Antonio, *L'obbligazione de custodire nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1966), pp. 194 ss.

⁴⁰ Gai. 3. 203-207.

Civilis, como es la de los posaderos (*caupones*) por las cosas que reciben en depósito de sus clientes alojados (*receptum cauponum*)⁴¹. En contra del posadero (y de los navegantes y estableros, lo que ahora no interesa), el edicto del pretor daba una *actio de recepto* al cliente, para que le respondiera por cualquier pérdida o deterioro de la cosa⁴², proveniente de un hecho del posadero mismo, de sus empleados o de los huéspedes⁴³, incluyendo el hurto⁴⁴, sin necesidad de tener que probar culpa o dolo del posadero o del autor del daño y sin que el posadero pudiera exonerarse sino por el evento de un caso fortuito o fuerza mayor⁴⁵; naturalmente, el hurto no se considera comprendido entre estos últimos. Los juristas clásicos interpretaron esta responsabilidad, estrictamente objetiva, como se ve, como una hipótesis de *custodia*, sin duda por su relación con la responsabilidad por el hurto, aunque de hecho era más grave que la custodia normal, porque se extendía también a los daños.

b) El edicto de *receptis cauponum* fue recogido, por intermediación de las 7 *Partidas*, en el *Código Civil* de Chile⁴⁶. El art. 2241 de ese cuerpo legal dispone: "Los efectos que el que aloja en una posada introduce en ella, entregándolos al posadero o a sus dependientes, se miran como depositados bajo la custodia del posadero. Este depósito asemeja al necesario y se le aplican los artículos 2237 y siguientes". El art. 2242 dice por su parte: "El posadero es responsable de todo daño que se cause a dichos efectos [se refiere a los que el que aloja en una posada introduce en ella, según el art. 2241] por culpa suya o de sus dependientes, o de los extraños que visitan la posada y hasta de los hurtos y robos; pero no de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo". Hay que tener presente que lo prescrito con respecto al posadero es aplicable a los administradores de fondas, cafés, casas de billar o de baños, y de otros establecimiento semejantes, según lo dispone el art. 2248 CCCh. Pero en lo sucesivo, para abreviar, nos referiremos sólo a los posaderos.

El art. 2242 distingue dos menoscabos que pueden incidir en los efectos entregados al posadero por un huésped o alojado: cualquier daño que se les cause, por un lado; su hurto o robo, por otro.

i) En cuanto a los daños, no se exige que éstos hayan sido causados directamente por el posadero, o sus dependientes o los extraños que visitan la posada. Como consecuencia del "se" impersonal que ofrece la norma en la frase "daño que se cause", es suficiente que los daños hayan sido causados por cualquier otra persona (con o sin culpa) e incluso por caso fortuito o fuerza mayor⁴⁷,

⁴¹ s. m. Dig. 4.9.

⁴² Dig. 4.9.3.1; 4.9.5.1.

⁴³ Dig. 4.9.1.8 i. f.; 4.9.6.3; 47.5.1.6.

⁴⁴ Dig. 4.9.3.1-2; 4.9.3.5; 4.9.4 pr.: 19.2.40; 47.5.1.4.

⁴⁵ Esta excepción fue aconsejada dar por Labeón (Dig. 4.9.3.1 in fine).

⁴⁶ La pauta la había dado el *Code Civil*, quien en sus artículos 1952 a 1954 recoge el edicto de *receptis cauponum*, estableciendo la responsabilidad de los hospederos en términos muy objetivos.

⁴⁷ Esto ya deriva, como decimos, del impersonal "se" empleado, pero está dicho expresamente en la última frase de la norma. Con respecto a ésta, en realidad, hay que reconocer que el tenor literal hace responsable del caso fortuito o la fuerza mayor al posadero, cuando se le puedan imputar a culpa o dolo de él mismo, de modo que si sólo se pueden imputar a culpa o dolo de los dependientes o de los extraños que visitan la posada, el posadero no responde. Lo cual se concluye del pronombre "le" de la frase "salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo", que aparece referido al "posadero". Pero es evidente que se trata de un error y que la frase debió haber sido

siempre que esa causación, no obstante, sea debida, a su vez, a la culpa del posadero, o de sus dependientes o de los extraños que visitan la posada⁴⁸. Por cierto que si el daño fue culpablemente actuado por cualesquiera de estas tres categorías de personas, así ya se cumple esta exigencia suficiente, porque con mayor razón puede decirse que "se" causó el daño por culpa de ellas. Así, por ejemplo, si una persona se introduce de noche a través de una ventana en la posada, para ocultarse de cierta persecución, y en su apresuramiento destruye, no interesa si por dolo, culpa o caso fortuito para él, un objeto que había sido negligentemente guardado por un dependiente del posadero, éste debe responder al huésped que se lo depositó, porque es cierto que "se" causó un daño por culpa de un dependiente del posadero, ya que si el dependiente hubiera guardado con diligencia el objeto, el clandestinamente ingresado en la posada no lo hubiera podido dañar. Con mayor razón responderá el posadero si un dependiente daña él mismo culpablemente la cosa, porque con mayor razón "se" causó un daño en la cosa por culpa del dependiente. Ahora, si el daño se causó sin culpa del posadero, sus dependientes o los extraños que visitan la posada, sino por culpa de un tercero (o sin ella), el posadero no responde, como, por ejemplo, cuando el objeto recibido de un alojado es bien guardado, pero resulta extraído de su lugar de guarda por el ingresado clandestinamente en la posada y dejado en un lugar peligroso, en donde el posadero, un dependiente o un extraño que visita la posada lo daña, sin que les hubiera sido factible prever que ahí podría haber estado el objeto; en tal caso, en efecto, no responde el posadero, pues aunque se haya causado el daño por una persona por las cuales respondería según la norma, no fue por culpa de ninguno de ellos⁴⁹.

Todo lo anterior significa que cuando el posadero presenta para su devolución un efecto previamente recibido de un alojado en su posada en depósito, y el efecto está dañado, debe indemnizar, a menos que pruebe que el daño fue causado por caso fortuito o fuerza mayor o por alguien no incluido en alguna de las tres categorías de individuos descritas por el art. 2242, y en ambos casos sin

escrita así: "salvo que se les pueda imputar a culpa o dolo". En efecto, si la cosa se daña por caso fortuito o fuerza mayor que se hicieron posibles por culpa de un dependiente o de un extraño que visita la posada, responde el posadero porque sigue siendo cierto que "se" causó un daño por culpa de unos o de otros. Dicho de otra manera, en las hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito es suficiente aplicar la primera parte de la disposición; lo cual conduce a declarar que la última parte de la disposición es superflua.

⁴⁸ Conviene discutir este último concepto. Parece claro que "extraño" se opone aquí a "posadero" y a "dependiente", de guisa que la palabra tiene un sentido tan amplio, que abarca a cualquier otra persona. Pero se exige, además, que ella "visite la posada". Con ello, indiscutiblemente se incluye a los huéspedes alojados; también a los que, sin ser alojados, ingresan en la posada para valerse de otro servicio en la misma (como cenar), por mínimo que sea (como si ingresan para sólo usar el retrete o el salón como lugar de encuentro con otra persona); o simplemente para inquirir información sobre tales servicios; o para saludar al posadero, a sus dependientes, a algún huésped o a alguien que se encuentra ocasionalmente en su interior. En efecto, de todos éstos puede decirse que "visitan la posada". Sólo se excluye al que se introduce clandestinamente en la posada; por ejemplo, de noche y a través de una ventana, para ocultarse por cualquier causa; porque de él no puede decirse, a no ser por ironía, que visita el lugar en el que se introduce.

⁴⁹ Que el posadero responda por los daños que se causen por culpa del mismo o de sus dependientes, eso está de acuerdo con las reglas generales; pero ya no lo está el que responda por los daños que causen los extraños que visitan la posada, máxime si se entiende esta locución tan ampliamente como debe hacerse.

culpa de ninguna de las mismas personas⁵⁰. Esta responsabilidad es objetiva, en cuanto el posadero responde por el hecho de sus dependientes o de los extraños que visitan la posada, sin que se requiera probar culpa al posadero en la actuación de esas personas y sin que aquél pueda eximirse probando la debida diligencia para impedir la actuación dañosa. Pero no es objetiva, en cuanto el posadero se puede eximir de responder si prueba que el daño, aunque se debió al hecho de las personas indicadas, ese hecho no fue culpable.

En materia de daños, pues, el art. 2242 CCCh. recoge sólo parcialmente el edicto sobre el *receptum cauponum*, según el cual el posadero respondía por las cosas recibidas de sus alojados cuando fueron dañadas por él, sus dependientes o los alojados, aunque no hubiera intervenido culpa de ninguno de ellos.

ii) En segundo lugar, el art. 2242 alude al hurto y al robo de los efectos entregados al posadero por su alojado; y ahora, en la apariencia inmediata, ya no se enumera a nadie como posible culpable de que esos delitos hayan podido ser cometidos; se dice simplemente que "*el posadero es responsable... hasta de los hurtos y robos*", sin más.

Indiscutiblemente, si esos delitos fueron cometidos por el posadero, sus dependientes o los extraños que visitan la posada; o bien, por otras personas, pero por culpa de alguno de los anteriores (en cuanto su negligencia culpable hizo posible el delito), en todos los casos responde el posadero; hasta aquí no hay diferencias con la hipótesis de daño. Pero la forma de establecer esta responsabilidad por hurtos y robos la disposición, parece indicar que el posadero responde, además, si el delito fue cometido por personas distinta a las tres señaladas por el art. 2242, sin que haya habido culpa de ninguna de ellas. El caso se daría, pues, cuando alguien se introduce clandestinamente en la posada y hurta un efecto entregado al posadero, que éste o un dependiente tenían guardado con diligencia y cuidado: como el art. 2242 dice que "*el posadero es responsable hasta de los hurtos y robos*", sin más, se le aplicaría la disposición.

A menos que ésta se entendiera como si hubiese sido redactado así: "El posadero es responsable de todo daño 'y hasta de los hurtos y robos' que se cause 'n' a dichos efectos por culpa suya o de sus dependientes, o de los extraños que visitan la posada [...]; pero no de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo", caso en el cual el "*por culpa suya*", etc. cubriría a los hurtos y robos; lo cual ofrece la dificultad de obligar a enmendar el verbo *cause* en *causen*, o sea, a suponer una forma gramatical que no figura en la disposición, lo cual indica que no es tan natural esta nueva lección propuesta.

Por otro lado, Andrés Bello, en nota al art. 2395 del *Proyecto de Código Civil* de 1853, antecedente del vigente art. 2242 CCCh., señaló como fuente a la Ley 26, tít. 8, *Partidas* 5 y agregó "modificada". Ahora bien, la dicha disposición de las *Partidas*, que contiene el edicto de *receptis nautae cauponum stabulariorum* del pretor, en su parte pertinente dice: "...todas las cosas que los omes [= hombres= personas] que van camino por tierra... metieron en las casas de los ostaleros...; aquellas que fueren y [= ahí] medidas, con sabiduría [= con conocimiento"] de los señores de los ostales..., o de aquellos que estovieren y [= ahí] en lugar dellos [o sea, los dependientes], que las guarden, de guisa que

⁵⁰ O si prueba que el hecho fue de algún modo imputable a la negligencia del alojado (art. 2246 CCCh.)

*se non pierdan, nin se menoscaben; e si se perdiessen por su negligencia, o por engaño que ellos fiziessen, o por otra su culpa, o si las furtassen alguno de los omes que vienen con ellos*⁵¹; *estonce, ellos* [es decir, los ostaleros] *serían tenudos de les pechar [= estarían obligados a pagar] todo quanto perdiessen o menoscabassen*".

La ley de las *Partidas* distingue la hipótesis de pérdida o menoscabo por negligencia, por engaño o por otra culpa, en todos los casos, del posadero o de sus dependientes; y la hipótesis de hurto por los alojados (*si las furtassen alguno de los omes que vienen con ellos*), sin más. Recalcamos, pues, que en la primera se exige haber habido negligencia, engaño o culpa del posadero o de los dependientes; y que en la segunda no se exige nada semejante, pero sí que el hurto haya sido cometido por los alojados.

Como hemos visto, el Código conservó la hipótesis de la pérdida o menoscabo (hablando de daño) y la exigencia de culpa, pero la extendió de los posaderos y dependientes a los alojados y otras personas ("*extraños que visitan la posada*"); también conservó la hipótesis del hurto, pero eliminó la exigencia de que él fuese cometido por los alojados. Tales son algunas de las modificaciones a la ley alfonsina, a que alude Bello en su nota. Ahora bien, lo que más nos interesa es verificar que el Código no modificó ni la separación que las *Partidas* establecían entre el daño y el hurto, ni la no exigencia de que en este último haya habido culpa del posadero o sus dependientes; no exigencia ya observable en el derecho romano.

De todo lo cual concluimos que cuando el art. 2242 CCCh. dice que "*el posadero es responsable... hasta de los hurtos y robos*" sin más, está diciendo que aquél responde de las cosas en él depositadas por los alojados cuando fueron hurtadas o robadas por cualquier persona, sea cual haya sido la diligencia que el posadero aplicó para evitar que fueran hurtadas o robadas.

Si es así, entonces estamos en presencia de la supervivencia de una de las hipótesis de responsabilidad por custodia que había reconocido el derecho romano clásico⁵².

c) La norma del art. 2242 CCCh. nos enseña, además, que el hurto y el robo no pertenecen, por sí mismos, a la noción de caso fortuito o fuerza mayor. Ella, en efecto, dice que: "*El posadero es responsable... hasta de los hurtos y robos; pero no de fuerza mayor o caso fortuito...*". Ahora bien, si el posadero responde de los hurtos y robos, pero no de fuerza mayor o caso fortuito, no puede pensarse en que el hurto y robo sean hipótesis particulares de caso fortui-

⁵¹ Se alude a los alojados, que, en efecto, "vienen" a los posaderos (a la posada). Esto lo aclara la glosa de Gregorio LÓPEZ: gl. *Que vienen: hospitator tenetur etiam de facto viatorum...* ("el posadero está obligado por el hecho del viajero...").

⁵² El art. 2243 CCCh. agrega: "*El posadero es además obligado a la seguridad de los efectos que el alojado conserva alrededor de sí. Bajo este respecto es responsable del daño causado o del hurto o robo cometido por los sirvientes de la posada, o por personas extrañas que no sean familiares o visitantes del alojado*". Pero, como se ve, la disposición se refiere a los efectos que el alojado introduce en la posada sin entregarlos al posadero ("*conserva alrededor de sí*"), por lo que no se puede conectarla responsabilidad del posadero con la custodia, independientemente de que sea objetiva o no su responsabilidad (que lo es, en cuanto que, para hacerlo responder por el daño inferido o la sustracción cometida por el dependiente o cualquier extraño, no se exige concurrencia de culpa en el posadero ni puede él exonerarse demostrando haber empleado diligencia para impedir el daño o la sustracción).

to o fuerza mayor, porque ello sería una contradicción, al menos en la materia regida por esa norma.

Lo cual no impide que un hurto o robo concretos, sobre todo en la hipótesis de este último, no puedan tener lugar merced a un caso fortuito o fuerza mayor; sólo impide, como dijimos, considerar sin más que esos delitos son hipótesis particulares de tal caso o fuerza. Así por ejemplo, si los que, con propósito de robar, se introducen en la posada y ejercen violencia sobre el posadero para forzarle a declarar en dónde se encuentran guardados los efectos de los alojados y a consecuencia de esta violencia su víctima revela el lugar de guarda requerido, que los intrusos entonces sustraen, hay allí una fuerza mayor, que no consiste en el robo, sino en la violencia ejercida, de modo que el posadero se exonera de responder por los objetos robados, no por haber sido robados, sino por haber sufrido la fuerza mayor consistente en la aludida violencia que posibilitó la sustracción⁵³.

En todo esto el art. 2242 CCCh. sigue de acuerdo con el edicto *de receptis*, para el cual el posadero responde por el hurto y el robo de los objetos recibidos de sus alojados, salvo si se puede apreciar fuerza mayor⁵⁴.

d) ¿Qué podemos decir del régimen paralelo establecido por el *Código Civil* de la Argentina? Su art. 2230 prescribe: "*El posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento a los viajeros, responden de todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependientes o de las mismas personas que se alojan en la casa; pero no responden de los daños o hurtos de los familiares o visitantes de los viajeros*". El art. 2236 agrega: "*El posadero no es responsable cuando el daño o la pérdida provenga de fuerza mayor...*". Y el art. 2237, en fin, dice: "*No es fuerza mayor la introducción de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, o con escalamiento que no pudiese resistir el posadero*".

Parece claro que el posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento a los viajeros responden del daño o pérdida de los efectos que éstos introducen en la posada⁵⁵ en varios casos, de los cuales nos interesa uno: el de pérdida (de cosas entregadas al posadero⁵⁶) debida a hurto o robo.

El art. 2230 limita la responsabilidad del posadero al hecho culposo de los dependientes o de los alojados; en consecuencia, en principio no responde por el hecho de un tercero, salvo si ese hecho fue posible por culpa de un dependiente o de un alojado.

Por su parte, por los artículos 2236 y 2237, el posadero no puede exonerarse de responder en caso de hurto o robo, alegando fuerza mayor, a menos que hubiesen intervenido armas o escalamiento irresistible. Ahora bien, la sustracción puede ejecutarla un dependiente, un alojado o terceros. No cabe duda que el posadero responde en los dos primeros casos, por simple aplicación del art. 2.230, sin que pueda alegar fuerza mayor; y que también responde en el

⁵³ No puede argüirse que la violencia ejercida tipifica la sustracción como robo, o sea, que aquélla ya es parte del delito. Esto, aunque es así, lo es desde el punto de vista penal; civilmente, en cambio, cabe descomponer la figura en sustracción y violencia; el morador en realidad responde de la sustracción, pero la violencia sufrida lo exonera de responder, porque es fuerza mayor.

⁵⁴ Dig. 4.9.3.1 *in fine*.

⁵⁵ A diferencia del Código chileno, el argentino no distingue entre cosas entregadas al posadero por el alojado y cosas que éste conserva consigo.

⁵⁶ Aunque lo que sigue se aplica también a las no entregadas: *vid.* nota anterior.

tercer caso, si la sustracción se hizo posible por culpa de un dependiente o de un alojado. Pero, ¿y si el hecho de la sustracción por terceros no es imputable en modo alguno a la culpa de esas personas (ni a la del posadero)? De estar al art. 2230, el posadero no respondería; pero, de estar al art. 2237, sí, porque esa norma, aunque diga que es la introducción de ladrones la que no constituye fuerza mayor, quiere decir, en realidad, que es el hurto o robo el que no la constituye, porque la función de los ladrones, por definición, es la de hurtar o robar. Pero si el posadero no puede exonerarse de la sustracción por terceros alegando fuerza mayor, eso significa que responde siempre de aquélla, ya que la única otra posibilidad de exonerarse, que sería la de decir haber tomado todas las precauciones para que terceros no sustrajeran, pese a lo cual sustrajeron, eso sería precisamente alegar fuerza mayor. De todo lo cual deducimos que el posadero responde objetivamente de todo hurto o robo, con la excepción contenida en la última parte del art. 2237.

Si esta interpretación es correcta, también en el Código argentino sobrevive una de las hipótesis de responsabilidad por custodia descritas en el derecho romano clásico.

V. LA RESPONSABILIDAD POR CUSTODIA DEL VENDEDOR Y LA REGLA *PERICULUM EST EMPTORIS* EN EL DERECHO CLÁSICO

Conviene finalizar este estudio con el examen de la responsabilidad por custodia del vendedor, porque en ella se encuentra, según la tesis hoy dominante en la romanística, el fundamento de la modernamente disputada y aun condenada regla según la cual el riesgo de la cosa vendida pertenece al comprador.

1. Esta regla romana es muy conocida; aparece presupuesta y claramente señalada en varios textos del Digesto y en las *Institutiones* y el *Codex*⁵⁷; limitémonos a recordar Dig. 18.6.8 pr. (Paul. 33 ed.): “habiéndose perfeccionado la compra, el riesgo corresponderá al comprador” (*perfecta emptio, periculum ad emptorem respiciet*); solemos abreviarla bajo la fórmula *periculum est emptoris*. Como se sabe, de acuerdo con esta regla, si la especie o cuerpo cierto que se ha vendido perece, sin culpa del vendedor, antes de su entrega al comprador, la obligación de aquél se extingue, pero subsiste la de éste, de modo que el comprador ha de pagar todo el precio, aunque nada recibe a cambio. Si la cosa sólo se ha deteriorado, el comprador tiene que recibirla en el estado en que quedó, debiendo íntegramente el precio.

Desde la época del derecho natural racionalista, sin embargo, fue usual criticar esta regla, que pareció carente de motivación y por ende injusta⁵⁸; con todo, se mantuvo en varias codificaciones decimonónicas; me limito a citar a la francesa⁵⁹ en Europa y a la chilena en América⁶⁰. Pero la subsistencia de las crí-

⁵⁷ Dig. 23.3.15; 47.2.14 pr.; Inst. 3.23.3.3a; Cod. Iust. 4.48.2.

⁵⁸ Ya en PUFFENDORF, Samuel, *De iure naturae et gentium* (1672), lib. 5, cap. 5, párr. 3.

⁵⁹ CCFr. art. 1624 en relación con arts. 1138 y 1182. En general, los códigos dependientes del francés adoptaron la regla romana.

⁶⁰ CCCh. art. 1820: “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...”. Como fuente. BELLO cita *Partidas* Lib. 5, tít. 5, ley 24, que, aun conteniendo la regla, en realidad remite a la Ley 23, en donde se la desarrolla ampliamente.

ticas hicieron que varios códigos terminaran por suprimirla, reemplazándola por la resolución del contrato. De acuerdo con esto, al extinguirse la obligación del vendedor por la pérdida fortuita de la cosa vendida, se extingue también la del comprador⁶¹.

En la romanística moderna el asunto ha sido asimismo debatido, hasta el punto de llegarse incluso a negar el carácter clásico de la regla *periculum ad emptorem respicit* para atribuirla a los bizantinos⁶²; lo cual hoy prácticamente nadie acepta. En cuanto al problema de su fundamento, para el cual las fuentes nada dicen directo, predomina empero la opinión de que la regla fuese la contrapartida de la responsabilidad por custodia del vendedor. Esta doctrina tiene la ventaja de situar la regla *periculum ad emptorem respicit* en un panorama más general, como es el de la repartición de los riesgos en el interior de un contrato conmutativo; mientras que cuando se la considera en forma aislada, aparece incomprensiblemente como una decisión que acumula los riesgos en el comprador.

Se trataría, en efecto, de distribuir entre el comprador y el vendedor el conjunto de riesgos que pueden afectar a la cosa. Así, el riesgo derivado del hurto o del robo de la cosa, se carga a la cuenta del vendedor; es decir, se lo hace responder por custodia. El riesgo dependiente del caso fortuito o de la fuerza mayor, en cambio, se carga a la cuenta del comprador; y aunque todo esto se concentra en la fórmula *periculum ad emptorem respicit*, ya se ve que ella no es tan absoluta como parece, porque no incluye el *periculum* derivado del hurto o del robo.

Esta idea aparece en un texto que se nos conserva en Dig. 47.2.14 pr. (Ulp., 29 *Sub.*), que reza así: "Escribió Celso que el que compró no tiene, si no se le entregó la cosa, la acción de hurto, sino que esta acción es todavía del vendedor. [Pero convendrá ciertamente que éste ceda al comprador la acción de hurto, la condicción y la reivindicación: y si en virtud de estas acciones hubiere conseguido alguna cosa, convendrá que él se la entregue al comprador]; cuya opinión es verdadera; y así lo dice también Juliano. Y ciertamente que el riesgo de la

⁶¹ En el s. XIX, este régimen fue establecido ya en el código de la Argentina, como regla general válida para todo contrato bilateral y no sólo para la compraventa, por el art. 578: "*Si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación queda disuelta para ambas partes*"; y en el art. 580: "*Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro será por su cuenta y el acreedor disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio si lo hubiere*". El art. 1416, en materia de compraventa, remite a los precedentes. En el tránsito del s. XIX al siguiente, está el párr. 323 del Código alemán: "*Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung...*"; cfr. párrafos 446, 447 y 451. En el s. XX, el Código de Italia dispuso en su art. 1463: "*Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*". Lo mismo el código del Portugal, art. 795: "*Quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da controprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa*".

⁶² Esta teoría fue primeramente sostenida por el italiano Arnó y seguida por el alemán Haymann. Vid. la citación de sus escritos en GUARINO, ANTONIO, *Diritto privato romano* (4ª ed., Napoli, Jovene, 1970), p. 940, n. 97.4.1.

cosa corresponde al comprador, en tanto que el vendedor responda de la custodia antes de la entrega"⁶³.

Consideraremos dividido este texto en cuatro partes.

La primera, desde "escribió Celso" hasta "del vendedor" nos proporciona la regla clásica de que la acción penal por el hurto de la cosa vendida, ocurrido antes de su tradición al comprador, pertenece al vendedor. Ulpiano, autor del texto, encuentra escrita esta regla en Celso. Ella no puede significar sino que el riesgo por el hurto de la cosa comprada pertenece al vendedor, y por ello es que se le concede la *actio furti*.

La segunda parte, desde "Pero convendrá" hasta "al comprador", y que nosotros hemos transcrito entre corchetes, corresponde a una glosa inepta, que se descubre por la contradicción que existe de la regla precedente con la recomendación dirigida al vendedor de ceder la *actio furti* y las acciones reipersecutorias (*condictio* y *reivindicatio*) al comprador, por un lado, y con la segunda recomendación, de que si es el propio vendedor el que ejerce la acción penal y las reipersecutorias, enseguida traspase lo que con ellas consiga al comprador; y también por la contradicción que hay entre esas recomendaciones y la cuarta parte del texto, en que se afirma la responsabilidad por custodia del vendedor. En efecto, si bien no es imposible que haya la aludida cesión o el aludido traspaso de efectos, por parte del vendedor al comprador, eso sólo puede provenir de un acuerdo entre ellos, para liquidar sus relaciones; pero, desde el punto de vista objetivo de las reglas, lo cierto es que el vendedor tiene la *actio furti* contra el ladrón, por la pena, y el comprador la *actio empti* contra el vendedor, por cuanto le interesó haber recibido la cosa comprada (haciendo valer así la responsabilidad por custodia contra el vendedor); de modo que esas recomendaciones están de más en una exposición de derecho objetivo.

La tercera parte, desde "cuya opinión" hasta "Juliano" es genuina; pero originalmente se refería a la primera parte del texto: contiene la afirmación del autor del texto, Ulpiano, en orden a que lo escrito por Celso es correcto y la invocación de una doctrina de Juliano, similar a la de Celso. Pero una vez interpuesta la glosa, esta tercera parte queda transformada en una aprobación de lo dicho en ella misma y en una afirmación de que su contenido también se encuentra en Juliano.

La cuarta parte, desde "y ciertamente" hasta el fin, también es genuina y contiene el comentario del propio Ulpiano a la doctrina de Celso y Juliano, previamente aprobada. Este comentario consiste en mostrar la contrapartida de dicha doctrina: en tanto que (*dummodo*) el vendedor responda por la custodia de la cosa vendida antes de su tradición al comprador, que es otra manera de decir que la *actio furti* por la sustracción de dicha cosa compete al vendedor, en tanto sea así, repito, el riesgo de la misma cosa corresponde al comprador. Según ello, pues, hay una correlación entre la *custodia* a cargo del vendedor y el *periculum* a cargo del comprador.

Conviene insistir en la manera de presentar Ulpiano esta doctrina: el riesgo es del comprador "en tanto que" (*dummodo*) la custodia sea del vendedor. No

⁶³ *Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. [Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictioem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit. Quae sententia vera est,] et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*

afirma, pues, una absoluta pertenencia del riesgo al comprador, sino la dependencia de este riesgo a su cargo, de la pertenencia de la custodia al vendedor. Esto nos muestra que para los romanos la regla *periculum ad emptorem respicit* no tiene una fuerza autónoma, pues la recibe de aquella otra que grava con la responsabilidad por custodia al vendedor.

2. Ya hemos visto que en el derecho moderno la responsabilidad por custodia ha desaparecido, excepto en el muy particular caso de los posaderos (y de los demás casos indicados por el art. 2248 CCCh.); también, por ende, ha desaparecido para el vendedor. Como todo lo contrario ha ocurrido con la regla *periculum ad emptorem respicit* en varios códigos, y desde luego en el chileno, entonces ella se ha quedado sin justificación y parece injusta.

a) Pero la afirmación de que el vendedor no responde por custodia sólo puede hacerse en dependencia de la consideración que se tenga del hurto o robo de la cosa vendida, ocurridos antes de la tradición. Si tales eventos se consideran comprendidos en el ámbito del caso fortuito o de la fuerza mayor (salvo, por cierto, que se pruebe que ocurrieron por culpa del vendedor⁶⁴), entonces es claro que este último no responde por custodia y que la pérdida debida a uno u otro evento la soporta sin más el comprador en virtud de la regla *periculum ad emptorem respicit* (en aquellos países que la conservan).

Si, en cambio, el hurto y el robo no son apreciados como hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito (y siempre en el supuesto de que no hayan tenido lugar por culpa del vendedor), como la pérdida en virtud de ambos no puede gravar al comprador, porque éste sólo debe soportar el caso fortuito o la fuerza mayor, según la regla *periculum ad emptorem respicit*, tendría que gravar, en principio, al vendedor. En este caso, aunque el respectivo ordenamiento no recogiera el concepto de responsabilidad por custodia como una categoría general, estaría reconociéndolo de hecho, sin siquiera mencionarlo, al menos para el caso del vendedor.

b) En Chile disponemos del art. 2242 CCCh., ya examinado. Según él, el posadero responde de la pérdida de los efectos que recibe de sus alojados, debida a hurto o robo, pero no de la debida a fuerza mayor o caso fortuito (salvo que se le pueda imputar culpa o dolo). Con eso establece una neta separación entre el hurto y el robo, por un lado, y la fuerza mayor o caso fortuito, por otro: si el posadero responde de los hurtos y robos, pero no del caso fortuito o fuerza mayor, es que el hurto y robo en sí mismos no son hipótesis particulares de caso fortuito o fuerza mayor; sostener lo contrario equivale a imputar una contradicción a la norma. Todo esto es indiscutible en el ámbito regido por el art. 2242 CCCh.

Pero podría pensarse en que la separación de hurto o robo y caso fortuito o fuerza mayor contenida en el art. 2242 no es la proyección de una regla general, sino una excepción, válida solamente en materia de depósito de objetos en los posaderos por sus alojados, pero no en otras. Pero este pensamiento tendría que fundarse en la demostración de que la regla general es precisamente la contraria, a saber: que el hurto y el robo son casos particulares de caso fortuito o fuerza mayor. Ahora bien, no existe ninguna norma que permita pensar en ello. Por el

⁶⁴ En el derecho chileno esta culpa sólo puede apreciarse hasta la culpa leve, porque es tal la que pesa sobre el vendedor.

contrario, el robo y el hurto presentan una propiedad que de inmediato los torna en incompatibles con la noción de caso fortuito o fuerza mayor: ambos son casi siempre previsibles y el evento de que ocurran es algo que permanentemente se debe suponer; en contraste, el art. 45 CCCh. define que la fuerza mayor o caso fortuito es un "imprevisto" (que no se puede resistir). En consecuencia, la separación que hace el art. 2242 debe mirarse no como una excepción ni como una especialidad, sino como la particularización de una regla general, según la cual el hurto y el robo por sí mismos no son hipótesis particulares de caso fortuito o fuerza mayor. Por lo demás, así lo ha declarado una sentencia⁶⁵.

Ciertamente, como ya vimos, un hurto o robo concretos, sobre todo un robo, pueden hacerse posibles merced a un caso fortuito o fuerza mayor. Por eso hemos dicho que tales delitos no son "por sí mismos", es decir, sin más, hipótesis particulares de caso o fuerza.

c) Si resulta así, el robo o hurto de la cosa vendida y aun no entregada no ingresan automáticamente o por sí solos a hacer parte de la configuración del riesgo a cargo del comprador, al que sólo gravarán si efectivamente intervino algún caso fortuito o fuerza mayor de que dependa la sustracción.

Pero esto no significa todavía que automáticamente el hurto y el robo sin intervención de caso fortuito o fuerza mayor graven al vendedor, porque aun podría decirse que eso dependerá de su grado de diligencia o cuidado en impedir la sustracción.

Como el vendedor, en el derecho chileno, responde hasta de la culpa leve (art. 1547 inc. 1 CCCh.)⁶⁶, cuando resulte que él demuestre haber empleado el cuidado ordinario o mediano para impedir una sustracción, pese a lo cual la cosa fue sustraída, podría pretender exonerarse, precisamente porque cumplió con lo que le era exigible⁶⁷. Según ello, un hurto o un robo determinados pudieron haberse hecho posibles por una cierta culpa del vendedor, culpa que, empero, no cae en el círculo de la leve, hasta por la cual responde, sino que la excede, de manera que exigirle que indemnice sería sostener que el vendedor responde hasta por la culpa levísima⁶⁸. Este análisis muestra que ante lo previsible se puede formar una zona intermedia de conductas u omisiones entre el caso fortuito y la culpa leve, que parece ser de culpa, por la cual, sin embargo, no se responde.

⁶⁵ Corte de Copiapó, sent. de 17 de ene. 1893, confirmada por C. Suprema, sent. de 14 oct. 1995, en *Gaceta de los Tribunales* N° 4326, de 11 dic. 1995, sent. N° 3042, p. 901. Un considerando de la sent. C. Copiapó dice, después de recordar la definición de caso fortuito o fuerza mayor contenida en el art. 45 CCCh.: "Que el hurto o robo no es, según la definición anterior, un caso fortuito, por cuanto no es imprevisto y puede evitarse con la vigilancia debida". En otro caso en que se alegó el hurto como caso fortuito o fuerza mayor que extinguió la obligación de restituir unos relojes, la demanda fue desechada, pero los tribunales no se pronunciaron sobre la naturaleza del hurto en relación con el caso fortuito, porque se basaron en que el deudor no había demostrado que entre las especies que le habían sido hurtada se encontraban los relojes (*Gaceta de los Tribunales* N° 2212 de 18 dic. 1986, sent. 3742).

⁶⁶ Porque cede en utilidad de ambos contratantes. Por su parte el art. 44 inc. 2 CCCh. define la culpa leve como la "falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios".

⁶⁷ Debo esta observación a mi estudiante don Guillermo Caballero Germain, en su tesina de licenciado sobre la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa internacional de mercancías regulado por la Convención de Viena.

⁶⁸ Definida por el art. 44 inc. 4 CCCh. como "la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes".

Pero esa zona que decimos. ¿es en realidad de culpa? No. Cuando el que legalmente responde hasta por la culpa leve, prevé una pérdida de la cosa por la cual responde (en nuestro tema, por hurto o robo), y entonces toma cuidados y precauciones para evitar dicha pérdida (o sea la sustracción), pero deliberadamente limitados hasta los que estima ser los medianos u ordinarios, omitiendo conscientemente otros posibles, por considerarlos esmerados, propiamente incurre en actitud dolosa. Su dolo, como se ve, deriva de la representación que necesariamente debe hacerse de la eventualidad de la pérdida y de la voluntaria omisión de medidas a su alcance para evitarla. En derecho penal esto se llama dolo eventual; pero sigue siendo un dolo, que si bien no cabe cómodamente en la definición general que del dolo impone el art. 44 inc. final CCCh. ("*intención positiva de inferir injuria*"). es incompatible con el deber que prescribe el art. 1546 CCCh., según el cual "*los contratos deben cumplirse de buena fe*".

Lo anterior no significa sentar una regla jurídica de que quien en general responde hasta por la culpa leve (como el vendedor), frente al hurto o robo responde por la levísima, porque no se trata de variar el grado de culpa imputable, sino de saltar de la culpa leve al dolo, por el cual siempre se responde.

Si es así, entonces desaparece esa zona intermedia de irresponsabilidad, pero de culpabilidad. frente al hurto o robo, que aparentemente se creaba entre la culpa leve y el caso fortuito o fuerza mayor.

Caso fortuito o fuerza mayor que, cabe insistir una vez más, puede efectivamente darse en materia de hurto o robo, especialmente de robo; y que cuando se da, exonera de responder, de acuerdo con las reglas generales.

Nuestra conclusión es que el vendedor responde de la pérdida de la especie mueble vendida y aún no entregada, debida a su hurto o robo, a menos que pruebe que uno u otro se hicieron posibles por caso fortuito o fuerza mayor, caso en el cual se está a la regla *periculum ad emptorem respicit*.

d) Esta conclusión, en términos prácticos, nos acerca mucho a la figura romana de la responsabilidad por custodia del vendedor; pero sólo nos acerca, porque la que hemos deducidos para el vendedor en el derecho chileno está fundada en su dolo; o sea, se trata de una responsabilidad subjetiva. Teóricamente al menos, el vendedor siempre podría exonerarse de responder de un hurto o un robo concretos, sin alegar que fueron posibles por caso fortuito o fuerza mayor, pero alegando que tampoco por su dolo, en el sentido antes descrito, sino por una levísima culpa (no acompañada de la previsión del evento ni de la deliberación de omitir precauciones, de modo que en realidad tiene que ser extremadamente levísima), de la cual no responde. Pero lo que el vendedor jamás puede alegar es que el hurto o el robo que afectó al bien vendido constituyen, por sí mismos y sin más, caso fortuito o fuerza mayor.

De este carácter subjetivo de la responsabilidad del vendedor por el hurto o robo de la especie mueble vendida y aún no entregada, deriva, además, que incumbirá al comprador probar el dolo de aquél; sólo que, atendida la extensión que aquí le hemos dado, ello le resultará normalmente muy fácil.

Esta responsabilidad aquí construida es, pues, sólo un sucedáneo de la auténtica responsabilidad por custodia que el derecho romano clásico imponía al vendedor.

3. Pero al menos todavía puede servir para defender la vigencia de la regla *periculum ad emptorem respicit*, porque de todos modos se trata de una responsabilidad muy exigente, de la que con dificultades se desprenderá el vendedor;

tantas, que casi podría sentarse como regla que en el evento de hurtos o robos de la cosa vendida, responde el vendedor. Si es así, justo es que en el evento de caso fortuito la pérdida la sufra el comprador.

Sólo echamos de menos el establecimiento positivo de la regla según el cual el vendedor responde de las sustracciones, aunque no se le pueda imputar dolo y aunque haya empleado la máxima diligencia posible, a salvo el caso fortuito o la fuerza mayor.

Regla esa que es más conveniente que el partido modernamente tomado varias veces, de cargar a la cuenta del vendedor el riesgo por el caso fortuito y sólo traspasarlo al comprador con la entrega (o puesta a disposición) de la cosa; cargo a cuenta, es cierto, que no significa que el vendedor deba indemnizar al comprador por la cosa que ya no puede entregarle, pues sólo implica la disolución del contrato.

Porque nuevamente se presenta como caso límite, y por ende crítico, el hurto o robo de la cosa. ¿Quién soporta el riesgo de pérdida por esos eventos? En ningún caso el comprador y evidentemente sí el vendedor. Ahora bien, sostenemos que esta regla deja la subsistencia del contrato a merced del vendedor: cuando, por cualquier razón, no desee cumplirlo después de perfeccionado, puede simular un hurto o robo del objeto vendido (lo que es siempre muy fácil); con ello, en virtud de la aludida regla, el comprador deja de quedar obligado al precio y el vendedor liberado de toda responsabilidad: el contrato se ha disuelto; pero era esto lo que buscaba el vendedor.

Con el régimen clásico, en cambio, las cosas están en su debido lugar. Según aquél, el vendedor responde sin más por el hurto o robo no debidos a caso fortuito o fuerza mayor; eso significa que debe indemnizar al comprador por cuanto le interesó haber recibido la cosa y que puede cobrar el precio (y normalmente, pues, tiene lugar una compensación). En tales circunstancias, la simulación de un hurto o robo no ofrece interés para el vendedor. En contrapartida, el riesgo derivado del caso fortuito lo soporta el comprador; por lo que no recibirá la cosa, no obstante tener que pagar el precio. Así, el asunto se sitúa en su exacta dimensión, y pierde el dramatismo y la truculencia con que los detractores de la regla *periculum ad emptorem respicit* suelen rodear el examen del tema, porque consiste nada más que en un problema de justa repartición de riesgos, repartición que recibe su punto de corte en el hurto o robo, como casos límites, que deben quedar a cargo del vendedor, para no dejar a su arbitrio la subsistencia del contrato.