SOBRE EL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD DEL *ACCIPIENS* EN EL *AESTIMATUM*

ANA ALEMÁN MONTERREAL
Almería - España

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

SOBRE EL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD DEL *ACCIPIENS* EN EL *AESTIMATUM*.

La contradicción existente entre D.19,3,1,1 y D.19,5,17,1, ha provocado la disparidad doctrinal sobre el riesgo y la responsabilidad del *accipiens* en el *aestimatum*. Así, unos afirman la atribución del *periculum* al *accipiens*; mientras que otros sostienen que el *accipiens* sólo responde del dolo y de la culpa[1].

Ante esta realidad, y tras la exégesis de los fragmentos, pretendemos en esta comunicación llegar a una explicación aceptable de la aludida contradicción, que nos permita resolver, o cuando menos, esclarecer el problema del riesgo y la responsabilidad del *accipiens* en el *aestimatum*.

Siguiendo el principio general en la materia, podríamos pensar que el *accipiens* debería quedar liberado ante la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable, correspondiendo, por consiguiente, al *tradens* asumir las consecuencias negativas que la cuestión del *periculum* encierra.

Pero, ciertamente, el problema del riesgo presenta en el ámbito de las relaciones contractuales en general notable dificultad, siendo, a veces, difícil de deslindar nítidamente sus límites con la esfera de responsabilidades de las partes, la que, por lo demás, viene caracterizada por la nota de la complejidad[2]. Pues bien, este

---

[1] La atribución del *periculum* al *accipiens* ha sido sostenida, entre otros, por: BRINZ, *Kritische Blätter civilistichen Inhalts: 1. Die Lehre von dem Contractus aestimatorius,* Earlangen 1851, pp. 37 ss.; ACCARIAS, *Thèorie des contracts innommés*, Paris 1873, pp. 281 ss.; FORMIGGINI, *La stima nella conclusione dei contratti*, Bocca 1893, p. 85; LIPP, *Beitrag zur Lehre vom Trödelcontract,* Heidelberg 1880, p. 32; COVIELLO, *"Del contratto estimatorio"* Riv. it. per le scienze giuridiche 16 (1893) pp. 25 ss.; BUCKLAND, *"Aestimatum"*, Melanges Cornil 1 (1926) p. 145; NEPPI, *Il contratto estimatorio*, Padova 1938, pp. 18 ss.. La responsabilidad por culpa es afirmada por: SCHILLING, *Lehrburg für Institutionem und Geschichte des Römischen Privatrecht III*, Leipzig 1846, p. 608, para quien el principio general en el *aestimatum* es el *accipiens* no responde del *casus*, salvo que expresamente asuma esta responsabilidad; Idéntica opinión mantienen MOLITOR, *Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le Droit français*, Tomo II, Gand 1852, p. 425; VAN WETTER, *Pandectes contenant l'histoire du Droit romain et la législation du Justinien*, vol. IV, Paris 1910, p. 124; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, trad. ital., Milano 1891, p. 390; MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, Bruxelles 1838, p. 411. También, HOLZSCHUER, *Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrecht*, Tomo II, Leipzig 1845, p. 478, y, EMMRICH, *"Ueber die Hafbarkeit des Trödlers für periculum casus"*, Archiv. f. d. Praxis 61 (1878) p. 279, niegan la asunción del *periculum* por el *accipiens*. Igualmente, OSUCHOWSKI, *"Notes critiques sur l'interpretation du D.13,3,1,1"*, Atti Verona 3 (Milano 1951) pp. 369 ss., nos dice que el *accipiens* no asume el riesgo, ya que este principio es de aplicación para la *aestimatio venditionis* causa pero no para el caso del *aestimatum*. Y para MUÑOZ PLANAS, *El contrato estimatorio*, Madrid 1963, pp. 65 ss., la responsabilidad del *accipiens* en época clásica es medida con arreglo al criterio de la culpa, sin embargo, en época justinianea se produce la asunción del *periculum* por el *accipiens*, puesto que se aplica erróneamente esta regla por analogía con aquellas relaciones contractuales en que la *aestimatio* incrementaba la responsabilidad, sin advertir que la mencionada estimación en el *aestimatum* no es una convención aneja, sino que forma parte de la propia esencia de este negocio, no obstante, dice Muñoz Planas, al mantenerse D.19,5,17,1 por los compiladores, afortunadamente, la asunción del *periculum* queda limitado al *se oferre*.

[2] Sobre la problemática del riesgo y la responsabilidad en las relaciones contractuales en general, véase, por ejemplo: BETTI, *"Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo"*, Studi De Francisci I (Milano 1956) pp. 133 ss.; IDEM, *Il rischio contrattuale*, Roma 1959; IDEM, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obligazione in diritto romano*, Milano 1958; SARGENTI, *"Problemi della responsabilità contrattuale"*, SDHI 20 (1954) pp. 127 ss.; PROVERA, *"Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano"*, *Studi Betti III* (Milano 1962) pp. 691 ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

panorama general se proyecta y adquiere perfiles específicos en el *aestimatum* cuando Ulpiano resuelve contradictoriamente la misma cuestión.

En efecto, la contradicción ofrecida por los textos es patente. Según D.19,3,1,1, el riesgo viene atribuido al *accipiens*, cuando dice que la estimación hace que el riesgo sea de aquel que aceptó, pues, debe devolver la misma cosa o la estimación que se acordó:

Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsa rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.

Mientras que a tenor de D.19,5,17,1 el *accipiens* sólo responde por el dolo y la culpa, y, excepcionalmente del caso fortuito cuando hubiese tomado la iniciativa para la conclusión del negocio:

Si margarita tibi aestimata dedero, ut auteadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes, actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.

Este criterio para la atribución del *periculum*, lo apreciamos igualmente en Paulo, cuando en el fragmento 2,4,4 de sus *sententiae* dice: *... si quidem ego te rogavit meo periculo perit: si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit.*

La búsqueda de una conciliación ha sido una preocupación constante en la doctrina, como prueban las más diversas soluciones apuntadas en el intento de explicar la antinomia y llegar a una armónica solución[3].

[3] El intento de conciliar los fragmentos ulpianeos, ha dado lugar, como podemos apreciar, a los más prolijos y disentidos estudios sobre el problema. Así, se ha sostenido que ambos fragmentos contemplan relaciones jurídicas diversas -sólo D.19,3,1,1 se refiere al *aestimatum*-, en este sentido: LIPP, *Beitrag zur Lehre vom Trödelcontract* cit., p. 32; COVIELLO, *"Del contratto estimatorio"* cit., pp. 25 ss.; BUCKLAND, *"Aestimatum"* cit., p. 145; NEPPI, *Il contratto estimatorio* cit., pp. 18 ss.. Quienes afirman que el principio general del *aestimatum* viene recogido en D.19,3,1,1, constituyendo, por tanto, D.19,5,17,1 la excepción a este principio: GÖSCHEN, *Vorlesugen über das gemeine Civilrecht*, II, Göttingen 1839, p. 329; KELLER, *Pandekten* II, 2ª edic., Leipzig 1867, p. 120; ACCARIAS, *Thèorie des contracts innommés* cit., pp. 281 ss.; FORMIGGINI, *La stima nella conclusione dei contratti* cit., p. 85; MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, vol. I, Braunschweig 1893, p. 280. Quienes opinan que D.19,3,1,1 se refiere a la asunción del *periculum* por pacto expreso, mientras que en D.19,5,17,1 el *accipiens* asume el riesgo porque ha instado al *tradens* para que le conceda el encargo: SCHILLING, *Lehrburg für Institutionem und Geschichte des Römischen Privatrecht* cit., p. 608, para quien el principio general en el *aestimatum* es el *accipiens* no responde del *casus*, salvo que expresamente asuma esta responsabilidad; idéntica opinión mantienen MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum cit.*, p. 411; MOLITOR, *Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le Droit français* cit., p. 425; GLÜCK, *Commentario alle Pandette* cit., p. 390; VAN WETTER, *Pandectes contenant l'histoire du Droit romain et la législation du Justinien* cit., p. 124. Y no faltan, quienes sostienen la manipulación de los fragmentos, como MUÑOZ PLANAS, *El contrato estimatorio* cit., pp. 65 ss., para quien la regla *periculum facit eius qui suscepit* es, sin duda, una inserción justinianea, vid., n.1; OSUCHOWSKI, *"Notes critiques sur l'interpretation du D.13,3,1,1"*, cit., pp. 369 ss., para quien el compilador bizantino utilizó la solución propuesta de la aestimatio venditionis causa; y finalmente, DE MEDIO, *Il contractus aestimatorius*, Messina 1900, pp. 82 ss.; DERNBURG, *Pandette*, trad. ital., Torino 1903, p. 523, n. 8; DE PELSMAEKER, *"Algunas notas sobre el aestimatum"*, Annales de la Universidad Hispalense 3 (1939) p. 14, quienes afirman que los compiladores eliminaron un parráfo de D.19,3,1,1 que hacía desaparecer la contradicción con D. 19,5,17,1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

Lo que requiere un análisis de los fragmentos.

Comencemos por D.19,5,17,1 que establece la responsabilidad del *accipiens* con arreglo a los criterios del dolo y de la culpa. Aunque es generalizada la alteración del fragmento, ésta atañe a la parte final, esto es, *Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis*[4], y por consiguiente, no afecta a los criterios señalados. No obstante, no faltan quienes sostienen la manipulación a partir de *dumtaxat consessimus* hasta el final, afectando, por tanto, al dolo y a la culpa como medidas de responsabilidad del *accipiens*[5]; opinión que, por un lado, no nos resulta justificada, pero, además, por otro, hay un motivo que nos resulta decisivo para admitir con carácter general la responsabilidad del *accipiens* hasta el límite de la culpa ya en época clásica, y éste es su paridad con los contratos consensuales, en los que la culpa aparece como criterio prioritario para la imputación de responsabilidades de las partes.

Esta afirmación no se altera, en absoluto, por el criterio referente al riesgo que Ulpiano, siguiendo a Labeón y Pomponio, establece en el mismo fragmento: la asunción del *periculum* por el perecimiento de las perlas antes de que se hayan vendido depende de quién haya solicitado el acuerdo, esto es, quién haya tomado la iniciativa del *aestimatum*, o quién tenga interés en su realización. Criterio de la *utilitas contrahentium* que es utilizado por Ulpiano en el ámbito de otras relaciones jurídicas, y el que, por lo demás, aparece frecuentemente como criterio para la imputación de responsabilidad junto al dolo y a la culpa; y es que, aunque su responsabilidad sea medida con arreglo al criterio de la culpa, es lógico que ésta se agrave, hasta asumir el gravamen del *periculum*, cuando ha tomado la iniciativa en la conclusión del negocio, actuando, por tanto, en su interés personal. En consecuencia no existe contradicción alguna entre la responsabilidad por culpa del *accipiens* y su asunción del *periculum* en el supuesto en cuestión[6].

Del texto colegimos, por un lado, la responsabilidad por culpa del *accipiens* en cumplimiento de las obligaciones dimanantes del *aestimatum*; y por otro, que el riesgo será asumido por quien tome la iniciativa en la realización del negocio.

El problema radica ahora en conciliar este principio determinante para la atribución del *periculum* de D.19,5,17,1, y del fragmento 2,4,4 de las sentencias de

[4] Cf.: GRADENWITZ, *Interpolationem in den Pandekten*, Berlin 1887, pp. 135; AUDIBERT, "*Sur les différents noms de l'action praescriptis verbis*" *Melanges Gerardin* (Paris 1907) p. 34, n. 2; DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. 1, Pavia 1913, pp. 101 ss., considerando esta parte del texto un aditamento bizantino, afirma que no tiene nada que ver con el resto del texto referente al *periculum*.

[5] En este sentido, DE FRANCISCI, *ibidem*, para quien incluso en esta última parte referente a la responsabilidad por dolo y culpa hay indicios de manipulación, puesto que el *dumtaxat consensimus* es, a su entender, una inserción justinianea.

[6] Cf. D.13,6,5,2 y D.12,1,11pr.. Sobre este criterio, véase: MIQUEL, "Periculum locatoris", ZSS 81 (1964) p. 148, para quien es conocido y empleado por el derecho clásico como medida de responsabilidad; KÜBLER, "*Das utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei Vertragshaftung in klassischen römischen Recht*", *Festgabe Gierke* II (1910) pp. 20 ss., quien encuentra el germen de este principio en los jurisconsultos de la república. Sobre el mismo en el *aestimatum*, LIEBERT, *Beitrage zur Lehre vom contractus aestimatorius*, Berlin 1890, pp. 115 ss.. Por otra parte, no podemos olvidar la importancia de los pactos *inter partes*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

Paulo, con el principio de la asunción del *periculum* por el *accipiens* en cualquiera de los casos que el mismo Ulpiano establece en D.19,3,1,1; y que igualmente constatamos en los basílicos 19,9,1[7].

Centrándonos en D.19,3,1,1, y partiendo de la interpolación del fragmento, sostenemos que a pesar de la utilización del término *periculum*, el texto no se ocupa de un problema de riesgo contractual. Por supuesto, no puede tratarse de la pérdida fortuita de la cosa con anterioridad a la venta, ya que sería del todo incomprensible, que se estableciese la obligación de restituirla, pues si ésta hubiese perecido ¿cómo podría venir obligado a devolverla?, sólo se podría afirmar el *periculum* para el *accipiens* cuando, a pesar de no haberse realizado la venta y habiéndose perdido fortuitamente la cosa, éste viniese obligado al pago de la *aestimatio*.

Pero, incluso fuera de este caso, no podemos afirmar que estemos ante un problema de riesgo. Por un lado, no podemos olvidar las diversas acepciones con que las fuentes emplean el término *periculum*, que no sólo es indicativo del riesgo contractual, sino que también, frecuentemente aparece con el significado de daño, e incluso, de responsabilidad por culpa[8]; de otro, hemos de añadir la dificultad de deslindar el tema del *periculum* del tema de la responsabilidad contractual, siendo manifiesto como en el derecho justinianeo cuestiones que en época clásica eran de responsabilidad se convierten en cuestiones de riesgo[9].

De nuestra interpretación del texto y de la esencia del *aestimatum* colegimos que junto a la obligación fundamental del *accipiens*: el pago de la *aestimatio*, se señala otra obligación: la restitución de la cosa, la que sólo se producirá en el supuesto de que resulte invendida. Estaríamos, pues, en presencia de las obligaciones del *accipiens*, y en consecuencia, de su responsabilidad en caso de incumplimiento, pero no ante un problema de riesgo contractual.

---

[7] La asunción del *periculum casus* por el *accipiens* viene igualmente establecida en el apartado final de los Basílicos 19,9,1, cuando dicen:... *Aestimatio autem periculum facit accipientis, isque rem integram reddere debet, vel aestimationem de qua convenit. Aestimatio periculum facit accipientis, et si rem non praestet, dat aestimationem.*

[8] *Vid.*, con carácter general: VOCI, "Diligentia, custodia, culpa: i dati fundamentali", *SDHI* 56 (1990) pp. 20 ss., en concreto, sobre las distintas acepciones del término *periculum*, pp. 131 ss., señala, entre otros, el significado de daño, de riesgo contractual, y de responsabilidad por culpa. Es más, al tratar los distintos supuestos de *periculum* (*periculum culpae, periculum custodiae, periculum dotis, periculum tutelae...*), llega a la conclusión de que este término está siempre en función de un daño; daño que el deudor va a asumir bien porque se ha producido por su culpa, bien porque se ha obligado ha asumirlo, o bien porque la ley se lo ha impuesto. Con carácter particular sobre D.19,3,1,1: HOLZSCHUER, *Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrecht cit.*, p. 478, quien partiendo de las distintas acepciones con las que viene utilizado en las fuentes el término *periculum*, sostiene que no siempre es indicativo de un daño proviniente del *casus*, sino que también se emplea para referirse a la *culpa omnis* y a la *omissa diligentia s. custodia*. En este sentido, EMMRICH, "Ueber die Hafbarkeit des Trödlers für periculum casus", *cit.*, p. 279, afirmaba que la expresión *periculum* de D.19,3,1,1 no puede incluir *quae sine culpa accidunt*, y que el *accipiens* sólo responderá del *periculum* causado por su culpa; la *aestimatio* de la cosa tiene como efecto, dice Emmrich, aumentar la obligación de *diligentia* del *accipiens*, de este modo, el *periculum* viene entendido en este fragmento en el sentido de responsabilidad por custodia, es decir, como consecuencia de la *aestimatio* la responsabilidad del *accipiens* alcanza hasta la custodia "*diligentia in custodiendo*". Responsabilidad por custodia de la que disentimos, como claramente queda constatado en nuestra posición tras el análisis de los fragmentos ulpianeos.

[9] BETTI, "Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo" cit., pp. 135 ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

Ahora podemos conciliar los textos, llegando a la siguiente conclusión: primero, el *accipiens* viene obligado a pagar la *aestimatio* siempre que haya vendido la cosa, pero si no ha podido venderla, viene obligado a restituirla; del incumplimiento de estas obligaciones se derivará su responsabilidad (D.19,3,1,1), que será determinada, en la generalidad de los casos, con arreglo al criterio de la culpa (D.19,5,17,1). Y, segundo, que el riesgo será asumido por el *accipiens* o el *tradens* en función de quien haya tomado la iniciativa en el negocio; así, si fue del *accipiens*, éste vendría obligado a restituir la cosa, o, a pagar el precio de la *aestimatio* aunque no la haya vendido[10], mientras que si fue del *tradens*, la asunción del *periculum* se traduciría en soportar la pérdida de la cosa sin el pago del precio estimado (D.19,5,17,1; PS.2,4,4).

Por último, no podemos poner fin a este trabajo sin hacer referencia, siquiera someramente, a su recepción; y es que la dualidad de posicionamiento sobre el riesgo y la responsabilidad del *accipiens* es una constante histórica, que apreciamos tanto en los textos legales que contemplan la materia como en la doctrina que ha venido ocupándose del tema.

Así, por lo que a los textos legales se refiere constatamos cómo el *Baierisches Landrecht* de 1756 atribuye el riesgo al *accipiens*, mientras que el *Landrecht* prusiano de 1794 afirma que el *accipiens* sólo responde de la culpa lata o leve. En el mismo sentido el Código Civil austriaco "*A.B.G.B. für gesammten deutschen Erländer der Oesterreichischen Monarchie*" de 1811, nos dice que el consignatario sólo responde de los daños causados por su culpa. También, el *B.G.B. für das Königreich Sachsen* de 1863 establece la responsabilidad del *accipiens* hasta el límite de la culpa; no obstante, este principio, dice el Código, quiebra en los siguientes casos: cuando el *accipiens* por pacto expreso asuma el *periculum*, cuando haya instado al *tradens* para que celebre el negocio, o cuando se haya ofrecido expresamente; excepciones, todas ellas, que recuerdan al *se oferre* del fragmento ulpianeo recogido en D.19,5,17,1. Y, el Código Civil italiano de 1942 atribuye el riesgo al *accipiens*[11].

Respecto a la doctrina, ya los glosadores advirtieron la contradicción de D.19,3,1,1 y D.19,5,17,1, como puso de manifiesto el autor de la magna glosa, al recoger las opiniones contradictorias de Bassianus y Azo al respecto. Para Bassianus ambos fragmentos contemplan hipótesis distintas, tan sólo el primero se refiere al *aestimatum*, por tanto, era obvia su afirmación de que el *periculum* siempre lo asume

---

[10] Lo que no debe ser confundido con quienes se apoyan en la facultas solutionis para afirmar el *periculum accipiens*, sosteniendo, en cualquier caso, la asunción del riesgo por el *accipiens*, ya que ante la imposibilidad de restituir la cosa siempre puede pagar el precio de la *aestimatio*. Teoria de la *facultas solutionis* que adopta la Relazione del *Codice Civile* italiano para justificar el problema del casus, entre sus muchos seguidores: DUSI, *Istituzioni di diritto civile* II, 4ª edic., Torino 1947, p. 166; BARASI, *Istituzioni di diritto civile,* 3ª edic., Milano 1946, p. 414; FERRARA, *Diritto privato attuale*, 2ª edic., Torino 1948, p. 114; VISALLI, *"Nuovi profili giuridici del contratto estimatorio"*, R.D.C. II (1962) pp. 193 ss.; TAMBURRINO, *"Sulla natura e caratteristiche del contratto estimatorio"* Giur. compl. Cass. civ. (1947) p. 537; BUCCISANO, *"Contributo allo studio del contratto estimatorio"*, R.D.C. I (1956) p. 105; FIORENTINO, *"Del contratto estimatorio", Il nuovo Codice Civile comentato a cura de Belmonte, Fiorentino, Simone, Guarino, Mirabelli* (Napoli 1952) p. 64; SIRACUSA, "*Brevi note sul contratto estimatorio"* Foro ital. IV (1949) p. 96; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano 1947, p. 155.

[11] El *Baierisches Landrecht* de 1756 fundamenta su afirmación, por un lado, en el efecto traslativo de la propiedad cuando dice "si la cosa llega a perecer o se pierde, el consignatario tiene que soportar la pérdida como cualquier propietario"; y por otro, en la naturaleza alternativa de la obligación, "ya que devenida imposible una de las obligaciones debe ser cumplida la otra". En cuanto al *Landrecht* prusiano de *[...]*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

el *accipiens*. No opinaba así Azo, para quien D.19,3,1,1 no se refiere al *periculum casus* sino al *periculum per culpam omnem proveniens*, afirmando, por tanto, que el *accipiens* responde del dolo y de la culpa pero no del caso fortuito[12].

Con los postglosadores, en concreto, con Bartolo renace la postura de Bassianus, que tendrá enorme repercusión en la doctrina posterior, Influencia que, ya se advierte en la ecléctica postura de Paulus de Castro, en Fulgosio y Angelus de Aretio, de este modo, la tesis del *periculum accipiens* va imponiéndose[13], no obstante, no faltaron, quienes afirman, como Connanus o Cuiacius, que el *accipiens* sólo responderá del *casus* si tomo la iniciativa en el negocio, reduciendo, de este modo, la aplicación de D.19,3,1,1, al *se oferre*[14]; esta tendencia llegará a suplantar la postura secundada por Bartolo.

El tema fue ampliamente tratado por la pandectística, prevaleciendo la opinión que afirma como principio general la responsabilidad del *accipiens* por dolo y culpa, y con carácter excepcional, para el supuesto en que tome iniciativa del negocio, la extensión de responsabilidad hasta el límite del caso fortuito[15].

Sin embargo, la doctrina italiana, en clara consonancia con el artículo 1557, afirma unánimemente la atribución del *periculum* al *accipiens*[16]. Afirmación que igualmente apreciamos en la doctrina mercantilista española, que ha llegado incluso ha convertir la responsabilidad del *accipiens* por caso fortuito en un elemento típico para calificar un acuerdo de contrato estimatorio[17].

[...] 1794, su afirmación se evidencia de su & 516 y & 518, así el primero nos dice: "Bis zum Ablaufe des Termins trägt der vorige Inhaber den Schaden und Verlust, welcher ohne grobes oder mässiges Versehen des Empfängers entstanden ist."; mientras que el segundo afirma: "Er muss allen Scaden und Verlust, welcher durch sein auch nur mässiges Versehen an der Sache antstanden ist, vergüte.". Igualmente el Código Civil austriaco de 1811 en su & 1087 se expresa en los siguientes términos: "Während der festgesetzten Zeit bleibt der Uebergeber Eigenthümer. Der Uebernehmer haftet ihm für den durch sein Verschulden verursachten Schaden, und es werden ihm ben Zurückstellung der Sache nur solche Kosten vergütet, die dem Uebergeber zum Nutzen gereichen.". Y el Código sajón de 1863 en su & 4.420 sostiene: "Das Eigentum der Sache bleibt, auch nach der Uebergabe derselben an den Trödler, dem Tradenten; dieser trägt daher auch die Gefahr des Verlustes, wenn nicht der Trödler solche entweder ausdrüchlich übernommen oder sich zu dem Geschäfte aufgedrängt oder unaufgefordert angeboten hat." Por último, el art. 1557 del Código Civil italiano de 1942, que con suma claridad dice: "Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall'obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integritá è divenuta impossibile pero a causa a lui non imputabile".

[12] ACCURSIUS, *Digestum Vetus seu Pandectarum Juris Civilis, cum notiis Gothofredi*, Lugduni 1604. Las opiniones de ambos autores las encontramos en la *Glossa convenit* a D.19,3,1, p. 1885. Cf. la *Glossa periculum* a D.13,6,5,3, en donde Azo, igualmente considera que asistimos a un supuesto de *periculum culpae*, véase, además, AZO, *Aurea et perutilis Lectura iurium fontis super secunda parte Digesti veteris*, Lugduni 1517, folio 121 verso. La interpretación de Azo fue totalmente seguida por PLACENTINUS, *Summam Institutionem Libri III*, Lugduni 1536, p. 223.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

[13] BARTOLO, *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem*, Ludguni 1581, folio 127 verso; con alguna modificación la encontramos PAULUS DE CASTRO, *In secundam Digesti Veteris Patavinae Praelectionis*, Lugduni 1553, folio 154; y sustancialmente la misma, aparece en en FULGOSIO, citado por JASON DEL MAYNO, *In secundam Digestis veteris partem Commentaria*, Augustae Tarinorum, Nicolaum Bevilaquam 1573, folio 195 verso, y en ANGELUS DE ARETIO, *Comentarii ad quatuor Institutionum Justiniani Libros*, Augustae Taurinorum 1578, folio 234 verso. Posteriormente apreciamos cómo la tesis de Bartolo es plenamente acogida, entre otros por FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum*, Tomo V, Aurelianae 1626, p. 637; WESSENBECIUS, *Commentarii in Pandectas Juris Civilis et Codicem Justinianeum*, Amstelodami 1665, p. 308; BRUNNEMANN, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum I*, 3ª edic., Frankfurt 1683, p. 710; A. PÉREZ, *Commentarius in quinque et viginti Digestorum Libros*, Amstelodami, Apud Danielem Elzevirium, 1669, p. 323; HAHNIUS, "Observata theoretico-practica ad Mathaei Wessenbech", en *Libros Digestorum Commentarios*, Colonia Agrippinae, Hermanni Demen, 1675, p. 427; BEYER, *Supplementa ad I. E. I. Mulleri Promtuarium Juris Novum*, Hildburghusae 1800, vol. I, v. Aestimatorius contractus, p. 63; SCHULTING, *Jurisprudentia Vetus ante-Justinianea ex recensione et cum notis*, Lipsiae 1737, p. 272.

[14] CONNANUS, *Commentariorum Iuris Civilis Libri X*, Lutetiae Parisiorum, Ex Off. Typ. M. Vascosani, 1558, tomo II, folio 491. CUIACIUS, *Appendix cum supplemento quarumdam recitationum et aliorum antehoc nunquam excusorum*, Lutetiae Parisiorum 1658, col.175, Comm. a D.19,3,1. Entre sus muchos seguidores: HOTTOMANUS, "*Epitomatorum im Pandectas libri XXII*" *Operum I*, s,1, Excudebant Haeredes E. Vignon & J. Stoer, 1599. col. 342; VOET, *Commentarius ad Pandectas* tomo II, edito nova multis mendis expurgata cura et studio A. Maurice, Parisiis, Apud Gauthier fratres 1829, p. 377; ARUMAEUS, *Exercitationes XXVI ad Pandectas*, Jenae 1665, p. 221; TREUTLERUS, *Selectarum Disputationum ad Jus Civile Justinianaeum quinquaginta Libris Pandectarum comprehensum*, Marpurgi, Apud P. Egenolphum, 1617, vol. I, p. 286; WESTENBERG, *Principia Juris secundum ordinem Digestorum seu Pandectarum*, 3ª edic., Lugduni Batavorum 1745, p. 512; STRUVIUS, *Compendium Digestorum iuxta seriem Pandectarum*, Jenae 1711, p. 390; HUBER, *Praelectionum Juris Civilis*, edic. tertia in Germania, Lipsiae 1735, tomo III, p. 1021; DE FERREIRE, *Nova et methodica Juris Civilis Tractatio*, I, Barcinonae, apud Brusí et Ferrer, 1807, vol. I, p. 238; HEINECCIO, *Elementa Juris Civilis secundum ordinem Pandectarum*, Amstelodami. Apud Janssonnio & Waesbergios, 1778, p. 399; WALCH, *Introductio im Controversias Juris Civilis recentiores inter jurisconsultos agitatas*, 2ª edic., Jenae, Apud C. F. Gollner, 1776, p. 409; COCCEJO, *Jus Civile Controversum ubi illustratiores juris controversiae*, 5ª edic., Lipsiae 1784, tomo II, 1ª parte, p. 465. Aunque algunos prescinden de D.19,3,1,1 y aplican exclusivamente D.19,5,17,1, en este sentido: OLDENDORP, citado por HAHNIUS en "*Observata theorico-practica ad Mathaei Wessenbech*", *Libros Digestorum Commentarios*, Colonia Agrippinae, Hermanni Demen, 1675, p. 427; BURGUNDUS, *Commentarius de periculis et culpis in contractibus*, Lovanii 1646, p. 163.

[15] GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht cit.*, Tomo II, pp. 329 ss.; UNTERHOLZNER, *Quellenmässige zusammestellung der Lehre des Römischen Recht von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung*, Tomo II, Leipzig 1840, p. 304; THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Tomo I, Jena 1846, p. 407; BURCHARDI, *Das system und die Innere Geschicte des Römiscchen Privatrechts*, Tomo III, Stturgart 1864, p. 804; VERING, *Geschichte und Pandekten des Römischen und heutigen germeinen Privatrecht*, Mainz 1887, p. 560; MACKELDEY, *Lehrbuch des Römischen Rechts*, Tomo II, Wien 1851, p. 191; WAECHTER, *Pandekten*, Leipzig 1881, pp. 447 ss.; ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Sttugart 1879, p. 516; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 8ª edic., Frankfurt 1900, apartado & 383. En la misma línea con algunas variantes se presenta HOLZSCHUER, *Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, II, cit.*, pp. 746 ss.. DERNBURG, *Die Schuldverhältnisse cit.*, pp. 513 ss.; CROME, *System des Deutschen cit.*, p. 715, para quienes la asunción del *periculum* por el *accipiens* no depende de que tome la iniciativa en el negocio, sino de que éste lo hubiese aceptado expresa o tácitamente, o incluso, como dice Crome, viniese impuesto por los usos.

[16] Entre otros, nos remitimos a los citados en n. 10, que afirman la asunción del *periculum* por el *accipiens* con base en la *facultas solutionis*, *vid.*, además: EULA, "Del contratto estimatorio", *Commentario al Codice civile D'Amelio y Finzi* II (Firenze 1947) p. 156; POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, trad. ital. 1833, vol. 2, p. 831; DE MEDIO, *Il contractus aestimatorius cit.*, p. 83; COVIELLO, "Del contratto estimatorio" *cit.*, pp. 36 ss.; TARTUFARI, "Della vendita e del riporto", *Comm. de Bolaffio-Vivante* (Torino 1925) p. 196; DUDAN, *Le contrat estimatoire dans le droit Français moderne*, Paris 1932, p. 252; COTTINO, "Del contratto estimatorio. Delle somministrazione", *Comentario del Codice Civile a cura de Scialoja y Branca* (Roma 1970) pp. 14 ss.. Algunos consideran que el traspaso del *casus* es un efecto del poder de goce y disposición que el *tradens* confiere al *accipiens*; en este sentido, MAZZONE, "*Contratto estimatorio*", *NNDI* 4 (Torino 1959) p. 655, y DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni. I singoli contratti*, Milano 1943, p. 173, quien no obstante, también se apoya en la consideración de la obligación del *accipiens* como *facultas solutionis*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620

[17] Cf. URIA, *Derecho Mercantil*, Madrid 1997, p. 672, quien entre otros utiliza ese dato para diferenciar el estimatorio de la comisión de venta; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil* II, Barcelona 1994, p. 176, para quien en el régimen del contrato estimatorio, al menos, queda claro "que los riesgos los soporta el *accipiens*, pues caso de perderse habrá de restituirla incólume o su valor o los perjuicios causados"; En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 2, Madrid 2000, p. 215, sostiene que cuando las mercancias se hayan destruido por caso fortuito, el consignatario se verá obligado a pagar su precio. También, es el criterio seguido por *Camacho De los Ríos*, "Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática", *Cuadernos de Derecho y Comercio* 23 (1997) pp. 203 ss., justificándolo fundamentalmente con base en el carácter alternativo de la obligación. Cf., además, la STS de 17 de enero de 1992, R.186; contrato de Océano-Exito S.A. con Caja de Ahorros Vizcaína sobre las colecciones "Tus libros de Oro" que hace soportar a ésta la perdida por las catastróficas inundaciones. En contra de la opinión mayoritaria, MUÑOZ PLANAS, *El contrato estimatorio cit.*, pp. 354 ss., dice que "la doctrina no ha ofrecido todavía una rigurosa razón para negar la vigencia en el contrato estimatorio del principio general plasmado en el art. 1105 del Código Civil. Debe afirmarse, por consiguiente, que el consignatario no responde de los sucesos imprevisibles o que previstos fueran inevitables. Su responsabilidad, en última instancia, se mide según los términos del art. 266 del Código de Comercio".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0620